

INSOLAD
Secretariaat
Dorp 53
3415 PC Polsbroek
secretariaat@insolad.nl

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Zijne Excellentie de Minister voor Rechtsbescherming
De weledelgeleerde heer drs. S. Dekker
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Amsterdam, 20 augustus 2018

Zijne Excellentie,

INLEIDING

De Vereniging Insolventierecht Advocaten (hierna te noemen: "INSOLAD") is de landelijke vereniging van advocaten die zich hebben gespecialiseerd in het insolventierecht. Haar leden zijn advocaten die optreden als curator en/of partijen bijstaan die betrokken zijn bij faillissementen, surseances van betaling, schuldsaneringen en buitengerechtelijke reorganisaties. Verder houdt INSOLAD zich actief bezig met informatie over en de totstandkoming van wet- en regelgeving op dit gebied.

Het voorontwerp van de Wet opheffing verpandingsverboden (hierna te noemen: "Voorontwerp") beoogt een einde te maken aan de onwenselijk geachte gevolgen van het (contractueel) uitsluiten van de overdracht of verpanding van vorderingsrechten. Blijkens de toelichting bij het Voorontwerp (hierna te noemen: "Toelichting") stelt het Voorontwerp zich tot doel om de mogelijkheden tot financiering op basis van debiteurenportefeuilles te verbeteren en zo zorg te dragen voor het vrijkomen van middelen om onder meer economische groei te faciliteren en de werkgelegenheid te bevorderen. INSOLAD is positief over het initiatief tot het Voorontwerp. Wel meent INSOLAD dat het Voorontwerp nadere toelichting behoeft, en op onderdelen ook verbeterd zou kunnen worden. Hieronder treft u eerst een aantal algemene opmerkingen aan over het Voorontwerp. Deze worden zo nodig bij de puntsgewijze behandeling van het Voorontwerp nader toegelicht. Ondertussen is in de literatuur ook al een aantal beschouwingen aan het Voorontwerp gewijd. Te weten de beschouwingen van F.E.J. Beekhoven van den Boezem en S. van

Hengel, F.M.J Verstijlen en D.F.H. Stein en V. Tweehuysen.¹ INSOLAD onderschrijft de door genoemde auteurs gemaakte opmerkingen met de hieronder volgende kanttekeningen en/of toevoegingen.

In het bijzonder constateert INSOLAD dat het Voorontwerp direct raakt aan de legeboedelproblematiek waarop hieronder ook nader zal worden ingegaan. Alhoewel deze constatering niet afdoet aan de positieve opvatting van INSOLAD over het initiatief en de in de Toelichting aangegeven doeleinden van het Voorontwerp maakt deze constatering het des te prangender dat de legeboedelproblematiek met urgentie wordt geadresseerd. Mede ook gezien het toegenomen takenpakket dat de wetgever op het bord van de curator heeft gelegd op het terrein van de fraudebestrijding.

ALGEMENE OPMERKINGEN

INSOLAD vraagt op de eerste plaats aandacht voor de titel van het wetsvoorstel. Nu het wetsvoorstel blijkens de toelichting zowel goederenrechtelijke als obligatoire overdraagbaarheids- en verpandingsbepalingen beoogt te verbieden en terzijde te stellen, geeft INSOLAD in overweging om dit ook in de titel van het wetsvoorstel tot uitdrukking te brengen.

Dit brengt ons bij de tweede algemene opmerking. Deze betreft dat, anders dan op pagina 8 van de Toelichting (zie ook het artikel van Verstijlen), niet zonder meer duidelijk is dat het Voorontwerp zowel goederenrechtelijke als verbintenisrechtelijke overdraagbaarheids- en verpandingsbepalingen beoogt te verbieden en ter zijde te stellen. Daarbij wijst INSOLAD tevens op de ook door Beekhoven van den Boezem en Van Hengel gesignaleerde problematische systematische inpassing van de voorgestelde wetswijziging in verband met de toepassing van de schakelbepaling van artikel 3:98 BW.²

