

Als praktijkgroep Litigation & Insolvency van AKD advocaten, notarissen en belastingadviseurs maken wij graag gebruik van de mogelijkheid om onze visie te geven op het wetsontwerp "Wet opheffing verpandingsverboden". Dit wetsvoorstel beoogt een gericht einde te maken aan de contractuele uitsluiting van verpanding en cessie van (handels)vorderingen. Omdat wij optreden als curator, advies geven aan bedrijven bij insolventies en financiële instellingen bij staan bij de afwikkeling van insolventies, komen wij niet-overdraagbaarheidsbedingen regelmatig tegen.

Dergelijke niet-overdraagbaarheidsbedingen komen voornamelijk aan de oppervlakte in geval van betalingsproblemen van de (oorspronkelijke) schuldeiser. In dat geval immers, zal de cessionaris of pandhouder mededeling willen doen van de cessie of het pandrecht en de vordering op de gebruiker van het niet-overdraagbaarheidsbeding proberen te incasseren. Is er sprake van een faillissement, dan strekt een niet-overdraagbaarheidsbeding daarmee feitelijk tot voordeel van de boedel; de vorderingen op gebruikers van niet-overdraagbaarheidsbedingen zijn dan immers niet gecedeerd of verpand en de curator kan deze vorderingen innen.

In de praktijk geschiedt de financiering op basis van handelsvorderingen meestal in de vorm van een variabel rekening-courantkrediet, waarbij de kredietruimte een bepaald percentage is van de totale debiteurenportefeuille. Wij vermoeden dat het toenemende gebruik van niet-overdraagbaarheidsbedingen kan leiden tot een trend waarbij het gehanteerde percentage afneemt, omdat financiers merken dat een groter gedeelte van de debiteurenportefeuille door het gebruik van niet-overdraagbaarheidsbedingen niet-incasseerbaar is. In het huidig wetsvoorstel ontbreekt onderzoek naar ons vermoeden en het verdient aanbeveling om de beperking van de contractsvrijheid ten gunste van de financierbaarheid van ondernemingen te rechtvaardigen met een dergelijk onderzoek.

Het belang van een niet-overdraagbaarheidsbeding

De toelichting geeft wat ons betreft onvoldoende blijk van de op zichzelf gerechtvaardigde belangen van gebruikers van niet-overdraagbaarheidsbedingen. Deze gerechtvaardigde belangen vallen *grosso modo* uiteen in:

- Risico op dubbelbetaling en administratieve lasten.
- Verminderde mogelijkheden tot verrekening en overleg met de schuldeiser.

Na mededeling van de cessie (artikel 3:94 BW) of de verpanding (artikel 3:246 BW) moet de schuldenaar betalen aan de cessionaris of pandhouder. Mededeling is in beginsel vormvrij en kan in theorie dus mondeling geschieden aan bijvoorbeeld de receptionist van de schuldenaar. Er bestaat daardoor een bepaald risico, zeker bij de schuldenaren van een zekere omvang, dat hoewel mededeling is gedaan, abusievelijk toch betaald wordt aan de (oorspronkelijke) schuldeiser. In dat geval is niet bevrijdend betaald en kan de schuldenaar nogmaals door de cessionaris of pandhouder worden aangesproken. Wanneer sprake is van cessie of verpanding zal de schuldenaar derhalve goed moeten administreren aan wie welke vordering betaald moet worden. Hiermee zijn kosten gemoeid. Om het risico op dubbelbetaling uit te sluiten en de administratieve lasten te beperken, kiezen sommige schuldenaren ervoor om contractueel te bepalen dat vorderingen op hen niet kunnen worden overgedragen. Het vereiste van schriftelijkheid van de mededeling opgenomen in de voorgestelde leden 5 van artikel 3:94 en 239 BW heft dit bezwaar niet op. Zeker bij grote

ondernemingen kan ook een schriftelijke mededeling eenvoudig terechtkomen bij een andere afdeling dan die waar de betalingen worden geregeld. Het vergt daarom mogelijk ingrijpende aanpassingen in de debiteurenadministratie om fouten te voorkomen.

