

Zijne Excellentie
De heer drs. S. Dekker
Minister voor Rechtsbescherming
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Datum:	21 augustus 2018	Behandeld door:	Merijn Moeliker
Ons kenmerk:	-	E-mail:	Merijn.Moeliker@florent.nl
Inzake:	Consultatie Wet opheffing verpandingsverboden	Telefoon:	020 30 35 977

Hooggeachte heer Dekker,

Met belangstelling hebben wij kennisgenomen van het wetsvoorstel *Wet opheffing verpandingsverboden* (het "**Wetsvoorstel**"). In onze praktijk hebben wij vrijwel dagelijks te maken met de overdracht en verpanding van vorderingen, zowel in onze banking & finance-praktijk als in faillissementen waarin wij als curatoren zijn benoemd. Bij het huidige Wetsvoorstel, dat op voorstel van de Nederlandse Vereniging van Banken ("**NVB**") en Factoring & Asset based financing Association Netherlands ("**FAAN**") tot stand is gekomen,¹ hebben wij enkele opmerkingen. Onze gedachten over het Wetsvoorstel lichten wij hierna toe.

Samenvatting

Wij adviseren u het Wetsvoorstel en de daarmee gepaard gaande inbreuk op de contractsvrijheid van partijen op een aantal punten te heroverwegen. Daarmee kan, zonder afbreuk te doen aan het doel de financierbaarheid van ondernemingen te verbeteren, een beter evenwicht worden bereikt tussen de betrokken belangen. Gebeurt dit niet, dan leidt het Wetsvoorstel tot een onevenredig grote inbreuk op de contractsvrijheid en de belangen van schuldenaren van te verpanden/over te dragen vorderingen. Verder kan onnodige onzekerheid over reikwijdte en strekking van de wet worden voorkomen. In verband met het voorgaande stellen wij voor:

1. In de tekst van het Wetsvoorstel te verduidelijken dat het slechts gaat om vorderingen die voortvloeien uit (a) een handelstransactie (b) tussen ondernemingen: een tweeledig criterium zoals ook het Duitse recht dat hanteert;
2. Verduidelijking in de toelichting of vorderingen op (c.q. van) zzp'ers of kleine mkb'ers (bijvoorbeeld handelend in een eenmanszaak) wel of niet onder het bereik van dit artikel vallen (reflexwerking consumentenbescherming?);

¹ Zie kamerstukken II, 2015-2016, nr. 2347 (beantwoording vragen leden Tweede Kamer).

3. In de tekst van het Wetsvoorstel te verduidelijken dat (goederenrechtelijk werkende) contractuele onoverdraagbaarheids- en onverpandbaarheidsclausules worden getroffen, echter niet (obligatoir werkende) overdraagbaarheids- en verpandingsverboden;
4. Het rechtsgevolg van onoverdraagbaarheids- en onverpandbaarheidsclausules te reguleren door te bepalen dat niettegenstaande zo een beding een handelsvordering toch kan worden overgedragen of verpand, in plaats van het contractuele beding met nietigheid te treffen;
5. Te bepalen dat een schuldenaar van een in weerwil van een onoverdraagbaarheids- of onverpandbaarheidsclausule overgedragen of verpande vordering altijd bevrijdend kan blijven betalen aan diens oorspronkelijke schuldeiser, waardoor een (in tegenstelling tot het Wetsvoorstel: wel) redelijk evenwicht wordt bereikt tussen het belang van ondernemingen en financiers bij grotere financierbaarheid en het belang van schuldenaren bij één, hen bekend betaaldadres dat niet buiten hen om kan wijzigen;
6. In de gewijzigde tekst van art. 3:83 lid 2 BW beter tot uitdrukking te laten komen dat (slechts) verpandingen/overdrachten voor financieringsdoeleinden werkzaam zijn, ook in weerwil van een contractuele onoverdraagbaarheids- of onverpandbaarheidsclausule;
7. De thans in het Wetsvoorstel vervatte uitzonderingspositie voor banken niet te handhaven, temeer nu dit niet nodig is wanneer onze suggestie onder 5. wordt gevolgd;
8. De wijzigingen ten aanzien van schriftelijke mededeling van levering te heroverwegen.