Een derde algemene opmerking betreft het nieuw geïntroduceerde finaliteitscriterium. INSOLAD meent op de eerste plaats dat deze term niet gelukkig is nu deze weinig verhelderend is ten aanzien van de inhoud van het voorgestelde criterium. Terwijl de term bovendien ook al een andere juridische betekenis heeft en onder andere in fiscale zaken wordt gebruikt. Daarnaast doet de term 'finaliteitscriterium' denken aan de Finaliteitsrichtlijn (Richtlijn 98/26/EG), waarmee het voorgestelde criterium niets van doen heeft. Over het eigenlijk voorgestelde criterium meent INSOLAD dat dit aan scherpheid ontbreekt. Daardoor zou de introductie daarvan op zichzelf aanleiding kunnen zijn tot rechtsonzekerheid. Terwijl het door INSOLAD nadrukkelijk onderkende voordeel van het initiatief juist is dat een einde wordt gemaakt aan de bestaande onzekerheden en onduidelijkheden ten aanzien van de overdraagbaarheid en/of verpandbaarheid van vorderingen.

PUNTSGEWIJZE NADERE OPMERKINGEN

In toelichting aangedragen argumentatie

¹ F.E.J. Beekhoven van den Boezem en S. van Hengel, 'Wet opheffing verpandingsverboden', *TvI* 2018/44; F.M.J. Verstijlen, 'De Wet opheffing verpandingsverboden', *WPNR* 7203; D.F.H. Stein en V. Tweehuysen, 'Overgangsrecht in het Voorontwerp 'Wet afschaffing verpandingsverboden', *WPNR* 7204.

² In verband met het voorgestelde artikel 3:83 lid 2 BW lijkt het er op dat in ieder geval ook het woord "wordt" moet worden vervangen door "is".

In de Toelichting worden twee argumenten genoemd om aan beperkingen aan de overdraagbaarheid en verpandbaarheid van vorderingen een einde te maken. Het eerste argument ziet op een verondersteld averechts (bedrijfs)economisch effect van dergelijke bedingen dat ontstaat doordat kredietportefeuilles niet meer kunnen worden ingezet als dekking voor kredietverstrekking. Het tweede argument ziet op de negatieve effecten voor ondernemers, nu in de Nederland omringende landen beperkingen op de overdraagbaarheid en verpanding (al) zijn opgeheven. Daardoor zou voor Nederlandse ondernemers, zo begrijpt INSOLAD, mogelijk een concurrentienadeel ontstaan. Hierna wordt uitgebreider op deze twee argumenten ingegaan.

Extra kredietruimte

Het Voorontwerp stelt dat naar schatting van de Nederlandse Vereniging van Banken en de Factoring & Asset Based Financing Association Netherlands de nieuwe regeling 'zou kunnen leiden' tot extra kredietruimte van 1 miljard euro, alleen al voor het midden- en kleinbedrijf. Aangenomen wordt dat de banken hun verbeterde zekerheidspositie zullen aanwenden om ruimhartiger krediet te verstrekken en dat de voorgestelde wijzigingen geen negatieve effecten op kredietverlening hebben. Met de extra kredietruimte zouden onnodige liquiditeitsproblemen voorkomen moeten worden en komen er middelen vrij die kunnen worden ingezet voor een 'groeï- en werkgelegenheidsbevorderende investerings- en innovatieimpuls'. Het is INSOLAD op grond van de Toelichting niet duidelijk waarop de verwachting van het ontstaan van de extra kredietruimte is gebaseerd.

Als kanttkening bij de aanname dat extra kredietruimte zal ontstaan verwijst INSOLAD naar een recent gepubliceerd artikel van Bloemink waarin ook andere effecten worden beschreven van een omvangrijker pandrecht op vorderingen.³ Bloemink stelt dat als gevolg van een omvangrijker pandrecht mogelijk aan de ene kant meer kredietruimte bij banken en financiers ontstaat, terwijl dit aan de andere kant mogelijk ook negatieve effecten op de kredietruimte kan hebben. Doordat andere financiers juist minder krediet kunnen of zullen verstrekken. Bloemink concludeert dat de keuze voor ruimere zekerheidsrechten een rechtseconomische afweging vraagt, waarin de voor- en nadelen worden afgewogen. Juist deze afweging mist INSOLAD in het Voorontwerp. Hierna komt nog een aantal voorbeelden van de gevolgen van het Voorontwerp voor andere crediteuren aan de orde, waarmee de voornoemde afweging wordt geïllustreerd.

