

Ministerie van Justitie en Veiligheid  
Dhr. drs. S. Dekker  
Postbus 20301  
2500 EH Den Haag

Allen & Overy LLP  
Apollolaan 15  
1077 AB Amsterdam

Postbus 75440  
1070 AK Amsterdam

Tel +31 (0) 20 674 1000  
Fax +31 (0) 20 674 1111

Amsterdam, 21 augustus 2018  
Onderwerp Internetconsultatie wet opheffing  
verpandingsverboden

Geachte heer Dekker,

Graag maken wij van de mogelijkheid gebruik om een bijdrage te leveren aan de internetconsultatie met betrekking tot de wet opheffing verpandingsverboden (hierna het **Voorstel**). Het Voorstel beoogt handelsvorderingen op naam beschikbaar te maken voor financieringsdoeleinden. Wij zijn hier voorstander van. Het Voorstel kent, ons inziens, echter bepaalde tekortkomingen waar wij graag enkele kanttekeningen bij zouden willen plaatsen.

Waar wij in het onderstaande de term:

- (a) **onoverdraagbaarheidsbeding** of **onverpandbaarheidsbeding** (of **goederenrechtelijk beding** als verzamelterm) hanteren, doelen wij op een beding met goederenrechtelijke werking zoals bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW; en
- (b) **overdrachtsverbod** of **verpandingsverbod** (of **verbod** als verzamelterm) hanteren, doelen wij op een verbintenisrechtelijke bepaling die overdracht of verpanding verbiedt, maar dit niet goederenrechtelijk onmogelijk maakt.

## 1. ACHTERGROND

Het idee om de overdraagbaarheid en verpandbaarheid van vorderingen in de wet te verankeren is niet nieuw. Zoals ook in de concept memorie van toelichting (MvT) genoemd zijn in Duitsland, Oostenrijk en Frankrijk regelingen getroffen die de werking van goederenrechtelijke bedingen en/of verboden aan banden te leggen. Ook in het Verenigd Koninkrijk zijn meerdere voorstellen gedaan voor wijziging van dergelijke bedingen.

Het Voorstel bestaat uit een toevoeging aan het huidige artikel 3:83 lid 2 BW, waardoor het artikellid integraal als volgt komt te luiden (toevoeging onderstreept):

*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 wetsvoorstel heeft als doel de mogelijkheden tot financiering van het midden- en kleinbedrijf (MKB) te verruimen. Het Voorstel beoogt vorderingen overdraagbaar en verpandbaar te maken, ook

wanneer partijen anders overeenkomen. De hoeveelheid vorderingen die kunnen worden ingezet voor financieringsdoeleinden zal hierdoor toenemen.

Het hierboven omschreven belang dient afgewogen te worden tegen het belang van de partijautonomie en de daarmee verbonden mogelijkheid voor debiteuren om te voorkomen dat zij met onbekende crediteuren geconfronteerd worden. Het risico van niet bevrijdende betaling door debiteuren (en mogelijke verplichting tot dubbele betaling) verdient in het bijzonder aandacht.

Partijautonomie (contractsvrijheid) is een primair uitgangspunt van het burgerlijk recht in het algemeen. Dit brengt ons inziens mee dat een beperking daarop alleen aanvaardbaar is indien de grenzen van die beperking scherp worden getrokken en geheel in lijn zijn met de beoogde strekking daarvan: de vergemakkelijking van de financiering van het MKB. Het wetsvoorstel zoals nu geformuleerd voldoet daaraan in onvoldoende mate, zoals hierna uiteengezet.

## 2. FINANCIERINGSDOELEINDEN

Het Voorstel beperkt zich tot geldvorderingen die worden overgedragen voor financieringsdoeleinden. “Financieringsdoeleinden” is een begrip dat nergens anders in de wet wordt gebruikt. De MvT geeft twee voorbeelden: bancaire kredietverlening en verkoop van de vordering aan factoringmaatschappijen. Dit is magere toelichting bij een centraal element van het Voorstel.

Het gebruik van de term “financieringsdoeleinden” creëert rechtsonzekerheid, omdat de wijze van aanwending van de “opbrengsten” van een cessie of verpanding, gevolgen kan hebben voor de geldigheid van de overdracht of verpanding.<sup>1</sup> Deze onzekerheid zal de effectiviteit van het wetsvoorstel ernstig beperken.

Bovendien leidt de beperking van de overdraagbaarheid en verpandbaarheid van vorderingen tot dit doel tot ongelijkheid. Zo zal de verschaffing van aanvullende zekerheden aan een bank door een debiteur op de rand van insolventie, in ruil voor een *waiver* van de bank, waarschijnlijk kwalificeren als een zekerheidsverschaffing met een financieringsdoel, terwijl de kwalificatie van zekerheidsverschaffing aan andere typen schuldeisers onzeker zal zijn.

