

22 augustus 2018

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Turfmark 147
2511 DP Den Haag

Geachte heer, mevrouw,

Hierbij reageren wij op de consulatie (de "Consulatie") inzake het Wetsvoorstel opheffing verpandingsverboden, gepubliceerd op 4 juli 2018 (het "Wetsvoorstel").

In deze reactie beschrijven wij eerst enkele algemene observaties van het Wetsvoorstel. Daarna maken wij enkele opmerkingen over de reikwijdte van het verbod. Tot slot stellen wij de vraag of het Wetsvoorstel ook niet expliciet zou moeten benoemen hoe omgegaan moet worden met contractuele bepalingen die cessie of verpanding van vorderingen bemoeilijken.

1. Algemene observaties van het Wetsvoorstel Wet opheffing verpandingsverboden

Enkele algemene voordelen van het Wetsvoorstel

- 1.1 In de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel (de "MvT") wordt aangegeven dat de inzet van het Wetsvoorstel ziet op het verruimen van het kredietpotentieel van het midden- en kleinbedrijf. Wij scharen ons achter dit initiatief aangezien het midden- en kleinbedrijf een aanzienlijk deel van onze economie vormt terwijl het tegelijkertijd (relatief) lastig aan financiering komt. Bovendien sluit dit Wetsvoorstel goed aan bij Europese initiatieven om kredietverlening aan het midden- en kleinbedrijf te vergemakkelijken (bijvoorbeeld de initiatieven om te komen tot een Europese *Capital Markets Union*).
- 1.2 Een van de belangrijkste gevolgen van het Wetsvoorstel is dat bedrijven een groter deel van hun activa kunnen gebruiken voor financieringsdoeleinden. In de MvT wordt gesteld dat de voorgestelde afschaffing naar schatting van de NVB en FAAN kan leiden tot EUR 1 miljard extra kredietruimte. Wij herkennen zeker het beeld dat in bepaalde sectoren het cessieverbod alom aanwezig is waardoor bedrijven een deel van hun debiteurenbestand niet ten gelde kunnen maken (dan wel door de vorderingen te verkopen of door de vorderingen als onderpand te gebruiken voor financieringen).
- 1.3 Een ander gevolg van het Wetsvoorstel is dat de transactiekosten voor een deel omlaag zouden moeten kunnen gaan. Een financier die een onderneming wil financieren op de basis van de vorderingen op de balans van deze onderneming zal in de regel onderzoek doen

Meer informatie over onze internationale vestigingen vindt u op www.simmons-simmons.com

naar de overdraagbaarheid of verpandbaarheid van de vorderingen. De kosten van een dergelijk onderzoek worden vaak in rekening gebracht bij de onderneming in kwestie. Indien cessieverboden worden afgeschaft volgens het Wetsvoorstel zal een dergelijk onderzoek niet meer nodig zijn voor vorderingen die door Nederlands rechten worden beheerst (althans niet langer voor zover het ziet op deze bepalingen). Naar onze inschatting zullen *asset-based* financieringstransacties zowel sneller als tegen lagere kosten kunnen plaatsvinden.

- 1.4 Een voorwaarde voor het behalen van deze voordelen is wel dat de reikwijdte van het Wetsvoorstel helder is (zie ook onze opmerkingen hieronder in paragraaf 2).

