

Ministerie van Justitie en Veiligheid
t.a.v. de heer mr. G.A. van der Steur
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Den Haag, 22 augustus 2018
dossiernummer: 106033
telefoonnummer: 070 – 335 35 597
e-mail: r.post@advocatenorde.nl

Betreft: consultatie Voorontwerp Wet opheffing verpandingsverboden

Geachte minister,

Naar aanleiding van de internetconsultatie betreffende het Voorontwerp Wet opheffing verpandingsverboden heeft de adviescommissie insolventierecht van de Nederlandse orde van advocaten (NOVA) het bijgevoegde advies opgesteld.

De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,



mw. mr. R.G. van den Berg
algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissie

Bezoekadres
Neuhuyskade 94
2596 XM Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35
Fax 070 - 335 35 31

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

ADVIES

Van	: Adviescommissie insolventierecht NOvA
Datum	: 21 augustus 2018
Betreft	: Voorontwerp van wet tot wijziging van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het opheffen van bedingen in het handelsverkeer die de overdraagbaarheid of verpanding van geldvorderingen op naam voor financieringsdoeleinden uitsluiten (Voorontwerp Wet opheffing verpandingsverboden)

SAMENVATTING

De voorgestelde leidt ertoe dat de uitgebreide mogelijkheden die er in het Nederlandse recht voor financiers bestaan om zekerheden op vermogensbestanddelen van hun kredietnemers te verkrijgen, nog verder worden vervolmaakt. Nu reeds kunnen financiers op een eenvoudige wijze op vrijwel alle roerende en onroerende zaken en op vrijwel alle andere vermogensrechten van hun kredietnemers, een zekerheidsrecht verkrijgen met vergaande bevoegdheden.

Aan de voorgestelde regeling zijn bezwaren verbonden voor schuldenaren (veelal MKB). Zij hebben daardoor niet langer de mogelijkheid om door het opnemen van een onoverdraagbaarheidsbeding te voorkomen dat zij plotseling met een andere schuldeiser van doen krijgen en te voorkomen dat zij het risico lopen aan een verkeerde partij te betalen. Aan deze bezwaren kan overigens tegemoet worden gekomen door in de voorgestelde regeling op te nemen dat de schuldenaar ondanks een verpanding of overdracht van de vordering op hem bevoegd blijft om aan zijn oorspronkelijke schuldeiser te betalen.

Verder leidt de voorgestelde regeling tot een nog groter beslag van financiers op de activa van schuldenaren. Daardoor valt, in geval van faillissement van de schuldenaar, ten gunste van de financiers (opnieuw) een deel van de dekking van de kosten van de faillissementsafwikkeling weg. Nu reeds zijn er in circa twee derde van de faillissementen onvoldoende vrije middelen beschikbaar om aan alle boedelverplichtingen te kunnen voldoen. In veel gevallen zijn er ook onvoldoende middelen om het salaris van de curator te kunnen voldoen. Dit betekent dat een behoorlijke afwikkeling van faillissementen, waarmee belangrijke en grote maatschappelijke belangen zijn gemoeid, niet gewaarborgd is.

CONSULTATIETREACTIE

1 Inleiding

1. De adviescommissie heeft kennis genomen van bovenvermeld conceptwetsvoorstel en ook van enkele commentaren daarop die in de juridische literatuur zijn verschenen en die zowel zien op de inhoud van de regeling als de effecten daarvan, en voorts op het voor de regeling voorgestelde overgangsrecht.¹ De adviescommissie kan zich in grote lijnen vinden in door deze schrijvers gemaakte opmerkingen van wetstechnische aard en over het overgangsrecht. Zij zal zich in haar commentaar beperken tot enkele punten die in die

¹ Zie met name het zeer uitvoerige commentaar van F.E.J. Beekhoven van den Boezem en S. van Hengel in Tvl 2018/44 en voorts de commentaren van F.M.J. Verstijlen in WPNR 2018/7203 en van D.F.H. Stein e.a. in WPNR 2018/7204.

commentaren naar haar mening onvoldoende aandacht hebben gekregen of die zij graag zou willen benadrukken.