Daarnaast verdient het aanbeveling nader onderzoek te doen naar (i) de daadwerkelijk verwachte extra kredietruimte voor het mkb, en (ii) de gevolgen voor de overige schuldeisers in een faillissementssituatie. Met name het eerste dient leidend te zijn in de definitieve afweging of een (gewijzigd) Wetsvoorstel invoering verdient als enerzijds voldoende nodig en nuttig instrument om de financierbaarheid van ondernemingen te verbeteren, waarmee anderzijds geen (in verhouding tot die nut en noodzaak) te grote inbreuk wordt gemaakt op de contractsvrijheid en gerechtvaardigde belangen van de overige betrokken partijen.

Verwerking van onze technische/redactionele opmerkingen zou tot de volgende aangepaste redactie van art. 3:83 lid 2 BW kunnen leiden:

Art. 3:83 lid 2: De overdraagbaarheid van vorderingsrechten kan ook door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar worden uitgesloten. Vindt echter een overdracht van een geldvordering op naam die voortvloeit uit een handelstransactie tussen ondernemingen plaats voor financieringsdoeleinden, dan is die overdracht desalniettemin geldig. De schuldenaar van de vordering kan echter bevrijdend blijven betalen aan de oorspronkelijke schuldeiser. Elk hiermee strijdig beding is nietig.

Inleiding

In Nederland geldt het uitgangspunt dat eigendomsrechten, beperkte rechten en vorderingsrechten overdraagbaar zijn. In het huidige art. 3:83 lid 2 BW heeft de wetgever het expliciet mogelijk gemaakt hiervan af te wijken door partijen de vrijheid te geven vorderingen (goederenrechtelijk) onoverdraagbaar te maken. Daarnaast kunnen zij overeenkomen dat partijen vorderingen (obligatoir) niet mogen verpanden en/of overdragen. Indien partijen

bepalen dat een vordering in goederenrechtelijke zin onoverdraagbaar is, brengt dit mee dat die vordering ook niet kan worden verpand.

Nut en noodzaak van het Wetsvoorstel

Uit de toelichting op het Wetsvoorstel volgt dat het doel daarvan is het beëindigen van 'het op grootschalige wijze uitsluiten van de overdraagbaarheid en verpandbaarheid van vorderingen', waardoor zulke vorderingen en kredietportefeuilles bij kredietverlening niet meer als zekerheid kunnen dienen. Het uitsluiten van de overdraagbaarheid en daarmee de verpandbaarheid van vorderingen wordt bestempeld als een 'ongewenste contractuele praktijk'. Dit is in onze ogen een ferme uitspraak omdat partijen gebruikmakend van de contractsvrijheid om valide redenen vorderingen onoverdraagbaar kunnen maken, bijvoorbeeld omdat zij juist niet wensen te maken te hebben met een andere schuldeiser als wederpartij dan de oorspronkelijke partij waarmee zij zaken doen.

In de toelichting op het Wetsvoorstel wordt niet geconcretiseerd wat wordt bedoeld met het 'categorisch' uitsluiten van de mogelijkheid van overdraagbaarheid van vorderingen in bepaalde sectoren. Op dit punt ontbreekt een onderbouwing anders dan een verwijzing naar 'krachtige signalen vanuit diverse geledingen van het bedrijfsleven'. We onderkennen dat het in veel gevallen ondoenlijk is voor een financier/pandhouder om elke lopende overeenkomst van de leningnemer met haar afnemers na te gaan op eventuele overdrachtsverboden, wat *a fortiori* geldt voor overeenkomsten die door de leningnemer na de zekerheidstelling worden gesloten en waarvan de vorderingen van de leningnemer op derden onder een verzamelpandakte aan de financier/pandhouder worden verpand. Nu die onzekerheid er is, zal daarmee rekening worden gehouden door financiers/pandhouders en kunnen zij bijvoorbeeld bedingen dat een leningnemer met zijn leveranciers geen overdrachts- of verpandingsverboden overeen zal komen. Ook kan bij de financiering van (portefeuilles) vorderingen een afslag worden toegepast op de nominale waarde van de zekerheden, zoals de initiatiefnemers van het Wetsvoorstel NVB en FAAN ook stellen. Dit alles heeft mogelijk inderdaad enig beperkend effect op de kredietruimte die door financiers beschikbaar wordt gesteld met vorderingen als onderpand.