Een ander ongelukkig gevolg van het gebruik van deze term, is de contextuele nietigheid die hieruit ontstaat. Zo is het bijvoorbeeld de vraag of een goederenrechtelijk beding of verbod dat nietig is (verklaard) in het kader van een overdracht of verpanding met een financieringsdoel, in het geval van een latere overdracht of verpanding zonder financieringsdoel van dezelfde vordering, wel geldig kan zijn. De huidige formulering van het Voorstel suggereert in de meest letterlijke lezing dat een dergelijk goederenrechtelijk beding of verbod ook in de tweede context nietig zal zijn. In dit geval zou het Voorstel ook de onderliggende goederenrechtelijke bedingen en verboden raken bij overdrachten of verpandingen die niet worden aangegaan voor financieringsdoeleinden.

Aangenomen dat dit niet de intentie is van de wetgever, ontstaat er nog steeds onduidelijkheid. Een goederenrechtelijk beding of een verbod is dan nietig in de ene context en geldig in de andere. Deze context-afhankelijke, of contextuele, nietigheid scheidt onzekerheid. Wij kennen dan ook geen andere wetsbepalingen met een dergelijke werking. Door het vereiste van financieringsdoeleinden te schrappen en de verbintenisrechtelijke verboden apart in boek 6 BW buiten werking te stellen, wordt dit probleem weggenomen.

Ten slotte valt te betwijfelen in hoeverre overdrachten of verpandingen van geldvorderingen plaatsvinden zonder financieringsdoeleinden. Ook om deze reden zou het beter zijn het vereiste van een financieringsdoel niet op te nemen in de wet.

<sup>1</sup> F.M.J. Verstijlen, ‘De Wet opheffing verpandingsverboden’, *WPNR* 2018/7203, p. 578.

### 3. VERHOUDING GOEDEREN- EN VERBINTENISRECHTELIJKE WERKING

Het Voorstel bepaalt dat elk beding dat strijdig is met de gecreëerde uitzondering op de mogelijkheid tot het onoverdraagbaar maken van vorderingen, nietig is. De MvT licht toe dat dit goederenrechtelijke en verbintenisrechtelijke werking heeft. Het Voorstel laat echter de mogelijkheid bestaan om de verpandbaarheid van vorderingen goederenrechtelijk uit te sluiten.<sup>2</sup> Het zou aanbeveling verdienen om onverpandbaarheidsbedingen expliciet in art. 3:228 BW te adresseren. Onoverdraagbaarheid leidt immers tot onverpandbaarheid, maar overdraagbaarheid nog niet automatisch tot verpandbaarheid (als partijen anders overeenkomen).

Dat verbintenisrechtelijke verboden tevens geraakt worden is terecht gezien het beoogde doel van het Voorstel. Verstijlen merkte echter eerder al op dat dat de gecreëerde uitzondering in art. 3:83 lid 2 BW voldoende is om goederenrechtelijke overdraagbaarheid te realiseren.<sup>3</sup> De toevoeging van de nietigheidssanctie is hiervoor niet vereist. Voor een dergelijk beding wordt immers teruggevallen op de hoofdregel van lid 1, namelijk dat vorderingsrechten overdraagbaar zijn. Om het onderscheid tussen de goederen- en verbintenisrechtelijke werking zuiver te houden, verdient het dan ook aanbeveling om het verbintenisrechtelijke aspect te regelen in een aparte bepaling. Gezien de opbouw van het BW, ligt het meer voor de hand om deze bepaling in boek 6 op te nemen (bijvoorbeeld in de vorm van een nieuw artikel 6:260a BW).

### 4. IMPLICATIES VAN HET VOORSTEL

Het Voorstel creëert onzekerheid voor debiteuren ten aanzien van de vraag aan wie zij bevrijdend kunnen betalen. Dit leidt tot administratieve kosten en creëert het risico van een verplichting tot dubbele betaling.

Bovendien worden vele legitieme overdrachts- en verpandingsbeperkingen geraakt door het Voorstel.

Ook besteedt het Voorstel (inclusief de MvT) geen enkele aandacht aan de invloed die het Voorstel heeft op de verrekeningsmogelijkheden van partijen. Hetzelfde geldt voor geheimhoudingsbedingen.

