

Reactie Clifford Chance LLP inzake het Voorontwerp voor de Wet opheffing verpandingsverboden

1. Inleiding

Clifford Chance heeft een omvangrijke financieringspraktijk, waarbij het overdragen en het verpanden van vorderingen aan de orde van de dag zijn. Clifford Chance maakt daarom graag van de mogelijkheid gebruik om haar zienswijze naar voren te brengen met betrekking tot het ter consultatie neergelegde Voorontwerp voor de Wet opheffing verpandingsverboden (het "**Voorontwerp**").

Voordat wij dieper op het Voorontwerp ingaan is het dienstig om enkele woorden te wijden aan de omstandigheden die aanleiding tot het Voorontwerp hebben gegeven.

2. Achtergrond van het Voorontwerp

Bij de invoering van het huidige BW in 1992 is een bepaling opgenomen (artikel 3:83 lid 2 BW) op grond waarvan het partijen bij een contract vrij staat om te bepalen dat overdracht van vorderingsrechten die uit dat contract voortvloeien wordt uitgesloten. Is overdracht van een vorderingsrecht uitgesloten dan wordt aangenomen dat verpanding van zo een vorderingsrecht eveneens is uitgesloten.

Inmiddels heeft het cessieverbod een dermate hoge vlucht genomen dat het tot "economisch ongewenste neveneffecten" leidt. Zo lezen wij althans in de concept memorie van toelichting en zo constateren wij zelf ook in onze financieringspraktijk in Nederland. Immers, vorderingsrechten die onderhevig zijn aan een cessieverbod (meer specifiek, een daaruit voortvloeiend onoverdraagbaarheidsbeding) komen ook niet in aanmerking voor verpanding aan eventuele kredietverstrekkers van de rechthebbenden op die vorderingsrechten. Vaak vormen die vorderingsrechten het enige waardevolle actief van de rechthebbende dat eventueel als zekerheid voor een bankfinanciering in aanmerking komt. Die rechthebbende wordt aldus beperkt in zijn mogelijkheid om financiering aan te trekken, hetgeen weer leidt tot een beperking van zijn eventuele groeimogelijkheden. In ons omringende landen (genoemd worden Duitsland, Frankrijk en Oostenrijk) is men inmiddels overgegaan tot "afschaffing" van contractuele onoverdraagbaarheids- en niet-verpandingsbedingen. Het bedrijfsleven noch het bankwezen in die landen wordt derhalve in dit opzicht belemmerd in zijn mogelijkheid om financiering aan te trekken, respectievelijk te verschaffen.

3. Wijziging van artikel 3:83 lid 2 BW

De belangrijkste pijler van het Voorontwerp wordt gevormd door wijziging van artikel 3:83 lid 2 BW. Deze bepaling zal als volgt komen te luiden.

"2. De overdraagbaarheid van vorderingsrechten kan ook door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar worden uitgesloten, *tenzij het een geldvordering op naam betreft, anders dan een vordering uit hoofde van een betaal- of spaarrekening, die voortkomt uit de uitoefening van een beroep of bedrijf en wordt overgedragen voor financieringsdoeleinden. Elk hiermee strijdig beding is nietig.*"

Het cursief-gedrukte gedeelte van de tekst hierboven geeft weer wat er in de voorgestelde tekst van artikel 3:83 lid 2 BW wordt gewijzigd ten opzichte van de huidige tekst.

Wij zijn het eens met de strekking van het Voorontwerp om de verpandbaarheid van vorderingen te bevorderen.

In deze reactie bespreken wij de volgende elementen die naar onze mening nog bijzondere aandacht verdienen:

- a) overdracht voor financieringsdoeleinden (paragraaf 4);
- b) uitzondering voor een betaal- of spaarrekening (paragraaf 5);
- c) definitie van "vorderingen" (paragraaf 6);
- d) schriftelijke mededeling (paragraaf 7); en
- e) overgangsrecht (paragraaf 8).

4. Overdracht voor financieringsdoeleinden

De eerste en voornaamste opmerking betreft het vereiste dat de overdracht moet geschieden "voor financieringsdoeleinden".