Het valt ons echter op dat in de toelichting op het Wetsvoorstel een cijfermatige dan wel empirische onderbouwing ontbreekt met betrekking tot nut en noodzaak van het Wetsvoorstel. In de toelichting wordt enkel gewezen op een schatting van de NVB en FAAN dat het Wetsvoorstel zou kunnen leiden tot extra kredietruimte voor het midden- en kleinbedrijf (mkb) van bijna EUR 1 miljard. Een onderbouwing van dit bedrag is niet gegeven. Op een totaal van ruim EUR 127 miljard aan leningen die de drie grootbanken in Nederland in het eerste kwartaal van 2018 hadden uitstaan bij mkb'ers lijkt het verwachte effect van het Wetsvoorstel beperkt.² Temeer, nu in het hiervoor genoemde totaalbedrag van ruim EUR 127 miljard nog niet de leningen van de overige banken en alternatieve financiers zijn meegeteld en de werkelijk uitstaande leningen aan het bedrijfsleven in algemene zin dus een aanmerkelijk hoger bedrag

² Statistieken DNB, uitstaande kredietverlening Nederlandse banken aan niet-financiële bedrijven in Nederland.

vertegenwoordigen. Zo bezien lijkt de geschatte impact van het Wetsvoorstel relatief wel zeer beperkt (de schattingen als juist aannemende, minder dan 1% additionele kredietruimte).

Daarbij kan nog worden opgemerkt dat bankleningen voor het mkb, waar het Wetsvoorstel met name op lijkt te zijn gericht, niet de enige wijze van financiering is. Alternatieven zijn aandeelhoudersleningen, durffinanciering, leningen van familie of vrienden of crowdfunding, om maar enkele mogelijkheden te noemen.³

Het verdient al met al aanbeveling de mogelijke extra kredietruimte waartoe het Wetsvoorstel volgens de toelichting kan leiden eerst nader te onderzoeken alvorens het Wetsvoorstel aan te bieden aan de Tweede Kamer. Met het Wetsvoorstel wordt immers een zeer wezenlijke inbreuk gemaakt op de contractsvrijheid van partijen, die in de toelichting op het Wetsvoorstel terecht de hoeksteen van onze samenleving en de economie wordt genoemd. De vraag is of het verwachte positieve effect van het Wetsvoorstel zo een grote inbreuk wel rechtvaardigt. Voor het geval deze afweging (beter onderbouwd) positief uitpakt, stellen wij een aantal verbeterpunten voor die kunnen maken dat het Wetsvoorstel ook daadwerkelijk het beoogde doel optimaal bereikt en aansluit bij, en werkbaar zal zijn in, de financierings- en insolventiepraktijk.

Redactie nieuw art. 3:83, lid 2 BW in het algemeen

Ten aanzien van het Wetsvoorstel hebben wij enige technische opmerkingen. Over de redactie van het voorgestelde art. 3:83 lid 2 BW in relatie tot (goederenrechtelijk werkende) onoverdraagbaarheids- en onverpandbaarheidsbedingen versus (slechts obligatoire) cessie- en verpandingsverboden is al het nodige geschreven, onder meer door Beekhoven van den Boezem en Van Hengel.⁴ Het is uit de nu voorgestelde tekst niet duidelijk of het Wetsvoorstel beoogt om, behalve goederenrechtelijke overdrachtsverboden, ook verbintenisrechtelijke cessie- en verpandingsverboden te bestrijken. Op dit punt sluiten wij ons aan bij de opmerkingen van Beekhoven van den Boezem en Van Hengel dat dit verduidelijkt dient te worden. Daarbij zou het Wetsvoorstel slechts goederenrechtelijke verboden moeten treffen. Het zou partijen ook in het vervolg vrij moeten staan af te spreken dat geen overdracht of verpanding zal plaatsvinden, en daaraan gevolgen te verbinden. Er zijn overigens meer bedenkingen bij de in de tekst van het Wetsvoorstel gekozen opzet en redactie, waarover hieronder meer.