Daar komt nog bij dat het systeem fraudegevoelig is. Het doen van een mededeling van cessie of verpanding, vergezeld van het verzoek op een andere bankrekening te betalen, kan door eenieder eenvoudig worden gedaan. Kwaadwillenden worden zo in staat gesteld gelden naar zichzelf toe te dirigeren. De administratieve last die gepaard gaat met het onderzoeken of een mededeling daadwerkelijk berust op een geldige cessie of verpanding kan aanzienlijk zijn. Bovendien kunnen eenvoudig kostbare discussies ontstaan over de vraag of een betaling bevrijdend is geweest in gevallen waarin een frauduleuze mededeling werd gedaan en in gevallen waarin de schriftelijke mededeling niet door de juiste afdeling is ontvangen. De analyse die dan moet worden gemaakt (bijvoorbeeld) op basis van de artikelen 6:32 en 34 BW, geeft eenvoudig aanleiding tot lastige vragen en misschien zelfs tot kostbare procedures.

Verder is na de mededeling verrekening met een vordering op de (oorspronkelijke) schuldeiser slechts mogelijk met inachtneming van artikel 6:130 BW. Dit laatste kan problematisch zijn wanneer tussen de schuldenaar en (oorspronkelijke) schuldeiser meerdere rechtsverhoudingen bestaan waaruit over en weer schulden en vorderingen ontstaan. Het is mogelijk dat door de cessie of verpanding en na mededeling daarvan minder mogelijkheden zijn om te verrekenen. Dat kan nadelig zijn voor de schuldenaar, bijvoorbeeld wanneer de (oorspronkelijke) schuldeiser onvoldoende verhaal biedt. Daarnaast zijn bij een bestendige en duurzame relatie meer mogelijkheden om afspraken te maken over de betaling van schulden. Een cessionaris of pandhouder die geen duurzame relatie heeft met de schuldenaar zal minder toeschietelijk zijn in het maken van betalingsafspraken.

Uit het voorgaande volgt dat er goede gronden zijn voor schuldenaren om gebruik te maken van een niet-overdraagbaarheidsbeding. Indien de rechtspolitieke keuze gemaakt wordt om het belang van de financierbaarheid te laten prevaleren boven het belang van de schuldenaren en het belang van de contractsvrijheid, verdient het onzes inziens aanbeveling om bij de wettelijke uitwerking daarvan de nadelen voor de schuldenaren zoveel als mogelijk te verzachten. Dit zien wij onvoldoende terug in het huidige wetsvoorstel.

Alternatieven

Om het risico op dubbelbetaling te verminderen, introduceert het wetsvoorstel de eis van schriftelijke mededeling van de cessie of verpanding. Wij constateren dat in de praktijk nagenoeg altijd schriftelijk mededeling wordt gedaan, zodat deze voorgestelde wijziging weinig bijdraagt aan verdere bescherming van de huidige gebruikers van een niet-overdraagbaarheidsbeding. Het echte probleem, dat formeel voldaan is aan het mededelingsvereiste, maar dat de schuldenaar geen subjectieve wetenschap heeft van die mededeling en derhalve ondanks de mededeling betaalt aan de (oorspronkelijke) schuldeiser, wordt niet opgelost. Ook zorgt het vereiste van schriftelijke mededeling niet voor minder administratieve lasten.

Een praktisch alternatief zou kunnen zijn dat schuldeiser en schuldenaar kunnen afspreken

dat de schuldenaar altijd bevrijdend kan betalen op een bepaald bankrekeningnummer, ook als de vordering verpand is of zou worden gecedeerd. Te denken valt aan een bankrekeningnummer bij de financier van de schuldeiser (ingeval die financier een bank is) of aan een bankrekeningnummer van de financier zelf (ingeval die financier een factormaatschappij is).

Een andere mogelijkheid zou kunnen zijn dat partijen in de onderliggende rechtsverhouding kunnen bepalen dat mededeling op een vooraf omschreven en derhalve door partijen bepaalde wijze moet geschieden. Bijvoorbeeld via het invullen van een bepaald door de schuldenaar ontwikkeld digitaal systeem, waardoor administratieve verwerking automatisch verloopt en het risico op dubbelbetaling aanzienlijk wordt verminderd.

Naar onze mening verdient het verder aanbeveling om in de toelichting op het wetsvoorstel expliciet op te nemen dat contractueel overeengekomen verruimde verrekeningsmogelijkheden ook kunnen worden ingeroepen tegen de cessionaris of pandhouder. Hoewel artikel 6:130 BW van regelend recht is en partijen derhalve ook andersluidende afspraken kunnen maken, waarin bijvoorbeeld het wederkerigheidsvereiste wordt uitgebreid, zien wij in de praktijk regelmatig discussies over de verruimde verrekening. Om de gebruikers van niet-overdraagbaarheidsbedingen voldoende bescherming te bieden, zou in de toelichting kunnen worden opgenomen dat cessie of verpanding de verruimde verrekening niet aantast. Hiermee wordt duidelijk(er) dat de (huidige) gebruikers van niet-overdraagbaarheidsbedingen een verruimde verrekening kunnen overeenkomen die ook werking heeft jegens een cessionaris of pandhouder.