Level playing field

Voor zover met het bevorderen van een level playing field wordt bedoeld de concurrentiepositie tussen Nederlandse ondernemers en in het buitenland gevestigde ondernemers, doordat de eerste groep in tegenstelling tot de laatste groep ten gevolge van de thans in de praktijk gehanteerde onoverdraagbaarheids- en verpandingsbeperkende bedingen, het met verminderde financieringsmogelijkheden moet stellen, kan INSOLAD deze gedachtegang op zich volgen. Evenwel ontbreekt bij deze gedachtegang in de Toelichting een onderbouwing bij de opgevoerde financiële effecten.

³ R. Bloemink, 'Zekerheidsrechten vanuit rechtseconomisch perspectief, *MvV* 2018/2.

Voor zover ook een level playing field tussen juridische regimes voor ogen wordt gestaan, wijst INSOLAD op de effectieve en efficiënte afwikkeling van Nederlandse faillissementen, althans in vergelijking met de in het Voorontwerp aangehaald landen (Duitsland, Oostenrijk en Frankrijk). Uit de databank van de Wereldbank vallen de volgende tabellen te genereren:

Resolving Insolvency - Recovery rate (cents on the dollar) ⁴							
	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Austria	72,7	83,3	82,4	82,6	82,7	82,8	80
France	45,6	48,2	48,2	77,2	77,5	78,5	73,5
Germany	82,9	78,4	83,2	83,4	83,7	84,4	80,6
The Netherlands	88	89,2	89,5	88,9	88,9	89,3	89,7

Resolving Insolvency - Cost (% of estate) ⁵							
	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Austria	18	10	10	10	10	10	10
France	9	9	9	9	9	9	9
Germany	8	8	8	8	8	8	8
The Netherlands	3,5	3,5	3,5	3,5	3,5	3,5	3,5

Uit de twee bovenstaande tabellen valt op te maken dat Nederlandse banken – in vergelijking tot banken in het door het Voorontwerp gedefinieerde speelveld – nu reeds het hoogste percentage van hun vordering lijken te incasseren tegen veruit de laagste kosten.

Uit onderstaande statistieken is een stijgende tendens waar te nemen van het aantal Nederlandse faillissementen dat door opheffing bij gebrek aan baten eindigt. Deze laatste tendens is overigens ook relevant in verband met het Voorontwerp. Dit omdat aannemelijk is dat het Voorontwerp een impact heeft op de omvang van de boedel.

⁴ Bron: <http://www.doingbusiness.org/Custom-Query>. Ingegeven zoektermen: Economies: Austria, France, Germany, the Netherlands. Topic: Resolving Insolvency. Years to display: 2012 t/m 2018. Geraadpleegd op: 15 augustus 2018. Doing Business is een initiatief van de Wereldbank.

⁵ Bron: <http://www.doingbusiness.org/Custom-Query>. Ingegeven zoektermen: Economies: Austria, France, Germany, the Netherlands. Topic: Resolving Insolvency. Years to display: 2012 t/m 2018. Geraadpleegd op: 15 augustus 2018.

Tabel 3 Wijze van eindigen van faillissementen in Nederland⁶

	2004	2006	2008	2010	2015
Opheffing wegens gebrek aan baten	81,14%	72,53%	65,31%	68,31%	72,99%
Verbindend worden slotuitdelingslijst	16,80%	25,65%	31,67%	29,41%	25,36%
Akkoord	2,05%	1,82%	3,02%	2,28%	1,65%
Totaal	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%

Aannemelijk is dat invoering van het Voorontwerp de tendens van een groeiend aantal opheffingen wegens gebrek aan baten zal versterken.

Lege boedel-problematiek

Aannemelijk lijkt dat het Voorontwerp tot een verdere uitholling van faillissementsboedels zal leiden. Immers, waar voorheen in faillissement nog handelsvorderingen in de boedel zouden vallen die onoverdraagbaar en onverpandbaar zijn, zal dit na invoering van het Voorontwerp niet (veel) meer voorkomen. Anderzijds worden er meer taken en verantwoordelijkheden bij de curator neergelegd (zoals bijvoorbeeld de ‘fraudesignalerende taak’ van de curator, per 1 juli 2017 ingevoerd met de Wet versterking positie curator (Stb. 2017, 124)), terwijl de financiële dekking voor die werkzaamheden dus afneemt. Dit komt de bestaande situatie niet ten goede. INSOLAD onderstreept andermaal dat voortgang bij de WCO III is geboden om deze problematiek te adresseren.

