



FACTORING & ASSET BASED FINANCING
ASSOCIATION NETHERLANDS

Hoge Raad

t.a.v. mr. Dr. F.W. Bleichrodt (Procureur-Generaal)

Postbus 20303

2500 EH DEN HAAG

Per e-mail : PG@hogeraad.nl

**Betreft: opmerkingen ter voorbereiding indiening vordering tot cassatie in belang der wet uitleg
WHOA**

Edelgrootachtbare heer,

Naar aanleiding van de door u opengestelde mogelijkheid tot het indienen van opmerkingen die van belang kunnen zijn voor uw voornemen tot de indiening van een vordering tot cassatie in het belang der wet over de uitleg van de Wet Homologatie Onderhands Akkoord ("WHOA") treft u bijgaand de reactie van de Factoring & Asset based finance Association Netherlands (de "FAAN") aan. De FAAN zal in deze reactie geen principiële antwoorden formuleren op uw vragen vanuit insolventierechtelijk perspectief, maar zij meent u van dienst te kunnen zijn door uw vragen te toetsen aan de werkkapitaal financieringsvorm bij uitstek: factoring.

1. Introductie FAAN en factoring

De FAAN is de branchevereniging van factormaatschappijen 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 die nader uitgewerkt zijn in het artikel waar later in deze brief naar zal worden verwezen:

- a. De factormaatschappij koopt doorlopend vorderingen van diens klant op de afnemers van deze klant tegen een koopsom gelijk aan maximaal 100% van de nominale waarde daarvan incl. btw. Op deze koopsom houdt de factormaatschappij een fee in als risicovergoeding. De afnemers van de klant betalen hun facturen rechtstreeks aan de factormaatschappij. Vaak verzorgt ze factormaatschappij het debiteurenbeheer.



- b. De factormaatschappij financiert doorlopend vorderingen van diens klant op de afnemers van deze klant tegen tot maximaal 100% van de nominale waarde incl. btw. De factormaatschappij verkrijgt een pandrecht op de vorderingenportefeuille van diens klant. De klant betaalt rente over de uitstaande financiering. Ook hier betalen de afnemers hun facturen aan de factor waarmee de financiering wordt afgelost. Vaak verzorgt de klant zelf het debiteurenbeheer.

De hoogte van een factoring financiering is dus altijd direct gekoppeld aan de omvang van de debiteurenportefeuille van de klant is en daarom een zeer flexibele financieringsvorm die meebeweegt met de financieringsbehoefte van de klant. Deze 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 factormaatschappij als *asset based lender* bereid is meer financiering te verstrekken op de vorderingen van een mkb'er dan een reguliere bank.

Per 30 juni 2023 was het financieringsvolume van factoring bijna EUR 8,3 miljard, een stijging van 3,2% ten opzichte van ultimo 2022. Het aantal klanten bedroeg 7.373. Deze cijfers passen bij een duurzame trend waarbij de markt voor factoring jaar op jaar groeit, met uitzondering van een forse dip in 2020 als gevolg van de effecten van de Covid-19 pandemie en de steunmaatregelen van de overheid aan het bedrijfsleven.¹ Uit de Financieringsmonitor 2022 van het Centraal Bureau voor de Statistiek² volgt dat factoring na equipment lease en private equity de meest gebruikte vorm van non-bancaire financiering is, met dien verstande dat voorafgaand aan de Covid 19-pandemie factoring zelfs een tweede plaats bezette.³ Tot slot heeft ook de Europese Commissie oog voor factoring. In haar rapport over supply chain finance heeft zij aangegeven 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 GDP⁴. Hetzelfde rapport geeft aan dat 75% van de Europese factoring klanten mkb-ers zijn.

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

² De Financieringsmonitor 2023 was op het moment van schrijven nog niet gepubliceerd.

³ Centraal Bureau voor de Statistiek, Financieringsmonitor 2022, par 2.3.1, p. 19.

⁴ Europese Commissie, rapport Study on Supply Chain Finance, Directorate-General for Financial Stability, Financial Services and Capital Markets Union (FISMA), januari 2020, p. 116.

2. Opmerkingen van de FAAN

U heeft aangegeven dat het bij de voorgenomen vordering tot cassatie in het belang der wet gaat om de volgende vragen:

1. De vraag of de WHOA toelaat dat een akkoord ertoe leidt dat kredietverstrekkers worden verplicht om op basis van voorafgaand aan de herstructurering bestaande kredietfaciliteiten in de toekomst het werkkapitaal te blijven financieren, op gewijzigde condities.
2. De vraag of de WHOA toelaat dat een akkoord feitelijk wijziging brengt in de onderlinge verhouding van uitkeringsrechten van de schuldeisers.

De basis voor de beantwoording van uw vragen in deze brief vormt het artikel van mr. A.J.M. Roos dat in januari 2022 in het Tijdschrift voor Insolventierecht is gepubliceerd en dat als bijlage is aangehecht bij deze brief.⁵ Mr. Roos was ten tijde van de publicatie van het artikel en is thans nog steeds de voorzitter van de juridische commissie van de FAAN en het artikel is onder meer tot stand gekomen dankzij input vanuit de juridische commissie.

Daarnaast zijn genoemde vragen met name relevant voor factoring op basis van financiering van vorderingen en voorraad in ruil voor een pandrecht op die goederen (gevalstype b zoals hierboven beschreven). In het geval van factoring op basis van koop loopt de factormaatschappij primair het kredietrisico op de debiteur van de aangekochte vordering en is haar vordering op de schuldenaar in beginsel slechts beperkt tot rente, kosten en eventuele terugbetalingsverplichtingen. De opening van een WHOA door de schuldenaar zou daarom in beginsel geen tot weinig impact op de factormaatschappij moeten hebben. Verwezen wordt in dit kader naar paragraaf 5 van het aangehaalde artikel.