#### 4.1 Administratie en verificatie van mededelingen

Voor bedrijven met crediteurenportfolio's met meer dan enkele crediteuren, vergt het wetsvoorstel grote administratieve wijzigingen. Zij kunnen van iedere schuld mededeling ontvangen dat deze (voortaan) voldaan moet worden aan een pandhouder of aan een cessionaris (terwijl hen het middel om dit te voorkomen (een goederenrechtelijk beding) uit handen wordt genomen. Mochten zij een dergelijke mededeling over het hoofd zien, betalen zij onverschuldigd aan de cedent/pandgever. Een dergelijke mededeling zal vooral gedaan worden door een financier als de cedent/pandgever zich in een precaire positie bevindt. Als de pandhouder/cessionaris vervolgens betaling in ontvangst neemt en de cedent/pandgever geen verhaal biedt, betaalt de debiteur dubbel.

Bovendien wordt de debiteur gedwongen om van iedere mededeling de rechtmatigheid te onderzoeken. Betalen aan een willekeurige derde na een door deze derde onbevoegd gedane mededeling hiervan leidt immers evenzeer tot het risico van dubbele betaling.

Dit probleem kan worden opgelost door debiteuren de mogelijkheid te geven om bevrijdend te blijven betalen aan de oorspronkelijke schuldeiser (tevens de cedent/pandgever).<sup>4</sup> Zo worden zowel het doel van het Voorstel bereikt, namelijk verruiming van kredietruimte, als de belangen van

<sup>2</sup> Zie ook F.E.J. Beekhoven van den Boezem en S. van Hengel, 'Wet opheffing verpandingsverboden', *TvI* 2018/44, p. 2-3.

<sup>3</sup> F.M.J. Verstijlen, 'De Wet opheffing verpandingsverboden', *WPNR* 2018/7203, p. 577-578.

<sup>4</sup> Dit is ook de oplossing aangedragen, zij het uitsluitend voor verpanding, in F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding* (diss. Groningen RUG), Deventer: Kluwer 2003, p. 262-263.

debiteuren beschermd. De mogelijkheid om steeds aan de cedent/pandgever te betalen betekent dat de cessionaris/pandhouder aan kredietrisico jegens de cedent/pandhouder is blootgesteld. Deze oplossing is aldus alleen werkbaar indien dat kredietrisico wordt weggenomen dan wel effectief gemitigeerd; zie hierna.

## 4.2 Positie financiers

De bescherming van de financiers voor het kredietrisico dat zij lopen op de cedent/pandgever dat hierdoor ontstaat zou, ons inziens, tweeledig moeten zijn.

Eenzijds zou, door het van toepassing verklaren (of analoog toepassen) van art. 3:229 BW, een pandrecht moeten ontstaan op de door de pandgever inningsbevoegd (voor mededeling van het pandrecht) of inningsonbevoegd (na mededeling van het pandrecht) ontvangen gelden. Dit in afwijking van het huidige stelsel voor overdraagbare vorderingen waar een pandrecht slechts op de door de pandhouder geïnde gelden komt te rusten (conform art. 3:246 lid 5 BW) maar niet op eventuele gelden die zijn betaald aan de pandgever.

Een dergelijk pandrecht zou van rechtswege ontstaan en daarmee, net als algemeen aanvaard voor het pandrecht op grond van zaaksvervanging/substitutie ex art. 3:229 BW, ook na faillissement nog tot stand komen. Daarnaast zou dit pandrecht, ex art. 3:229 lid 2 BW, rang moeten nemen boven eventuele andere pandrechten.

Art. 3:229 BW is in reikwijdte beperkt tot zekerheidsrechten en wet systematisch moeilijk toepasbaar op de cessie-figuur. Naar analogie met art. 3:229 BW zou dus een nieuw art. 3:94a BW moeten bepalen dat ook waar een cedent inningsonbevoegd (voor of na mededeling van de cessie (immers de inning van de vordering door een cedent is altijd onbevoegd)) gelden ontvangt, de cessionaris een pandrecht op de ontvangen gelden krijgt.

Dogmatisch valt over beide pandrechten het nodige over te zeggen. Wij achten dit echter verdedigbaar gezien de noodzaak van bescherming van de financier.

Wij vragen in dit kader overigens nog wel aandacht voor het gegeven dat dit aanvullende pandrecht veelal een pandrecht op een vordering op een bank (uit hoofde van een betaalrekening) zal betreffen – waardoor dit pandrecht zonder aanvullende maatregel dus niet tot stand zal kunnen komen zonder medewerking van de bank waar de rekening loopt (aangenomen dat deze bank goederenrechtelijk bedingen in stelling heeft gebracht). Men zou dit kunnen accepteren als een imperfectie waar de financier (mocht dit een andere partij zijn dan de partij waar de rekening loopt) rekening mee zal moeten houden bij het selecteren van de relevante bank waar de rekening loopt waar de betalingen binnen komen of een aanvullende (bijzonder technische) uitzondering opnemen.