VERDERE AANDACHTSPUNTEN

Het Voorontwerp heeft volgens INSOLAD ook nadelige effecten. INSOLAD vraagt zich af of deze in voldoende mate onder ogen zijn gezien. De Toelichting geeft daar niet direct blijk van. Een eerste voorbeeld is dat het denkbaar is dat het terzijde stellen van onoverdraagbaarheidsbedingen en verpandingsverboden wel eens zou kunnen leiden tot een beperktere bereidheid van andere partijen om financiering te verstrekken. Wij verwijzen hier naar het eerder genoemde stuk van Bloemink.

Alhoewel in het Voorontwerp wordt aangesloten bij ons omringende landen, en een van de redenen voor het Voorontwerp is het creëren van een level playing field wat betreft concurrentie tussen ondernemers in verschillende lidstaten waarbij in Nederland gevestigde ondernemers geen hinder zouden moeten ondervinden van nationale wettelijke beperkingen ten aanzien van hun financierbaarheid, ontbreekt in de toelichting aandacht voor de internationale dimensie van het Voorontwerp.

Een voorbeeld mag dit verduidelijken: een Nederlandse tuinder wil zaken doen met een Spaanse supermarkt. De Spaanse supermarkt wil pas betalen na 120 dagen en kent in haar algemene voorwaarden een overdraagbaarheidsbeperking. Indien de Nederlandse tuinder zijn vordering niet kan verkopen/verpanden zal de bank allicht niet bereid zijn tot het verstrekken van financiering in bijvoorbeeld de vorm van bevoorschotting op de vordering van de tuinder op de Spaanse supermarkt.

⁶ Gegevens afkomstig uit het rapport ‘Faillissementen, oorzaken en schulden 2015’, uitgegeven door het CBS en WODC in 2016.

De vraag die dit voorbeeld oproept is of de in het Voorontwerp voorgestelde wijzigingen ook van openbare orde zijn en daarmee de *lex causae* en door de Spaanse retailer overeengekomen beperking ter zake de overdraagbaarheid ter zijde stellen.

Wet Ketenaansprakelijkheid

Een ander nadelig aspect heeft betrekking op de aansprakelijkheidsrisico's die voortvloeien uit de Wet Ketenaansprakelijkheid. Onoverdraagbaarheidsbedingen en verpandingsverboden spelen – zoals het Voorontwerp ook aangeeft – een belangrijke rol in de bouw maar ook in andere sectoren. Een effect van het opheffen van onoverdraagbaarheidsbedingen en van verpandingsverboden, is dat hoofdaannemers en inleners, in de gevallen waarin zij zich tegenover de bank niet kunnen beroepen op artikel 6:130 BW, geconfronteerd worden met een vermindering van hun verrekeningsmogelijkheden.

Het Voorontwerp roept ook onduidelijkheden op waar het gaat om de vraag hoe om te gaan met verpanding van een vordering op een (hoofd)aannemer en de gebruikelijke regeling tussen partijen dat een deel van de aanneemsom wordt betaald op de G-rekening ter voorkoming van aansprakelijkheid jegens de Ontvanger. Ten aanzien van de G-rekening, geldt thans dat deze niet overdraagbaar en verpandbaar is. Dit beschermt zowel de schuldeiser als de (hoofd)aannemer. Deze bescherming is nuttig en dient te worden gehandhaafd.

Het opheffen van het verpandingsverbod sorteert ook effect op de boedelschuldeisers. In eerste instantie doelt INSOLAD hierbij op het UWV. Het UWV neemt loonverplichtingen over uit hoofde van de loongarantieregeling over de boedelperiode (artikel 61-88 Werkloosheidswet). Als gevolg van een onoverdraagbaarheids- of verpandingsbeding is de curator nu nog vaak in staat om een uitkering aan boedelschuldeisers te doen uit de opbrengst van de door de boedel geïncasseerde vorderingen. Op basis hiervan concludeert INSOLAD dan ook dat de positie van andere boedelschuldeisers praktisch gesproken zal verslechteren.