Redactie en toelichting verduidelijken: verbod op overdrachtsverbod handelsvorderingen tussen ondernemingen

Zoals in de toelichting op het Wetsvoorstel terecht is opgemerkt, wordt met het Wetsvoorstel een behoorlijke inbreuk gemaakt op de contractsvrijheid van partijen. Het Wetsvoorstel voorziet in een uitzondering op het recht van partijen om vorderingsrechten onoverdraagbaar

³ Ondanks dat het aandeel van 'alternatieve financiering' (niet-bancaire financiering) in het mkb klein is, groeit het aandeel hiervan wel gestaag; Themabericht Rabobank 29 juni 2018, 'Alternatieve financiering voor het MKB: nieuwe financieringsvormen goed voor miljard euro?'.

⁴ F.E.J. Beekhoven van den Boezem en S. van Hengel, 'Wet opheffing verpandingsverboden', *Tvl* 2018/44, par. 2.

te maken. Deze uitzondering geldt blijkens de toelichting op het Wetsvoorstel voor geldvorderingen op naam die "tussen ondernemingen zijn ontstaan" en worden overgedragen voor financieringsdoeleinden. De tekst van het Wetsvoorstel strookt op dit punt niet met de doelstelling zoals verwoord in de toelichting. De beperking tot vorderingen tussen niet-consumenten lijkt immers niet uit de tekst van het Wetsvoorstel te volgen. Daar staat slechts "die voortkomt uit de uitoefening van een beroep of bedrijf" – een (ook in de wetgevingstechniek) veelgebruikte frase, die hier geen juiste afgrenzing oplevert. In de huidige redactie lijkt de strekking van het voorgestelde art. 3:83 lid 2 BW op het eerste oog ruimer dan uit de toelichting volgt, en ook ruimer dan bijvoorbeeld in het Duitse *Handelsgesetzbuch* ("HGB") is opgenomen. In het HGB wordt een onoverdraagbaarheidsverbod doorbroken als een vordering, kort gezegd, voortvloeit uit een transactie die voor beide partijen een handelstransactie is.⁵ Het verdient aanbeveling in de tekst van het Wetsvoorstel te verduidelijken dat het slechts gaat om vorderingen die voortvloeien uit (a) een handelstransactie (b) tussen ondernemingen: een tweeledig criterium. Dit tweeledige criterium hanteert ook het Duitse recht, waarin het volgt uit de invulling van het begrip "Handelsgeschäft". Aldus ontstaat er geen – voor de handels- en rechtspraktijk belemmerende en kostbare – nodeloze onzekerheid over de reikwijdte en zal buiten kijf staan dat de contractsvrijheid en daaraan te ontleen bescherming voor consumenten in stand blijft.

Daarbij verdient ook aanbeveling een nadere verduidelijking in de toelichting op te nemen of vorderingen op (c.q. van) zzp'ers of kleine mkb'ers (bijvoorbeeld handelend in een eenmanszaak) wel of niet onder het bereik van dit artikel vallen, ook omdat voor die groepen in sommige gevallen reflexwerking van (delen van) het consumentenrecht wel wordt aangenomen. De zinsnede "die voortkomt uit de uitoefening van een beroep of bedrijf" in het huidige Wetsvoorstel biedt ook op dit punt teveel ruimte voor interpretatie en kan leiden tot onnodige onzekerheid en juridische procedures, wat kan worden voorkomen door een en ander reeds nu te verduidelijken.

Techniek: rechtsgevolg bepalen, in plaats van onoverdraagbaarheidsbeding met nietigheid treffen

Ook voor het overige ligt onzes inziens voor de hand te kiezen voor de variant zoals opgenomen in het HGB, zowel qua techniek als waar het gaat om de bescherming van de schuldenaar van de over te dragen of te verpanden vordering. Om met dat eerste te beginnen: in Duitsland vindt naar verluidt in de financieringspraktijk wezenlijk alleen overdracht

⁵ De volledige tekst van §354a HGB luidt:

"(1) Ist die Abtretung einer Geldforderung durch Vereinbarung mit dem Schuldner gemäß § 399 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ausgeschlossen und ist das Rechtsgeschäft, das diese Forderung begründet hat, für beide Teile ein Handelsgeschäft, oder ist der Schuldner eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen, so ist die Abtretung gleichwohl wirksam. Der Schuldner kann jedoch mit befreiender Wirkung an den bisherigen Gläubiger leisten. Abweichende Vereinbarungen sind unwirksam.