De eerste vraag die in dit verband rijst is een puur theoretische, namelijk hoe verhoudt de genoemde overdracht voor financieringsdoeleinden zich tot de "verboden" overdracht tot zekerheid genoemd in artikel 3:84 lid 3 BW?

Hier wreekt zich het feit dat het Voorontwerp lijkt te hinken op twee gedachten. Niet voor niets draagt het Voorontwerp de naam "Wet opheffing verpandingsverboden". Men heeft, terecht, een einde willen maken aan de praktijk dat grote groepen van het bedrijfsleven in hun financieringsmogelijkheden worden beperkt doordat zij hun vorderingen niet kunnen verpanden. Maar dat wordt niet veroorzaakt door een verpandingsverbod, maar door een overeengekomen cessieverbod (en het daarin besloten onoverdraagbaarheidsbeding). De wetgever heeft gemeend de "omvang" van de voorgestelde wijziging te moeten beperken door te stellen dat een en ander ten doel heeft de financieringsdoeleinden van het bedrijfsleven te waarborgen. Bij een uitsluiting van een verpandingsverbod zou het niet nodig zijn geweest om dat met zoveel woorden in het Voorontwerp op te nemen aangezien een pandrecht bijna uitsluitend in het kader van een financiering pleegt te worden verstrekt. Nu het wetsvoorstel voorziet in een uitsluiting van een cessieverbod voelde men de noodzaak ook de beperking tot financieringsdoeleinden op te nemen. Dit wordt in de concept memorie van toelichting het "finaliteitscriterium" genoemd. De vraag is of men hiermee echter niet het doel voorbij schiet van de beoogde wijziging.

Uit het Voorontwerp blijkt dat men ook factoringmaatschappijen, althans hun cliënten, ter wille heeft willen zijn. Factoringmaatschappijen kopen vorderingen van hun cliënten: deze vorderingen zullen vrijwel altijd aan de factoringmaatschappijen worden overgedragen ten titel van koop, niet ten titel van "financieringsdoeleinden". "Financiering" (bevoorschotting) kan en mag wel een rol spelen, maar evengoed kan het gaan om "incasso", "financiële administratie", "afdekken van kredietrisico" en ga zo maar door. Daarenboven lijkt het vereiste van "overdracht voor financieringsdoeleinden" ook in de weg

te staan aan, bijvoorbeeld een securitisatie van vorderingen met het oogmerk om van balansverkorting of -opschoning te realiseren. Kortom het element in het Voorontwerp dat een overdracht moet geschieden "voor financieringsdoeleinden" roept meer vragen op dan dat het antwoorden geeft.

Wij zouden er dan ook voor pleiten dat de additionele beperking "voor financieringsdoeleinden" wordt weggelaten. Weliswaar wordt dan ten dele afstand gedaan van het finaliteitscriterium genoemd in de concept memorie van toelichting; "ten dele" want een verpanding voor financieringsdoeleinden is bijna een tautologie. Echter, in de ons omringende landen wordt niet de eis gesteld dat de overdracht van een vordering "voor financieringsdoeleinden" moet zijn. De beperking wordt daar gezocht in "handelsvorderingen" (Duitsland en Oostenrijk) of een beperking is er gewoonweg niet (Frankrijk). Als men voor het Nederlandse bedrijfsleven een "level playing field" wil creëren dan, lijkt dat een argument te meer om het finaliteitscriterium te laten varen en te volstaan met de reeds in het Voorontwerp opgenomen beperkingen tot "geldvordering (..) die voortkomt uit de uitoefening van een beroep of bedrijf".

5. Uitzondering voor een betaal- of spaarrekening

De tweede opmerking betreft de uitzondering op het verbod voor vorderingen uit hoofde van een betaal- of spaarrekening. Alhoewel die uitzondering volkomen terecht is, vragen wij ons af of deze niet moet worden uitgebreid tot andere (groepen van) contracten zoals, bijvoorbeeld derivatencontracten (swaps, (valuta)termijncontracten e.d.). Het argument wat betreft deze andere groepen van contracten is in wezen hetzelfde als in de concept memorie van toelichting wordt gebruikt in verband met de betaal- of spaarrekeningen. De administratie van banken moet de actuele saldoverplichtingen adequaat weergeven, bijvoorbeeld om die banken in staat te stellen de "margin requirements" voor hun wederpartijen (de waarde van de door laatstgenoemden te stellen zekerheid) te bepalen.