Er wordt in de Toelichting ook geen aandacht besteed aan het feit dat het opheffen van het overdraagbaarheidsbeperking en verpandingsverboden de positie van geseecureerde schuldeisers met een pandrecht ten koste van de overige preferente schuldeisers verbetert. De Ontvanger en het UWV, die van alle faillissementsschuldeisers als hoog preferent crediteuren in de regel als eerste pre-faillissementscrediteur aan bod komen bij een uitdeling, worden hierdoor primair getroffen. Ook dit is een praktisch gevolg van de voorgestelde wijzigingen.

FINALITEITSCRITERIUM EN ANDERE UITZONDERINGEN

Bij de door het Voorontwerp voorgestelde regeling zullen bepaalde geldvorderingen niet meer onoverdraagbaar of onverpandbaar kunnen worden gemaakt. Het gaat om (i) een vordering die voortkomt uit de uitoefening van een beroep of bedrijf, (ii) een overdracht voor financieringsdoeleinden; en (iii) niet zijnde een vordering uit hoofde van een betaal- of spaarrekening. Het tweede criterium is het 'finaliteitscriterium'. Dit criterium brengt met zich dat onoverdraagbaarheidsbedingen en/of verpandingsverboden in zakelijke verhoudingen niet zonder meer nietig zijn, maar enkel indien deze zien op vorderingen die worden overgedragen of verpand voor financieringsdoeleinden. Dit maakt dat de

schuldenaar het doel van de overdracht of verpanding zal moeten zien te achterhalen. INSOLAD voorziet bij dit criterium problemen omdat het scherpte mist. INSOLAD geeft daarbij onderstaand voorbeeld.

Bouwonderneming (X) heeft in zijn onderaannemingsvoorwaarden een onoverdraagbaarheidsbeding opgenomen. Een onderaannemer (Y) met een vordering op X, cedeert deze vordering aan een partij (Z) die het bedrijf van Y middels een activatransactie koopt. Z stuurt X een brief met daarin het verzoek om aan haar te betalen. X moet zich nu gaan verdiepen in de vraag of Y de vordering heeft gecedeerd voor 'financieringsdoeleinden' of anderszins, teneinde vast te kunnen stellen aan wie zij bevrijdend kan betalen.

Dit eenvoudige voorbeeld toont aan dat het onoverdraagbaar maken van een zakelijke vordering in de nieuwe situatie snel tot problemen kan leiden nu het voor een schuldenaar niet duidelijk is aan wie betaald kan worden. Aanvullend zou bij deze casus de vraag gesteld kunnen worden tot hoe ver de onderzoeksplicht van de schuldeiser reikt.

Het finaliteitscriterium is blijkens het Voorontwerp opgenomen om niet verder in te grijpen in de contractsvrijheid dan strikt noodzakelijk. De voordelen die het onoverdraagbaar maken van vorderingen met zich brengen (waaronder met name: duidelijkheid omtrent de vraag aan wie betaald moet worden, het voorkomen van discussies omtrent verrekening, beslaglegging, etc.) gaan er echter door teniet. INSOLAD voorziet dat het finaliteitscriterium juist zal leiden tot discussies en rechtsonzekerheid. INSOLAD stelt voor om – op basis van de hiervoor beschreven problematiek – het finaliteitscriterium te schrappen dan wel te verduidelijken door een scherper en meer afgebakend criterium.

Wellicht kan met betrekking tot het finaliteitscriterium aansluiting gezocht worden bij de definitie van een handelsovereenkomst als bedoeld in artikel 6:119a BW. Onder handelsovereenkomst wordt in deze bepaling verstaan: de overeenkomst om baat die een of meer van de partijen verplicht iets te geven of te doen en die tot stand is gekomen tussen een of meer natuurlijke personen die handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf of rechtspersonen. Dit is een bekend begrip in de handelspraktijk. Bovendien heeft de omvang en de dekking van dit begrip reeds vorm gekregen door jurisprudentie van de Hoge Raad.