(2) Absatz 1 ist nicht auf eine Forderung aus einem Darlehensvertrag anzuwenden, deren Gläubiger ein Kreditinstitut im Sinne des Kreditwesengesetzes ist."

van vorderingen (al dan niet tot zekerheid) plaats.⁶ Als de overdraagbaarheid contractueel is uitgesloten werkt dit niet als het een overdracht betreft van een vordering uit een "Handelsgeschäft". Als in weerwil van het beding toch een overdracht plaatsvindt, is die geldig en gaat de vordering over. De Duitse wetgever bewerkstelligt dit door in §art. 354a HGB te bepalen: "Ist die Abtretung einer Geldforderung durch Vereinbarung mit dem Schuldner (...) ausgeschlossen (...) so ist die Abtretung gleichwohl wirksam". Daarmee wordt het rechtsgevolg bepaald. Het onderliggende beding wordt, zoals in het Wetsvoorstel wel het geval is, niet met nietigheid getroffen. Het eerste is sterk te prefereren. Het bewerkstelligt precies wat de bedoeling is, en niet meer of minder. Wordt het onderliggende beding met nietigheid getroffen, dan brengt dat allerlei onnodige additionele problemen en vragen met zich. Zo zou de vraag zijn welk deel van het contract precies wordt geraakt, en welk deel niet (vaak zijn bedingen samengesteld en regelen zij meer dan één aangelegenheid), en wat er dan tussen de contractspartijen zal gelden als het beding nietig is.

Bescherming schuldenaar over te dragen/te verpanden vordering

Een ander belangrijk punt waarin het Wetsvoorstel naar onze mening doorschiet, terwijl de Duitse regeling de juiste balans heeft gevonden, is de bescherming van de schuldenaar van de over te dragen of te verpanden vordering. In de Duitse regeling geldt dat, indien een onoverdraagbaarheidsbeding is overeengekomen, de schuldenaar van de over te dragen of te verpanden vordering nog steeds bevrijdend kan blijven betalen aan zijn oorspronkelijke schuldeiser: de cedent c.q. pandgever. Daarbij heeft de cessionaris c.q. pandhouder in het faillissement van de cedent c.q. pandgever in Duitsland in geval van (i) een daadwerkelijke overdracht een positie als separatist en (ii) bij een overdracht tot zekerheid voorrang op een uitkering onder inhouding van een percentage aan boedelkosten.

Wij stellen voor de Duitse regeling, die in onze ogen meer evenwichtig is gelet op de belangen van de debiteur onder de over te dragen of te verpanden vordering, op deze onderdelen als voorbeeld te nemen voor het Wetsvoorstel. Een toe te voegen bepaling in het Wetsvoorstel dat de debiteur bevrijdend kan blijven betalen aan zijn oorspronkelijke schuldeiser komt beter tegemoet aan de onzekerheid die kan ontstaan bij debiteuren met betrekking tot de mogelijkheid om bevrijdend te betalen. Debiteuren die thans onoverdraagbaarheid van vorderingen jegens hen bedingen, beschermen zich aldus tegen die onzekerheid. Zij bereiken dat hun betaaladres niet buiten hen om kan wijzigen, wat meebrengt dat als zij aan de verkeerde partij betalen, zij mogelijk nogmaals moeten betalen. Daarbij lopen zij het restitutierisico: het risico dat de oorspronkelijke schuldenaar het onterecht aan hem betaalde niet (meer) wil of kan terugbetalen, bijvoorbeeld als deze inmiddels failliet is gegaan.