2 Opmerkingen over de kern van de regeling

2. Doel van het conceptwetsvoorstel is om het kredietpotentieel voor het MKB te vergroten. Of het conceptwetsvoorstel daadwerkelijk aan deze doelstelling beantwoordt, wordt economisch niet onderbouwd. Het MKB heeft juist belang bij het behoud van enige partijautonomie: met een onoverdraagbaarheidsbeding wordt voorkomen a) dat onduidelijk wordt aan wie gepresteerd moet worden en b) dat de MKB'er wordt geconfronteerd met een hem onbekende schuldeiser met meer agressieve incassopraktijken.
3. De adviescommissie ziet wel het belang van met name banken en andere financiers bij de mogelijkheid om zonder veel complicaties het debiteurenbestand van een bedrijf aan zich te kunnen laten verpanden of aan zich te kunnen laten overdragen. Er spelen daarbij echter ook de belangen van andere partijen die bij de wenselijkheid van deze regeling dienen te worden meegewogen.
4. Het gaat daarbij in de eerste plaats om het belang van de schuldenaar van de kredietnemer (pandgever of cedent). Volgens het conceptvoorstel geldt kan de schuldenaar bij verpanding of overdracht niet meer bevrijdend betalen aan pandgever respectievelijk cedent nadat hem van de verpanding of overdracht schriftelijk mededeling is gedaan. Een dergelijke mededeling kan de schuldenaar gemakkelijk ontgaan. Ook zal het voor hem niet altijd aanstonds duidelijk zijn dat hij op die mededeling kan vertrouwen. Mocht de schuldenaar ondanks een ontvangen mededeling betalingen verrichten aan zijn (oorspronkelijke) schuldeiser dan loopt hij het risico tweemaal te moeten betalen. De adviescommissie meent dat dit risico niet bij de schuldenaar thuishoort. Zij geeft in overweging om conform de Duitse regeling² in het ontwerp op te nemen dat de schuldenaar bevrijdend kan blijven betalen aan de (oorspronkelijke) schuldeiser.
5. Daarnaast speelt bij het conceptwetsvoorstel indirect ook het belang van een behoorlijke afwikkeling van faillissementen. Met een behoorlijke afwikkeling van faillissementen is een groot maatschappelijk belang gemoeid. Aldus worden immers op een verantwoorde wijze partijen die niet (langer) in staat zijn om aan hun verplichtingen te voldoen, gesaneerd en (bij rechtspersonen) uit het maatschappelijk verkeer verwijderd. Daarbij wordt bovendien onderzocht of sprake is van onregelmatigheden en wordt daartegen ook zo nodig opgetreden. Het belang daarvan is recentelijk nog onderstreept door de toevoeging van een nieuw tweede lid aan artikel 68 Faillissementswet waarin de verplichting tot het verrichten van een onderzoek naar onregelmatigheden aan de curator uitdrukkelijk wordt opgelegd. Het belang van een behoorlijke faillissementsafwikkeling blijkt ook uit het feit dat "resolving insolvency" één van de tien criteria is waaraan de Wereldbank in haar jaarlijkse rapportage "Doing Business" het ondernemingsklimaat van elk land toetst. Dat belang heeft naar de mening van de adviescommissie een gewicht dat zeker niet minder is dan het belang dat één van de vele mogelijkheden die banken hebben om zekerheid te verkrijgen verder wordt vervolmaakt.

² Zie daarover Beekhoven van den Boezem en Verstijlen.