2.1 Ten aanzien van vraag 1

In de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 9 maart 2023 was factoring niet één van de financieringsvormen in kwestie en ging het om bancaire financieringsfaciliteiten.⁶ Maar gelet op de

⁵ A.J.M. Roos, 'Factoring en de WHOA: (on)zekere factoren(?)', *TvI* 2022-1.

⁶ Rb. Rotterdam 9 maart 2023, *NJ* 2023/184 m. nt. F.M.J. Verstijlen.

vraagstelling in vraag 1 met daarin de algemene verwijzing naar werkkapitaal acht FAAN het opportuun om deze vraag te beschouwen vanuit het perspectief van een factormaatschappij als verschaffer van werkkapitaalfinanciering.

In het bijzonder verwijst de FAAN naar paragraaf 2 waarin wordt nader ingegaan op de werking van factoring en paragraaf 3 waarin de markt voor factoring in Nederland wordt beschreven. Voorts wordt in paragraaf 4.3 reeds ingegaan op de mogelijke wijziging van een factorfinanciering tijdens een WHOA.

In aanvulling hierop wijst de FAAN u er graag op dat indien de Hoge Raad zou beslissen dat een kredietverstrekker verplicht kan worden het werkkapitaal te blijven financieren op gewijzigde condities van de bestaande kredietfaciliteiten, specifiek voor factoring geldt dat die gewijzigde condities niet mogen ingrijpen op de mechanische bepalingen van de factorovereenkomst die opgenomen zijn om de correcte werking van het factoringproduct te garanderen. Daarmee wordt bedoeld dat die wijzigingen geen afbreuk mogen doen aan de aard van het factoringproduct, waarbij de hoogte van de financiering *de facto* afhankelijk is (en moet blijven) van de waarde en kwaliteit van de debiteurenportefeuille en, indien van toepassing, voorraadpositie van de schuldenaar. Daarbij is in paragraaf 4.3 van het aangehaalde artikel al reeds gewezen op de mogelijkheid van een schuldenaar om de factormaatschappij te verzoeken méér te financieren op zijn vorderingen dan voorheen, bijvoorbeeld door verruiming (in de toepassing van) bepaalde *eligibility criteria*. Een dergelijke wijziging laat de aard van de mechanische bepaling (alleen vorderingen die aan bepaalde voorwaarden voldoen komen voor financiering in aanmerking) in stand, echter wordt de factormaatschappij verzocht om binnen de reeds overeengekomen parameters van de financiering méér risico te accepteren door meer te financieren op bepaalde vorderingen. De vraag in hoeverre de factormaatschappij bereid is om dergelijke verzoeken te honoreren is primair afhankelijk van de kwaliteit van de debiteurenportefeuille of voorraad van de schuldenaar. Daarbij is de FAAN van mening dat voor dergelijke verzoeken de weg van artikel 373 Fw gevolgd dient te worden en niet die van 370 Fw waarmee de FAAN zich aansluit bij de mening van mr. F.M.J. Verstijlen.⁷

Ten aanzien van vraag 2

⁷ F.M.J. Verstijlen, annotatie bij: Rb. Rotterdam 9 maart 2023, NJ 2023/184.



Ook ten aanzien van deze vraag zal de FAAN geen principiële antwoord formuleren. Wederom zal zij deze vraag beschouwen vanuit het perspectief van een factormaatschappij als verschaffer van werkkapitaalfinanciering.

In ruil voor financiering op de debiteurenportefeuille en of voorraadpositie van de schuldenaar bedingt de factormaatschappij een eersterangs pandrecht op die debiteurenportefeuille en voorraad van de schuldenaar. Dat het hier onder alle omstandigheden een eersterangs pandrecht moet betreffen voor de factormaatschappij is cruciaal. Immers, alleen de hoogst gerangschikte pandhouder is in op grond van artikel 3:253 lid 1 BW bevoegd zich op de opbrengst van de verpande goederen te verhalen.

Daarnaast geldt specifiek ten aanzien van debiteurenfinanciering nog dat in paragraaf 2 van het aangehaalde artikel is beschreven dat factormaatschappijen doorgaans werken met een zogenaamde inzakerekening, waardoor debiteuren van de schuldenaar rechtsreeks betalen aan de factormaatschappij. Uit het arrest HR ABN AMRO Commercial Finance / Schreurs q.q. volgt dat ook in deze structuur de regels omtrent verrekening uit het arrest HR Mulder q.q./CLBN van toepassing zijn.⁸ In de financieringspraktijk bestaat thans onzekerheid in hoeverre de regel uit HR Mulder/CLBN (analoog) toegepast kan worden op andere structuren dan die aan de orde waren in het arrest Mulder/CLBN en HR ABN AMRO Commercial Finance / Schreurs q.q.⁹

Gelet op het bovenstaande is het vanuit het perspectief van een factormaatschappij als verstrekker van werkkapitaalfinanciering op basis van de debiteurenportefeuille en/of voorraad van de schuldenaar volstrekt ontoelaatbaar om in een WHOA gedwongen te worden genoeg te nemen met een lagere rang dan die van eersterangs pandhouder op de assets die zij financiert.

Bijlage: artikel A.J.M. Roos, 'Factoring en de WHOA: (on)zekere factoren(?)', *Tvl* 2022-1.

⁸ HR 14 juni 2023, *JOR* 2013/264.

⁹ Zie bijv. N.E.D. Faber, annotatie bij HR 17 februari 1995, *JOR* 2023/172, nr. 7.