Het door ons voorgestelde systeem naar Duits voorbeeld legt dit restitutierisico in plaats van bij de schuldenaar van de vordering, neer bij de cessionaris/pandhouder. Dat is op zijn plaats. Het treft de juiste balans tussen het belang van de oorspronkelijke schuldeiser en diens financier, de cessionaris of pandhouder, om de vordering toch te kunnen overdragen of

⁶ Voor verpanding is in Duitsland mededeling een constitutief vereiste, wat, onder meer, de verpanding tot een praktisch weinig bruikbare vorm van zekerheid maakt. De daar wel toegestane zekerheidsoverdracht functioneert evenwel (voor zover hier relevant) grofweg, en wordt ingezet, zoals ons pandrecht.

verpanden en aldus de financierbaarheid te vergroten, *ondanks dat de schuldenaar had bedongen dat dit niet zou kunnen*, en het belang van die schuldenaar dat hem zijn bedongen bescherming tegen een ander, buiten hem om gewijzigd, betaaladres niet uit handen wordt geslagen.

Daarbij moet worden bedacht dat dit voor de ondernemingen die zich willen financieren en hun financiers, de cessionarissen/pandhouders, reeds een vooruitgang ten opzichte van het huidige systeem oplevert, omdat vorderingen die nu onoverdraagbaar/onverpandbaar zijn, wel kunnen worden overgedragen of als onderpand kunnen worden ingezet. Tegelijk wordt dan voorkomen dat partijen in onzekerheid komen te verkeren over de partij aan wie zij bevrijdend kunnen betalen en om die reden een beroep moeten doen op de opschortingsbevoegdheid van art. 6:37 BW. Reeds het huidige systeem, waarin de debiteur van een overdragen/verpande vordering onder omstandigheden tweemaal gehouden kan zijn tot betaling (bijvoorbeeld na het over het hoofd zien van een ontvangen mededeling per brief of e-mail van cessie/verpanding, wat zeker bij bedrijven met meerdere filialen en vele crediteuren eenvoudig mis kan gaan), is in zekere zin onwenselijk. Ten opzichte van debiteuren die zich met gebruikmaking van hun contractsvrijheid hebben beschermd met een onoverdraagbaarheidsbeding, zou de regeling in het huidige Wetsvoorstel een stap te ver en onbillijk zijn.

Verder kan in de praktijk het risico dat de cessionaris/pandhouder hierdoor loopt relatief beperkt zijn als, zoals vaak het geval is (als de financier de huisbank is), door de schuldenaar wordt betaald op een rekening die wordt aangehouden bij de cessionaris/pandhouder.⁷ Deze zal dan nog steeds kunnen verrekenen wat aan de pandgever op de bij de pandhouder aangehouden rekening wordt betaald.

In het systeem zoals door ons voorgesteld dient de cessionaris/pandhouder in geval wordt betaald aan de cedent/pandgever, verhaal te zoeken bij de cedent/pandgever. Met name in faillissement heeft dit voor de cessionaris/pandhouder als keerzijde dat een restitutierisico wordt gelopen. In het Nederlandse recht ontbreekt voor de cessionaris/pandhouder een separatistenpositie dan wel voorrecht zoals die in het Duitse systeem wel zijn opgenomen. Of dat in Nederland ook moet worden ingevoerd, bijvoorbeeld in de vorm van een pandrecht van rechtswege op het door de pandgever geïnde, is een rechtspolitieke vraag. Ook als dit niet gebeurt, is de risicoverdeling van het systeem zoals door ons voorgesteld evenwichtiger dan in het huidige Wetsvoorstel, waarbij de debiteur van de overgedragen/verpande vordering zijn bedongen bescherming uit handen wordt geslagen én hij met het restitutierisico wordt opgezadeld.

Beperking tot overdracht voor financieringsdoeleinden

De zinsnede in het Wetsvoorstel "*voor financieringsdoeleinden*" roept eveneens vragen op. In de toelichting op het Wetsvoorstel worden bancaire financiering en factoring als voorbeelden genoemd. De zinsnede "*voor financieringsdoeleinden*" is geen wettelijk of vastomlijnd begrip.

⁷ Zie noot B.A. Schuijting bij Hoge Raad 21 maart 2014, JOR 2014/151, onder 9, onder verwijzing naar onder meer HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471, m.nt. Kleijn (*Mulder q.q./CLBN*).