6. Volgens de huidige faillissementsregeling worden de kosten van de faillissementsafwikkeling voldaan uit de boedel. Er is al sinds lange tijd een duidelijke tendens te zien waarbij op steeds meer activa van een schuldenaar zekerheidsrechten worden gevestigd.³ Een gevolg daarvan is dat er vrijwel geen dekking meer is voor de kosten van de faillissementsafwikkeling, en ook dat de pandhoudende bank door haar separatistenpositie in belangrijke mate zeggenschap heeft over die afwikkeling. Zonder haar medewerking kan immers niet over de verpande goederen worden beschikt. De situatie is inmiddels ontstaan dat in circa tweederde van de faillissementen niet voldaan kan worden aan alle boedelverplichtingen en in een belangrijk aantal daarvan de curator zijn salaris niet of slechts gedeeltelijk betaald krijgt. Dit betekent dat een behoorlijke en evenwichtige afwikkeling van faillissementen niet langer gewaarborgd is. Het conceptwetsvoorstel leidt ertoe dat één van de weinige activa die buiten het pandrecht van de banken vallen, de vorderingen met een goederenrechtelijke uitsluiting van verpanding en overdracht, nu alsnog onder dat pandrecht worden gebracht.
7. Suggesties om een behoorlijke faillissementsafwikkeling te waarborgen zijn bijvoorbeeld het voor de boedel reserveren van de opbrengst van met zekerheidsrechten belaste vermogensbestanddelen. De adviescommissie heeft eerder dit jaar al een voorstel daartoe aan het ministerie van Justitie en Veiligheid gezonden. Voor een dergelijke regeling bestaat niet alleen een rechtvaardiging in het hiervoor genoemde algemene belang van een behoorlijke faillissementsafwikkeling, maar ook in het specifieke belang dat juist de zekerheidsgerechtigden hebben bij de afwikkeling van het faillissement waarin zij betrokken zijn.

3 Opmerkingen over onderdelen van de regeling

8. Het overgangsrecht. Het ligt naar de mening van de adviescommissie niet voor de hand om de nieuwe regeling van toepassing te laten zijn voor reeds ten tijde van de inwerkingtreding van het ontwerp-wetsvoorstel bestaande bedingen. Hierdoor wordt immers ingegrepen in reeds ten tijde van de inwerkingtreding van het ontwerp bestaande rechtsverhoudingen. De adviescommissie ziet voor een dergelijke ingreep geen rechtvaardiging. Partijen die een vordering voor de inwerkingtreding van het ontwerp-wetsvoorstel onoverdraagbaar hadden gemaakt mochten er immers op vertrouwen dat dat mogelijk was. Bovendien hebben andere betrokkenen, met name potentiële pandhouders, daarmee ook rekening gehouden.
9. De effectiviteit van de regeling. Het ontwerp-wetsvoorstel beoogt dat BtB-vorderingen zonder beperking kunnen worden overgedragen, en heeft zowel goederenrechtelijk als verbintenisrechtelijk effect: de desbetreffende vorderingen kunnen en mogen worden overgedragen en worden verpand. Dit sluit naar de mening van de adviescommissie niet uit dat de vordering aldus vorm wordt gegeven dat de oorspronkelijke schuldeiser steeds als enige betaaladres voor de schuldenaar geldt. Goederenrechtelijke overdracht en verpanding blijven dan mogelijk en toegestaan maar doen niet af aan het feit dat de schuldenaar aan de oorspronkelijke schuldeiser mag en zelfs moet betalen.

³ Zie onder meer: HR 17 februari 1995, NJ 1996/471 (Mulder q.q./CLBN), HR 20 september 2002, NJ 2004/182 ((Mulder q.q./Rabobank), voorafgegaan door HR 14 oktober 1994, NJ 1995/447 (Spaarbank Rivierenland/Gispen q.q.), HR 22 juni 2007, NJ 2007/520 (ING/Verdonk q.q.), HR 30 oktober 2009, NJ 2012/96 (Hamm q.q./ABN AMRO), HR 3 februari 2012, NJ 2012/261 (Dix q.q./ING) en HR 3 juni 2016, NJ 2016/290 (Rabobank/Reuser).

10. Voor financieringsdoeleinden. Uit de toelichting blijkt dat beoogd is om de contractsvrijheid te beperken tot het strikt noodzakelijke en dat bij "financieringsdoeleinden" voor de hand ligt het zekerheid stellen ten behoeve van bancaire kredietverlening of de verkoop van vorderingen aan factoringmaatschappijen. Er wordt echter geen duidelijke definitie gegeven van financieringsdoeleinden. Omdat in feite vrijwel elke overdracht of verpanding voor financieringsdoeleinden geschiedt, ook wanneer dit gebeurt met een niet-bank of een niet-factormaatschappij, is deze beperking praktisch zonder waarde.