Enkele algemene (kritische) kanttekeningen

- 1.5 Het Wetsvoorstel en de MvT lijkt specifiek geschreven te zijn voor de situatie dat een (MKB-)onderneming, als schuldeiser, tegen zijn zin een onoverdraagbaarheidsbeding moet accepteren. In de praktijk zien wij echter ook dat ondernemingen in kredietovereenkomsten met geldverstrekkers overeenkomen dat de geldverstrekker niet zijn vordering uit de kredietovereenkomst kan of mag overdragen zonder toestemming van de onderneming in hoedanigheid van debiteur. De achtergrond van deze bepalingen zal zijn dat de onderneming controle wenst te hebben over de identiteit van de schuldeiser mede met het oog op toezichtsrechtelijke aspecten. Onder het Wetsvoorstel zouden ook deze bedingen niet langer geldig zijn. Wij vragen ons af of dit een gewenst effect is van het Wetsvoorstel.
- 1.6 Als gevolg van het huidige Wetsvoorstel zal een schuldenaar goed moeten bijhouden of hij mededeling heeft ontvangen van een overdracht van de vordering op hem aan een andere partij. Doet de schuldenaar dit niet, dan loopt hij het risico dat hij (nogmaals) moet betalen maar dan aan de cessionaris van de vordering. Mocht de oorspronkelijk schuldeiser / cedent, aan wie de betaling in eerste instantie heeft plaatsgevonden, failliet gaan dan heeft de schuldenaar een vordering op een failliete boedel. Dit is onder het huidige Burgerlijk Wetboek niet anders behalve dan dat schuldenaren nu nog kunnen vertrouwen op een onoverdraagbaarheidsbeding. In de discussie over onoverdraagbaarheidsbedingen wordt met name gewezen op de nadelen die de schuldeisers hiervan ondervinden. In onze optiek is weinig onderzoek gedaan naar de mogelijke nadelen voor schuldenaren indien dergelijke bedingen geen effect meer zullen hebben. Indien te verwachten is dat schuldenaren aanzienlijk nadeel van de voorgenomen afschaffing zullen ondervinden (gelet op het risico van dubbele betaling dan wel door het verlies aan verrekeningsmogelijkheden) dan kunnen wij ons goed voorstellen dat de reikwijdte van het Wetsvoorstel verder wordt ingeperkt of schuldenaren op een andere manier tegemoet wordt gekomen.
- 1.7 Als gevolg van een (medegedeelde) overdracht van vorderingen zullen (bepaalde) verrekeningsmogelijkheden ophouden te bestaan. Voor enkele specifieke situaties is de mogelijkheid tot verrekening essentieel. Te denken valt (niet-limitatief) bijvoorbeeld aan een *clearinghouse* of een aanbieder van derivatencontracten die verschillende vorderingen en schulden steeds zal moeten kunnen verrekenen. Dit lijken ons gerechtvaardigde uitzonderingen op de reikwijdte van het Wetsvoorstel aangezien deze partijen een centrale plaats innemen in het financieel systeem en vertrouwen op verrekening om hun positie af te dekken dan wel de relevante dienst mogelijk te maken. Wij stellen voor dat de wetgever verder nagaat welke partijen een dergelijke belangrijke positie innemen in het financiële stelsel en vorderingen op, en vorderingen, van dergelijke partijen uitzondert van het Wetsvoorstel.

2. Reikwijdte

Beroep of bedrijf

- 2.1 Het Wetsvoorstel heeft betrekking op een geldvordering op naam “die voortkomt uit de uitoefening van een beroep of bedrijf”. In de MvT wordt aangegeven dat het Wetsvoorstel ziet op zakelijke geldvorderingen op naam en worden vorderingen op particulieren expliciet uitgesloten. Dit onderscheid is helder en lijkt ons gerechtvaardigd.
- 2.2 De huidige tekst van de MvT kan echter tot onduidelijkheid leiden aangezien het op verschillende plaatsen aangeeft dat de vorderingen in het “reguliere” handelsverkeer van een onderneming moeten zijn ontstaan. Enerzijds brengen deze verwijzingen het risico met zich mee dat bepaalde typen vorderingen niet onder de reikwijdte van het Wetsvoorstel vallen, waardoor deze vorderingen niet gebruikt kunnen worden financieringsdoeleinden. Het eerstgenoemde voordeel van het Wetsvoorstel komt hiermee deels te vervallen. Anderzijds zal het voor een financier in de regel niet helder zijn wat het reguliere handelsverkeer van een onderneming inhoudt, waardoor deze mogelijk weer bepaalde onderzoeken zal verrichten voordat hij bereid is financiering te verstrekken. Ook het tweede mogelijke voordeel komt daarmee deels te vervallen.
- 2.3 Om deze redenen stellen wij voor dat de finale versie van de MvT wordt aangepast zodat de verwijzingen naar het “reguliere” handelsverkeer komen te vervallen of dat duidelijk wordt gemaakt dat de verwijzingen naar het “reguliere” handelsverkeer niet gelezen moeten worden als een beperking van het Wetsvoorstel maar dat alle zakelijke geldvorderingen onder dit Wetsvoorstel vallen, tenzij nadrukkelijk uitgesloten.