Het is daarom de vraag of daaronder ook valt het verpanden van geldvorderingen op naam door een schuldenaar in het kader van een groepsfinanciering, geldlening door een derde partij, zekerheid voor een schuld van derden of een door de bank geëiste extra zekerheid. Is dit verder ook van toepassing als de cessionaris de vordering doorverkoopt aan een derde of retrocedeert (moet de overdracht dan wederom het oogmerk "voor financieringsdoeleinden" hebben)? Moet de financier actief gaan controleren of wel "voor financieringsdoeleinden" wordt overgedragen of is een verklaring van de leningnemer in dit opzicht voldoende?

De wetstechniek maakt het gebruik van dit begrip lastig, omdat cessie en verpanding hier niet gelijk lopen. Voor verpandingen, waarop het Wetsvoorstel blijkens de titel lijkt te zijn toegespitst, geldt dat een verpanding welbeschouwd altijd plaatsvindt voor financieringsdoeleinden (immers: tot zekerheid van een vordering die blijft uitstaan en die dus financiering van de wederpartij inhoudt), zodat het criterium in dat opzicht overbodig is. Cessie tot zekerheid kennen we in Nederland niet, zodat daarbij van geval tot geval zal moeten worden bekeken of een overdracht plaatsvindt voor financieringsdoeleinden. Als voorbeelden van potentiële twijfelgevallen noemen we vormen van (non recourse) factoring en litigation funding. Wij hebben onder het kopje Samenvatting weergegeven hoe dit in een verbeterde redactie van art. 3:83 lid 2 BW tot uitdrukking zou kunnen komen.

Uitzonderingspositie voor banken?

De voorgestelde uitzondering in het Wetsvoorstel voor saldi op betaal- en spaarrekeningen aangehouden bij banken is lastig te begrijpen. Het is onzes inziens voor een bank niet eenvoudiger of lastiger dan voor andere partijen om vast te stellen jegens wie zij gehouden zijn tot betaling. Van een cessie of verpanding kan immers op dezelfde wijze door de cessionaris respectievelijk pandhouder aan de bank mededeling worden gedaan als richting andere partijen. Op dit punt geldt dat banken bijvoorbeeld derdenbeslagen op tegoeden wel degelijk kunnen administreren, en dat verandert ook na dit Wetsvoorstel niet. Niet valt in te zien waarom dit wezenlijk anders zou zijn voor cessie of verpanding. Thans worden (vorderingen onder) bankrekeningen in de financieringspraktijk ook wel degelijk (aan andere financiers of een consortium van financiers) verpand. Indien het Wetsvoorstel wordt doorgezet, is het vanuit het oogpunt van consequentie logisch dat ook deze vorderingen als dekking voor kredietverlening kunnen worden ingezet (ook banksaldi bij andere banken dan waar een eventuele financiering wordt aangetrokken). Wordt onze suggestie gevolgd om op onderdelen het Duitse systeem over te nemen en te bepalen dat te allen tijde aan de oorspronkelijke schuldeiser kan worden betaald, wordt de thans opgenomen uitzonderingspositie voor vorderingen uit hoofde van een betaal- of spaarrekening al helemaal overbodig, aangezien dit dan de banken – dan gelijkelijk met alle andere schuldenaren – voldoende bescherming zal bieden.

Het hierboven geschetste scenario met betrekking tot betaal- en spaarrekeningen geldt overigens *mutatis mutandis* voor betaling van vorderingen door multinationals of andere bedrijven met meerdere vestigingen, waarbij door een onderneming een mededeling van cessie of verpanding eenvoudig kan worden gemist als die binnenkomt bij één van haar filialen. Het Wetsvoorstel in de huidige vorm biedt voor deze problematiek geen oplossing. Onze oplossing naar Duits voorbeeld doet dat wel.