Verder is in het voorstel tot wijziging van artikel 3:83 lid 2 BW opgenomen dat het opheffen van het verpandingsverbod niet van toepassing is op vorderingen 'uit hoofde van een betaal- of spaarrekening' die worden aangehouden bij een bank. INSOLAD denkt dat die uitzondering ook zou moeten gelden ten aanzien van andere financieringsvormen. De voorschotfinanciering door de zorgverzekeraar zou een hiervan een voorbeeld kunnen zijn. Zorginstellingen worden door de zorgverzekeraar met voorschotten gefinancierd. De bereidheid hiertoe zal afnemen als de gebruikelijke onoverdraagbaarheidsbedingen geen werking meer hebben. Daarbij is het nog maar de vraag of en in hoeverre banken de financieringen door zorgverzekeraars zullen willen overnemen. Indien dit niet of slechts in beperkte mate het geval zal zijn, wat denkbaar is, zal dit tot een verslechterde positie van de zorgverzekeraars leiden. Het nieuwe stelsel brengt voor meerdere partijen negatieve effecten met zich mee. Om deze reden is het voor INSOLAD niet geheel duidelijk waarom uitsluitend een uitzondering wordt gemaakt voor betaal- en spaarrekeningen.

INSOLAD attendeert de wetgever nog op de belangen van de schuldenaar. Het opheffen en ter zijde stellen van onoverdraagbaarheids- en onverpandbaarheidsbedingen maakt dat de belangen van schuldenaren in het geding kunnen komen daar waar niet bevrijdend betaald kan worden aan de oorspronkelijke schuldeiser. Indien de schuldeiser zijn vordering aan een cessionaris overdraagt kan de

schuldenaar, na mededeling daarvan, enkel bevrijdend betalen aan de cessionaris. De schuldenaar is bij afwezigheid van een positief registerstelsel afhankelijk van de mededeling van de cessionaris/schuldeiser. Er blijft zo dus een risico op onverschuldigde betaling bestaan. Ondanks de mogelijkheid tot terugvordering van het onverschuldigd betaalde deel zijn hier voor de schuldenaar (insolventie)risico's aan verbonden.

Weliswaar moet onder het Voorontwerp de mededeling aan de debiteur schriftelijk geschieden, hetgeen ook langs elektronische weg kan. Dit laat de hiervoor gesignaleerde risico's onverlet. Zeker bij ondernemingen met enige omvang zal het enige tijd duren voordat een ontvangen mededeling in de administratie is verwerkt. INSOLAD heeft met betrekking tot het schriftelijkheidsvereiste geen moverende bezwaren en is zich bewust van het feit dat deze problematiek zich ook voordoet op andere vlakken. Desalniettemin zou aandacht voor het scheppen van verdere duidelijkheid omtrent wanneer de mededeling in bovenstaand geval werking krijgt wat INSOLAD betreft gewenst zijn.

OVERGANGSRECHT

Met betrekking tot het overgangsrecht merkt INSOLAD op dat terugwerking geen effect heeft op reeds bestaande vorderingen bij inwerkingtreding. Dit leidt ertoe dat partijen onderzoek moeten blijven doen. Verduidelijking dat het overgangsrecht niet geldt voor vorderingen die ten tijde van de inwerkingtreding reeds bestonden lijkt geboden.

CONCLUSIE

INSOLAD ondersteunt het initiatief tot het Voorontwerp. Vooral omdat afschaffing van overdraagbaarheidsbeperkingen en verpandingsverboden de rechtszekerheid ten goede zal komen. INSOLAD meent wel dat de in de Toelichting genoemde voordelen niet, althans onvoldoende zijn onderbouwd. Terwijl mogelijke nadelen oordelend op grond van de Toelichting mogelijk niet voldoende lijken onderkend. Voorts raak het Voorontwerp rechtstreeks aan de lege boedel-problematiek, welke dient te worden geadresseerd, maar overigens een separaat onderwerp is van het Voorontwerp. INSOLAD neemt hier de gelegenheid graag ten baat om ook daarvoor uw dringende aandacht te vragen.

Hoogachtend,
Namens de Vereniging INSOLAD en de consultatiecommissie,

i.o.
MWS

Het bestuur