Ook is dit pandrecht mogelijk kwetsbaar vanwege de bepaalbaarheid van de bezwaarde vordering en verrekening daarvan (in samenloop met mogelijke andere pandrechten op de vorderingen uit hoofde van dezelfde bankrekening (hoewel het nieuwe pandrecht rang neemt boven eventuele andere pandrechten)). Door creditering van een bankrekening ontstaat een nieuwe, in ons voorstel bezwaarde, vordering. Deze kan en zal echter verrekend worden met andere vorderingen in de rekening-courant verhouding met de bank. Welk deel, lees welke vordering, dit treft zal niet duidelijk zijn. Om dit risico te mitigeren, raden wij aan een afscheidingsplicht voor de ontvangende cedent/pandgever op te nemen in de wet.

Anderzijds pleiten wij naast het pandrecht, gezien de eerder benoemde complexiteit, de eventuele ‘kwetsbaarheid’ van dit pandrecht en de mogelijke discussies die hieruit zouden kunnen voortvloeien, zowel in het geval van cessie als verpanding, voor het doen laten ontstaan van een preferente boedelschuld voor een bedrag gelijk aan bedragen die zijn ontvangen na faillissement, in combinatie met een onmiddellijke afdrachtverplichting voor de curator.



Dergelijke betalingen leiden onder huidig recht reeds tot een boedelvordering bij betaling aan een failliete cedent na stille cessie (op grond van artikel 6:36 BW)<sup>5</sup> (bij een pandrecht ligt dit genuanceerder). De status van deze boedelvordering is, conform de visie in de literatuur die wij volgen<sup>6</sup>, afhankelijk van de ‘actieve’ (recht op betaling voor algemene faillissementskosten) dan wel ‘niet actieve’ (recht op betaling na algemene faillissementskosten) inning door de curator. Echter in beide gevallen heeft de cessionaris te dulden dat het salaris van de curator voorrang heeft.

De status van de preferente boedelvordering zou daarom gelijk moeten zijn aan die omschreven in het Ontvanger/Hamm q.q. arrest<sup>7</sup>, dus met preferentie boven het salaris van de curator.

Deze oplossing is niet beschikbaar voor betalingen ontvangen voor faillissement, in welk geval financiers dus aangewezen zijn op het hierboven omschreven pandrecht (met inachtneming van het tevens hierboven omschreven kwetsbaarheden).

Deze instrumenten zullen zeker stellen dat de financier linksom (via het pandrecht) of rechtsom (via een afdracht door de curator) toegang krijgt tot de opbrengsten. Voor betalingen ontvangen voor faillissement of in scenario's waar er geen sprake is van faillissement, beschermt het pandrecht de financier. Voor betalingen ontvangen na faillissement wordt dit aangevuld met een afdrachtverplichting van de curator aan de financier. Na faillissement is het pandrecht echter nog steeds van waarde, omdat het de financier de mogelijkheid geeft om te innen zonder het handelen van de curator af te hoeven wachten.

In een internationale context, met een buitenlandse cedent/pandgever, zal het een en ander niet noodzakelijk helpen (aangezien dit afhankelijk is van de erkenning van het pandrecht en de invloed van lokaal insolventierecht), maar hier kan een financier zich rekenschap van geven bij het aangaan van een transactie.

Wij verwijzen naar paragraaf 6 hieronder voor de uitwerking hiervan.

### 4.3 Betroffen legitieme overdrachts- en verpandingsbeperkingen

Het Voorstel gaat voorbij aan vele legitieme beperkingen van de overdraagbaarheid en verpandbaarheid van vorderingen.

Vorderingen onder kredietovereenkomsten, van banken en op banken, worden overdraagbaar en verpandbaar. Immers, beide partijen handelen in beroep of bedrijf, onder een kredietovereenkomst ontstaan geldvorderingen en de overdracht of verpanding zal geschieden voor financieringsdoeleinden. Het is zeer gebruikelijk dat een onderneming afspraken maakt met haar bank (of syndicaat van banken) over het niet mogen overdragen van de positie van de betreffende bank aan een derde. Het Voorstel tast ook deze afspraken aan en schiet daarmee haar doel voorbij (en heeft tot gevolg dat een keuze voor Nederlands recht zeer onaantrekkelijk wordt gemaakt voor het aangaan van financieringsovereenkomsten).

Los van de overdraagbaarheid en verpandbaarheid van vorderingen onder de kredietovereenkomsten, worden ook (*non*)-*disposal* en *negative pledge* bepalingen gemaakt. Dit zijn in de financieringspraktijk gebruikelijke bedingen die respectievelijk de overdracht of verpanding van activa aan derden verbieden. Het Voorstel bepaalt dat ieder beding in strijd met de gecreëerde uitzondering nietig is. Ook als dit beding met een derde is aangegaan. Banken hebben hierdoor niet langer de mogelijkheid om de overdracht of verpanding van vorderingen te verbieden. Dit gevolg is onacceptabel.