Eis schriftelijke mededeling levering

Als ons voorstel niet wordt gevolgd, dient nog rekening te worden gehouden met het volgende. De voorgestelde artikelen 3:94 lid 5 en 3:239 lid 5 BW codificeren een praktijk die grotendeels al bestaat. Het is mogelijk verwarrend dat de schriftelijkheidseis in het Wetsvoorstel beperkt is tot geldvorderingen op naam die voortkomen uit de uitoefening van een beroep of bedrijf en worden overgedragen voor financieringsdoeleinden. Het ligt voor de hand op dit punt een principiële keuze te maken, ofwel (i) de overdracht van alle vorderingsrechten op naam dient schriftelijk te worden medegedeeld (ook voor bijvoorbeeld vorderingen op consumenten) ofwel (ii) de mededeling van overdracht blijft in alle gevallen vormvrij, waarbij de huidige bescherming van de schuldenaar die (a) mededelingen redelijkerwijs als een mededeling van cessie of verpanding heeft moeten opvatten en (b) onder omstandigheden nog steeds bevrijdend aan de oorspronkelijke schuldeiser kan betalen (zie art. 6:34, lid 1 BW) blijft bestaan. Er kan discussie ontstaan over de vraag of vorderingen wel zijn gecedeerd of verpand voor financieringsdoeleinden en/of in de uitoefening van beroep of bedrijf, en mededeling dus schriftelijk had moeten plaatsvinden.

Als wordt uitgegaan van de in de toelichting op het Wetsvoorstel genoemde wens tot duidelijkheid voor de schuldenaar omtrent de partij waaraan bevrijdend mag worden betaald, ligt het voor de hand voor de hierboven genoemde optie (i) te kiezen. Ook vanuit het oogpunt van rechtszekerheid valt dit aan te bevelen. Wel rest dan nog steeds de eerder reeds geconstateerde mogelijke problematiek van ontvangst van mededeling van cessie of verpanding bij bijvoorbeeld een filiaal van een multinational, wat in ons voorstel voor de gevallen waarin een overdraagbaarheidsbeding is overeengekomen wordt ondervangen door de debiteur van de gecedeerde/verpande vordering te allen tijde de bevoegdheid te geven naast aan de cessionaris of pandhouder ook bevrijdend te kunnen betalen aan diens oorspronkelijke schuldeiser.

Gevolgen voor overige schuldeisers

Indirect raakt het Wetsvoorstel ook het verdelingsvraagstuk tussen schuldeisers. Als gevolg van het Wetsvoorstel zullen financiers die een pandrecht op de vorderingen van de schuldenaar bedingen, in veel gevallen een pandrecht hebben op alle vorderingen. Dit leidt in een faillissementssituatie wellicht tot minder discussie op dit punt tussen de curator en de financier(s), maar naar verwachting ook tot een (nog) lagere uitkering voor de overige schuldeisers, waaronder naast de boedelschuldeisers (waaronder de curator) en concurrente schuldeisers mogelijk ook de Belastingdienst en het UWV. In de meeste Nederlandse faillissementen wordt nu al geen uitkering gedaan aan de concurrente crediteuren. Met het Wetsvoorstel verslechtert de positie van concurrente crediteuren naar verwachting verder. Het verdient aanbeveling alvorens het Wetsvoorstel aan te bieden de financiële gevolgen hiervan te onderzoeken.

Advies

Met de door ons, en andere inzenders in de consultatie, voorgestelde hierboven besproken wijzigingen, zou het Wetsvoorstel het doel de financierbaarheid van ondernemingen te vergroten kunnen dienen. In welke mate dat het geval is, verdient nader onderzoek. Op basis daarvan dient een onderbouwde afweging te worden gemaakt, of het realistisch te verwachten voordeel opweegt tegen de substantiële inbreuk op de contractsvrijheid die het Wetsvoorstel met zich brengt. De door ons voorgetelde wijzigingen zouden (de gevolgen van) die inbreuk echter voor een belangrijk deel mitigeren, zodat de bedoelde afweging eerder kan uitkomen op invoering van het (overeenkomstig ons voorstel gewijzigde) Wetsvoorstel.

Wij vertrouwen erop u hiermee van dienst te zijn.

Met de meeste hoogachting,

Kees van de Meent

020 303 59 68

Kees.vandeMeent@florent.nl

Rob van den Sigtenhorst

020 305 59 95

Rob.vandenSigtenhorst@florent.nl

Merijn Moeliker

020 303 59 77

Merijn.Moeliker@florent.nl