Finaliteitscriterium

- 2.4 Het Wetsvoorstel ziet verder alleen op vorderingen die worden “overgedragen voor financieringsdoeleinden”. Ook deze beperking kan mogelijk tot onduidelijkheid leiden aangezien (a) de onderneming / overdragende partij voor één en dezelfde transactie verschillende redenen heeft en (b) het voor een derde partij, bijvoorbeeld een koper van een vordering, onduidelijk is wat de doeleinden van de overdragende partij is.
- 2.5 In de praktijk zou dit criterium van overdracht voor financieringsdoeleinden tot ongewenste situaties kunnen leiden. Bijvoorbeeld, een onderneming die besluit een deel van haar bedrijf af te stoten kan ervoor kiezen, als onderdeel van een dergelijke transactie, alle vorderingen die zien op dit bedrijfsonderdeel mee te verkopen en te cederen. Het doel van de verkoop van deze vorderingen zal niet per se gelegen zijn in het ophalen van financiering waardoor de onderneming toch gehouden zou zijn aan onoverdraagbaarheidsbedingen. Indien de (beoogd) koper van de vorderingen deze vorderingen wenst te gebruiken als onderpand voor een financiering van de acquisitie, zal de financier erop bedacht moeten zijn dat de koper / kredietnemen nooit rechthebbende is geworden van de vorderingen.
- 2.6 Ook bijvoorbeeld een factoringtransactie kan verschillende doeleinden hebben, bijvoorbeeld het ophalen van financiering maar ook het uit handen geven van de administratie van de debiteurenportefeuille waardoor niet geheel duidelijk is dat een transactie voor financieringsdoeleinden geschiedt.

2.7 In onze optiek is het niet logisch, en in de praktijk zeer lastig, een onderscheid te maken tussen een overdracht voor financieringsdoeleinden en een overdracht zonder financieringsdoeleinden. Daarom stellen wij voor dat deze voorwaarde geschrapt wordt.

3. Impact van het Westvoorstel op beperkende contractuele afspraken

3.1 Het Wetsvoorstel ziet in eerste instantie op onoverdraagbaarheidsbedingen en cessieverboden die de overdracht van de relevante vordering goederenrechtelijk dan wel verbintenisrechtelijk onmogelijk zouden maken. Het lijkt ons goed om in de MvT te verduidelijken dat het woord "beding" in de laatste regel van het voorstel voor artikel 3:83 lid 2 ziet op bedingen tussen de schuldeiser en schuldenaar zoals ook bedoeld in de eerste zin voor artikel 3:83 lid 1. Dit spreekt wellicht voor zich maar het moet voor de financieringspraktijk duidelijk zijn dat gangbare afspraken als "*negative pledge*" of "*no disposal*" clauses, die een onderneming met haar financiers afspreekt, niet geraakt zouden moeten worden door het Wetsvoorstel.

3.2 Er zijn daarnaast andere contractuele bedingen, die tussen schuldenaar en schuldeiser worden gemaakt, gangbaar die factoring onmogelijk maken. Te denken valt bijvoorbeeld aan een boetebepaling in het contract tussen leverancier en afnemer waardoor de schuldeiser een boete zal moeten betalen mocht hij zijn vordering toch overdragen of geheimhoudingsbedingen die een partij verbieden informatie te delen over een overeenkomst en de vorderingen die hieruit voort kunnen vloeien.

3.3 Strikt genomen zal een dergelijke bepaling niet onder de reikwijdte van het nieuwe tweede lid van artikel 3:83 BW vallen aangezien het boetebeding de overdraagbaarheid niet uitsluit. Het Wetsvoorstel zou wat ons betreft aan kracht winnen indien de MvT expliciet aangeeft dat contractuele bepalingen met een strekking die ingaat tegen het Wetsvoorstel nietig zijn op grond van artikel 3:40 lid 2 BW.

Wij zijn uiteraard bereid het bovenstaande mondeling en/of schriftelijk nader toe te lichten.

Hoogachtend,
Simmons & Simmons LLP

Mr. Jeroen Bos

Mr. dr. Erwin Bos