6. Definitie van vorderingen

De voorgestelde definitie van vorderingen ("die voortkomt uit de oefening van een beroep of bedrijf"), behoeft onzes inziens enige verduidelijking.

Het verdient aanbeveling dat duidelijk wordt gemaakt dat beide partijen bij de overeenkomst waaruit de vorderingen voortvloeien een professionele hoedanigheid hebben. Hiervoor kan worden aangesloten bij reeds bestaande wettelijke terminologie. Zie bijvoorbeeld artikel 3:94 lid 3 respectievelijk 6:247 lid 2 BW:

"vorderingen die rechtstreeks worden verkregen uit een overeenkomst tussen partijen die handelen in de uitoefening van een bedrijf of beroep".

7. Schriftelijke mededeling

In het Voorontwerp wordt voorgesteld om een nieuw lid toe te voegen aan artikel 3:94 BW, inhoudende dat voor de openbare cessie van de geldvorderingen als bedoeld in het nieuwe artikel 3:93 lid 2 BW, *schriftelijk* mededeling moet worden gedaan aan de debiteur. Dit vereiste zou dan via de schakelbepaling van artikel 3:236 lid 2 BW eveneens gelden voor het vestigen van een openbaar pandrecht op de betreffende geldvordering.

Naar onze mening is het niet logisch dat voor een cessie of verpanding die geschiedt in weerwil van een (nietig) verbod ineens een schriftelijke mededeling noodzakelijk is. Er is geen goede reden om in deze context de mededeling anders te behandelen dan cessies die niet zouden vallen onder geldvorderingen als bedoeld in het nieuwe artikel 3:83 lid 2 BW. Met andere woorden, voor alle cessies en verpandingen dient voor het doen van mededeling *hetzelfde vormvereiste* te gelden: ofwel mondeling ofwel schriftelijk (indien men dit werkelijk noodzakelijk acht).

8. Overgangsrecht

Het Voorontwerp kent een specifiek overgangsrechtelijk regime in die zin dat de nietigheid van bedingen in strijd met het nieuwe artikel 3:83 lid 2 BW ook geldt voor bestaande overeenkomsten.

Naar onze mening behelst deze beoogde onmiddellijke werking een verregaande ingreep in bestaande rechtsverhoudingen. In tegenstelling tot nieuwe overeenkomsten, hebben partijen hier niet de mogelijkheid om te anticiperen op de overdracht van vorderingen, bijvoorbeeld door een verruimd verrekeningsbeding op te nemen. In de Overgangswet kan hiermee rekening worden gehouden, in het bijzonder door te bepalen dat bij vorderingen uit overeenkomsten die reeds zijn overeengekomen ten tijde van de inwerkingtreding van de wet de debiteur van de gecedeerde of verpande vordering (a) aan de oorspronkelijke schuldeiser kan blijven betalen en (b) zijn vorderingen op de oorspronkelijke schuldeiser kan blijven verrekenen alsof de vordering niet is overgegaan.

Clifford Chance LLP, 20 augustus 2018

Contactpersonen:

Ilse van Gasteren
Partner

T +31 20 711 9272
E ilse.vangasteren
@cliffordchance.com

Pieter van Welzen
Partner

T +31 20 711 9154
E pieter.vanwelzen
@cliffordchance.com

Rick Verhagen
Senior Advisor

T +31 20 711 9290
E rick.verhagen
@cliffordchance.com

Dennis Faber
Senior Advisor

T +31 20 711 9373
E dennis.faber
@cliffordchance.com

Guido Bergervoet
Associate

T +31 20 711 9534
E guido.bergervoet
@cliffordchance.com

Loes de Visser
Associate

T +31 20 711 9554
E loes.devisser
@cliffordchance.com