<sup>5</sup> Zie *Kamerstukken II 2003/04, 28878, 5*, p. 13. Zie ook M.H.E. Rongen, *Cessie* (diss. Nijmegen Radboud Universiteit), Deventer: Kluwer 2012, p. 585.

<sup>6</sup> F.E.J. Beekhoven van den Boezem, 'Nieuwe vragen naar aanleiding van herinvoering stille cessie tot zekerheid', *TvI* 2011/10, p. 9-11.

<sup>7</sup> HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, *NJ* 1998/437 (*Ontvanger/Hamm q.q.*).

Andere specifiek op de financiële sector toegespitste overeenkomsten waarvan de onoverdraagbaarheid en onverpandbaarheid van de rechten daaronder niet ter discussie zou mogen staan, zijn bijvoorbeeld vorderingen uit derivatencontracten.

Er zijn daarnaast meer situaties waar het Voorstel ongewenst tot overdraagbaarheid en verpandbaarheid van vorderingen leidt. Zo is het in een aaneenschakeling van contracten, bijvoorbeeld in geval van aanneming/onderaanneming, niet wenselijk dat er geldvorderingen overgedragen of verpand worden en daardoor niet meer kunnen doorstromen naar hun bedoelde ontvanger. Ook G-rekeningen worden geraakt waardoor deze hun functie niet meer kunnen vervullen.<sup>8</sup> Tevens worden joint-venture overeenkomsten en overeenkomsten met betrekking tot personenvennootschappen geraakt. Bij deze overeenkomsten hebben partijen ook een legitiem belang om hun wederpartij(en) te kunnen “fixeren”.

De aangewezen oplossing voor de hierboven omschreven problemen is tot een weloverwogen lijst met uitzonderingen te komen van overeenkomsten waarop het wetsvoorstel niet van toepassing is. In paragraaf 6 hieronder wordt een eerste opzet hiertoe gegeven.

Het nadeel van deze benadering is dat dit een interpretatie vergt van de aard van de desbetreffende overeenkomst (welke ook een hybride karakter kan hebben).

Een deel van deze problematiek zou overigens weggenomen kunnen worden door het Voorstel te beperken tot onverpandbaarheidsbedingen en verpandingsverboden. Dit is slechts een gedeeltelijke oplossing van het probleem en biedt geen ruimte aan financiering via *true sale* structuren.

#### 4.4 Uitgesloten wederpartijen

Niet slechts bepaalde overeenkomsten zouden moeten worden uitgesloten van de werking van de wet, ook vorderingen op bepaalde partijen in de financiële sector (en mogelijk daarbuiten) zouden buiten de werking van de wet moeten vallen.

De aard van hun rol en dienstverlening maakt dat er geen veranderingen kunnen en mogen optreden in de identiteit van degenen aan wie zij tot betaling verplicht zijn, anders dan in het geval van medewerking. Dat deze identiteit onveranderlijk moet zijn is niet alleen vanwege de zekerheid die deze partijen bij betalingen moeten hebben, maar ook vanwege de kwalitatieve eisen die aan wederpartijen worden gesteld. Banken, andere financiële ondernemingen en De Nederlandsche Bank N.V. zouden in ieder geval van de werking van het wetsvoorstel uitgesloten moeten worden.<sup>9</sup>

Centrale tegenpartijen hebben een bijzonder zwakke positie onder het Voorstel. Ook vorderingen op hen worden overdraagbaar en verpandbaar. Hierdoor wordt het gesloten systeem van professionele kredietwaardige leden potentieel doorbroken en is verrekening niet meer gegarandeerd. Deze elementen zijn dusdanig fundamenteel dat in onze opinie een centrale tegenpartij na invoering van het wetsvoorstel bezwaarlijk in Nederland zou kunnen functioneren.

Het uitzonderen van deze partijen moet er echter niet toe leiden dat bedrijven die goederen en diensten aan hen leveren (buiten de financiële markten om) niet kunnen profiteren van het wetsvoorstel. Denk hierbij aan schoonmaakbedrijven of leveranciers van kantoorartikelen.

Goederenrechtelijke bedingen en verboden uit hoofde van overeenkomsten welke betrekking hebben op het leveren van goederen of diensten aan deze uit te sluiten wederpartijen, zouden, ons inziens, dus wel geraakt moeten worden door het wetsvoorstel.

<sup>8</sup> F.E.J. Beekhoven van den Boezem en S. van Hengel, ‘Wet opheffing verpandingsverboden’, *TvI* 2018/44, p. 4.