Onduidelijkheden in huidig wetsvoorstel

In onze visie bevat het huidig wetsvoorstel, naast bovengenoemde problematiek, nog wat voetangels die beter vermeden kunnen worden. Zo introduceert het wetsvoorstel het finaliteitscriterium. Wij begrijpen dit criterium aldus dat de in het wetsvoorstel geïntroduceerde uitzondering op de hoofdregel, dat partijen niet-overdraagbaarheid kunnen overeenkomen, alleen van toepassing is wanneer de cessie of verpanding geschiedt in het kader van financiering. Ten eerste vragen wij ons af in welke gevallen een schuldeiser handelsvorderingen zal cederen of verpanden, zonder hiermee financiering te willen verkrijgen. Met andere woorden: welk probleem lost het finaliteitscriterium op?

Het finaliteitscriterium schept in elk geval in potentie een hoop discussie. Wat als de schuldeiser bijvoorbeeld een derdenpandrecht heeft gevestigd ten behoeve van financiering voor zijn holding, is dan voldaan aan het finaliteitscriterium? Als er ook voldoende andere zekerheid is – en het pandrecht op de handelsvorderingen derhalve niet noodzakelijk is voor de financiering – is dan voldaan aan het finaliteitscriterium? Wij voorspellen dat het finaliteitscriterium in insolventie situaties tot veel discussie zal leiden tussen de cessionaris of pandhouder enerzijds en de curator anderzijds, terwijl het finaliteitscriterium wat ons betreft weinig toevoegt.

Verder introduceert het wetsvoorstel een vormvereiste voor de mededeling van cessie of verpanding van handelsvorderingen. Zoals wij hiervoor al constateerden wordt in de praktijk mededeling nu meestal schriftelijk gedaan, mede vanuit bewijsrechtelijk perspectief. Toch achten wij een specifiek vormvereiste voor mededeling bij handelsvorderingen dogmatisch

ongelukkig. Mededeling is een constitutief vereiste voor de totstandkoming van een openbare cessie of verpanding. Om ter bestrijding van de in de ogen van de wetgever onwenselijke niet-overdraagbaarheidsbedingen een vormvereiste voor mededeling te introduceren voor een bepaalde groep vorderingen zorgt wat ons betreft voor een onwenselijke tweedeling in de vormvereisten voor totstandkoming van een cessie of pandrecht. Overwogen zou kunnen worden om het schriftelijkheidsvereiste dan voor cessie en verpanding van alle soort vorderingen in te voeren.

Wetgevingstechniek

Daar komt bij dat een niet-overdraagbaarheidsbeding volgens het huidige voorstel geldig is tót het moment dat de relevante vordering daadwerkelijk wordt overgedragen of verpand in het kader van een financiering. Dit systeem is een potentiële bron van onduidelijkheid en discussies. Wanneer de rechtspolitieke afweging ten gunste van financiers wordt gemaakt, zijn er alternatieve, betere structuren denkbaar. In plaats van de voorgestelde tekst, zou de volgende tekst kunnen worden toegevoegd aan artikel 3:83 lid 2 BW:

Alternatief 1

Een goederenrechtelijk niet-overdraagbaarheidsbeding staat niet in de weg aan verpanding of cessie van vorderingen tot betaling van een geldsom die voortkomen uit de uitoefening van een beroep of bedrijf, voor financieringsdoeleinden.

Alternatief 2

Een goederenrechtelijk niet-overdraagbaarheidsbeding kan niet worden ingeroepen tegen de pandhouder of cessionaris indien het de verpanding of cessie van vorderingen tot betaling van een geldsom die voortkomen uit de uitoefening van een beroep of bedrijf, voor financieringsdoeleinden betreft.

Conclusie

Wij denken dat het handelsverkeer in algemene zin gebaat zou kunnen zijn indien alle handelsvorderingen voor overdracht en verpanding vatbaar zijn. Het huidige wetsvoorstel biedt de gebruikers van niet-overdraagbaarheidsbedingen echter te weinig bescherming. Daarnaast bevat het wetsvoorstel een aantal onduidelijkheden en wetgevingstechnische moeilijkheden die wat ons betreft kunnen worden aangepast.