<sup>9</sup> Zie ook F.E.J. Beekhoven van den Boezem en S. van Hengel, ‘Wet opheffing verpandingsverboden’, *TvI* 2018/44, p. 4. Dit probleem wordt opgelost door vorderingen op banken uit te sluiten, zoals beschreven in paragraaf 4.4.

In paragraaf 6 hieronder wordt een eerste opzet gegeven van een lijst met ‘uitgesloten wederpartijen’.

#### 4.5 Verrekeningsmogelijkheden

Hoewel art. 6:130 BW tot een bepaalde hoogte bescherming biedt ten aanzien van het verlies van het recht van verrekening, tast een cessie of verpanding de mogelijkheid tot verrekening aan.

Zoals hierboven uiteengezet pleiten wij voor een systeem waarbij de debiteur de mogelijkheid behoudt om bevrijdend te betalen aan de cedent/pandgever. Hiermee strookt de gedachte om de verrekeningsmogelijkheden van de debiteur volledig in stand te laten. Wij menen dat het risico voor een financier beheersbaar zou moeten zijn door de toegekende waarde aan de te financieren vordering te verlagen met een bedrag gelijk aan de vorderingen van de debiteur op de cedent (zoals in de huidige praktijk gebruikelijk is). Dit vergt een uitbreiding op de regeling van art. 6:130 BW en voorkomt daarnaast onzekerheid bij de debiteur of een vordering wel of niet voor verrekening in aanmerking komt.

Een nadeel van deze benadering is dat (in het geval van een tegenvordering – welke is ontstaan uit een niet reeds bestaande rechtsverhouding) de omvang van de financiering mogelijk lager zal uitvallen. Wij achten die echter verdedigbaar gezien het belang dat wij hechten aan de positie van de debiteur en de aantasting van de partijautonomie die dit anders tot gevolg zou hebben.<sup>10</sup>

Zie de suggestie in paragraaf 6 hieronder.

#### 4.6 Geheimhoudingsbedingen

Ten slotte besteedt de wetgever ten onrechte geen aandacht aan de rol van geheimhoudingsbedingen in overeenkomsten. Een volledig verbod om het bestaan van een vordering of de inhoud van een contract, te openbaren, tast de mogelijkheid tot overdracht van een vordering evenzeer aan als overdrachtsverbod of verpandingsverbod.

Dit zou het gewenste effect aan het Voorstel ontnemen. Het andere uiterste, nietigheid van deze categorie van geheimhoudingsbedingen, vergt een nadere aantasting van de partijautonomie en is daarmee mogelijk onwenselijk. De wetgever zou er goed aan doen hier op zijn minst in de MvT aandacht aan te besteden (en mogelijk in de wet te verwerken). De Engelse wetgever heeft dit probleem onderkend door expliciet aan bepaalde geheimhoudingsbedingen hun werking te ontnemen.<sup>11</sup>

Wij hebben dit onderwerp vooralsnog weggelaten uit onze bijdrage in paragraaf 6 hieronder.

### 5. RECHSTVERGELIJKING

Zoals in het Voorstel genoemd, zijn in andere Europese landen al wetten van kracht die ertoe strekken de overdraagbaarheid van vorderingen te garanderen. Dit is onder meer het geval in Duitsland. In beginsel kan naar Duits recht een vordering onoverdraagbaar worden gemaakt krachtens partijbeding.

Echter, indien de overdraagbaarheid van een geldvordering is uitgesloten en het een handelsvordering (*Handelsgeschäft*) betreft, of de schuldenaar een publiekrechtelijke rechtspersoon is, dan mist het onoverdraagbaarheidsbeding goederenrechtelijk effect. Claims onder kredietovereenkomsten met bepaalde kredietinstellingen kunnen wel goederenrechtelijk

<sup>10</sup> Zie anders F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding* (diss. Groningen RUG), Deventer: Kluwer 2003, p. 262-263. De auteur kiest ervoor het regime van art. 6:130 BW niet uit te breiden.

<sup>11</sup> Zie ook paragraaf 5.

onoverdraagbaar gemaakt worden. In Duitsland kan bevrijdend betaald worden aan de cedent/pandgever.<sup>12</sup>

Net als in Duitsland en Nederland is het ook in Oostenrijk in beginsel mogelijk om de overdraagbaarheid van vorderingen te beperken. Echter is een onoverdraagbaarheidsbeding in geval van een handelsvordering slechts bindend en werkend als (i) het beding expliciet is onderhandeld en overeengekomen en (ii) als het beding, gelet op alle omstandigheden, de crediteur niet benadeelt. Indien aan deze voorwaarden is voldaan, heeft een onoverdraagbaarheidsbeding slechts verbintenisrechtelijke werking.

In Frankrijk zijn, waar het overeenkomsten tussen commerciële partijen betreft, alle bepalingen die de wederpartij belemmert om zijn vordering op bovenstaande wijze tracht over te dragen ongeldig. Dit verbod heeft zowel de goederen- als verbintenisrechtelijke werking.

In navolging van bovenstaande landen is ook in het Verenigd Koninkrijk meerdere malen conceptwetgeving opgesteld om de overdraagbaarheid van vorderingen te verbeteren. Het meest recente voorstel dateert van juli 2018. Waar in de eerdere concepten alle vorderingen van ondernemingen raakte, met onwenselijke resultaten tot gevolg, maakt het huidige concept onderscheid tussen vorderingen van MKB ondernemingen en grote ondernemingen. Grote ondernemingen en bepaalde *special purpose vehicles* zijn uitgesloten van het wetsvoorstel. Ook zouden bepaalde geheimhoudingsbedingen ongeldig zijn. Het gebrek aan informatie over de vorderingen zou potentiële financiers kunnen afschrikken.

In de bovengenoemde landen is men dus in meer of mindere mate rigoureuus te werk gegaan. Het Voorstel neigt naar de 'royale' Franse regeling. Wij ondersteunen deze benadering, mits er rekening zal worden gehouden met de positie van de debiteur ten aanzien van betaling en verrekening zoals hierboven uiteengezet.

## 6. CONCLUSIE EN AANBEVELINGEN

Het Voorstel heeft een nastrevenswaardig doel, namelijk kredietverruiming voor het MKB. Het Voorstel maakt hierbij evenwel onvoldoende een afweging tussen belangen van crediteuren bij deze kredietverruiming enerzijds en de belangen van debiteuren bij goederenrechtelijk bedingen en verboden anderzijds. Daarnaast gaat het Voorstel te onzorgvuldig om met legitieme beperkingen van de overdraagbaar- en verpandbaarheid van vorderingen.

Het Voorstel zou daarom in haar huidige vorm niet ingevoerd moeten worden. Wij suggereren het Voorstel langs onderstaande lijnen aan te passen.

Suggestie:<sup>13</sup>

- Creëer in art. 3:83 en art. 3:228 BW uitzonderingen op de mogelijkheid vorderingen onoverdraagbaar of onverpandbaar te maken:
  - laat deze uitzondering zien op geldvorderingen op naam voortkomend uit de uitoefening van een beroep of bedrijf (conform het Voorstel);
  - sluit vorderingen op financiële ondernemingen (conform definitie Wft), centrale tegenpartijen<sup>14</sup> en De Nederlandsche Bank N.V. (en mogelijke andere wederpartijen)

<sup>12</sup> F.E.J. Beekhoven van den Boezem en S. van Hengel, 'Wet opheffing verpandingsverboden', *TvI* 2018/44, p. 5.

<sup>13</sup> Suggestie gedeeltelijk gebaseerd op F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding* (diss. Groningen RUG), Deventer: Kluwer 2003, p. 262-263.

<sup>14</sup> Conform definitie in art. 2 Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees parlement en de Raad van 4 juli 2012 betreffende otc-derivaten, centrale tegenpartijen en transactieregisters (PbEU 2012, L 201).



uit zover zij niet ontstaan uit hoofde van de levering van een goed of een dienst aan deze partijen;

- sluit vorderingen uit bepaalde overeenkomsten uit, waaronder in ieder geval kredietovereenkomsten, overeenkomsten betreffende een financieel instrument (conform definitie in de Wft) en overeenkomsten met betrekking tot personenvennootschappen en joint-ventures;<sup>15</sup> en
- geef eventueel de Minister de bevoegdheid om ook andere categorieën overeenkomsten of wederpartijen uit te sluiten bij algemene maatregel van bestuur, voor het geval dat de praktijk uitwijst dat de wet de vorderingen uit hoofde van deze overeenkomsten of op deze wederpartijen ten onrechte raakt.
- Formuleer deze uitzonderingen zo dat een dergelijk beding geen andere werking heeft dan die als bedoeld in art. 6:33a BW;
- Laat een nieuw art. 6:33a BW bepalen dat de debiteur ondanks de overdracht of verpanding bevrijdend kan betalen aan zijn oorspronkelijke schuldeiser; laat een eveneens nieuw art. 6:33b BW bepalen dat de (oorspronkelijke) schuldeiser een afscheidingsplicht en een afdrachtplicht heeft jegens de cessionaris/pandhouder; en wijzig art. 6:36 BW zodat ook het nieuwe art. 6:33b BW geraakt wordt;
- Geef debiteuren bij een dergelijke betaling het recht om van alle wesen gebruik te maken, waaronder van hun volledige verrekeningsbevoegdheid (hetgeen een aanpassing vergt van art. 6:130 BW), alsof hun (oorspronkelijke) schuldeiser inningsbevoegd was;
- Geef pandhouders wiens vordering bevrijdend is betaald aan een pandgever, een pandrecht op de ontvangen gelden (en wijzig art. 3:229 door in het eerste lid toe te voegen dat deze vorderingen tevens daaronder begrepen worden of (wanneer dogmatisch wenselijk geacht) voeg een nieuw artikel in dat hierin voorziet (en dit gewijzigde art. 3:229 of nieuw artikel zou overigens nog, wanneer wenselijk geacht, een toevoeging met de strekking “ondanks het bepaalde in art. 3:228 lid 2 BW” moeten bevatten om de totstandkoming van het pandrecht te garanderen));
- Geef ditzelfde pandrecht aan cessionarissen wiens vordering bevrijdend is betaald aan een cedent in een nieuw art. 3:94a BW (en voeg, eventueel, dezelfde verwijzing in naar art. 3:83 BW als voor pand naar art. 3:228 BW);
- Geef pandhouders en cessionarissen wiens vordering bevrijdend is betaald aan een failliet een preferente boedelvordering (welke voor gaat op het salaris van de curator) in faillissement ter hoogte van de na faillissement aan de aan de failliet betaalde gelden, gekoppeld aan een onmiddellijke afdrachtverplichting van de curator (hetgeen, ons inziens, een aanpassing vergt van de Faillissementswet); en
- Laat een nieuw artikel in afdeling 4, titel 5 van boek 6 opnemen die verboden buiten werking stelt (bijvoorbeeld in de vorm van een nieuw artikel 6:260a BW), althans de werking tevens beperkt tot de werking van art. 6:33a BW (welk artikel dan ook in art. 6:250 BW opgenomen zou worden met het oog op het gewenste dwingendrechtelijke karakter).

De bovenstaande suggestie zoekt een balans tussen belangen van de crediteuren en financiers enerzijds en debiteuren anderzijds. Zij bevat niet langer de onduidelijke term

<sup>15</sup> Voor personenvennootschappen is het goed denkbaar dat partijen wel voor overdraagbaarheid/verpandbaarheid kiezen van bepaalde vorderingen. Dit blijft in dit voorstel aan de partijen.

financieringsdoeleinden, die bovendien mede verantwoordelijk was voor de ontstane contextuele nietigheid.

Goederenrechtelijke bedingen worden daadwerkelijk ingeperkt en verboden worden aangepakt in boek 6 BW (Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht).

Hierdoor blijft ook het onderscheid tussen goederenrechtelijke en verbintenisrechtelijke bepalingen zuiver.

Verrekeningsmogelijkheden en andere weren worden beschermd.

Ten slotte zijn er partijen en overeenkomsten waarvoor de “beperking van de overdraagbaarheid en verpandbaarheid” mogelijk moet blijven. Hiervoor hebben wij een opzet gemaakt die aangevuld zal moeten worden.

Volledigheidshalve merken wij ter afsluiting op dat nog een mogelijke andere benadering dan in het bovenstaande besloten ligt, denkbaar is: men zou kunnen overwegen in het voorstel uitdrukkelijk te bepalen dat het verbod alleen geldt voor vorderingen die toebehoren aan het MKB. Deze benadering (waarbij dezelfde uitzonderingen als hiervoor beschreven zouden moeten gelden) heeft het voordeel dat de reikwijdte van het voorstel daarmee sowieso beperkt blijft tot de beoogde doelgroep. In deze benadering is een lastig punt dat men een definitie van MKB zou moeten invoeren. Hiertoe zou eventueel de definitie als door de Europese Commissie gehanteerd, kunnen worden gebruikt: zie bijvoorbeeld “The new SME Definition; Userguide and model declaration” d.d. 1 mei 2014. Er zitten aan deze benadering overigens nog verschillende andere lastige haken en ogen, die nader zouden moeten worden bezien (zoals de mogelijkheid dat een MKB onderneming niet langer als zodanig kwalificeert tijdens de duur van een financiering). Indien deze benadering zou worden overwogen, zijn wij graag bereid hier nader op in te gaan.

Wij kijken uit naar een nieuwe versie van het Voorstel en zijn beschikbaar voor overleg.

Hoogachtend, namens Allen & Overy LLP,

Prof. mr. V.P.G. de Serièrè, mr. B.A. Kuitenbrouwer, mr. drs. G.A.G. Kerstjens, mr. S. El Baroudi en mr. W.A. Boekelman

---

#### Contactpersonen

Victor de Serièrè	020 674 1762	Victor.deSerièrè@AllenOvery.com
Aroen Kuitenbrouwer	020 674 1142	Aroen.Kuitenbrouwer@AllenOvery.com
Gijs Kerstjens	020 674 1477	Gijs.Kerstjens@AllenOvery.com