

prof.mr. Teun Struycken, *advocaat*
teun.struycken@nautadutilh.com

Amsterdam, 22 augustus 2018

mr. Willem Keukens, *advocaat*
willem.keukens@nautadutilh.com

Memorandum Aan Ministerie van Justitie en Veiligheid

Betreft Wet opheffing verpandingsverboden – reactie op consultatie

1 INLEIDING

- 1.1 Als advocaat adviseren wij zowel financiers als ondernemingen, uit Nederland en uit het buitenland, over financieringstransacties. In veel gevallen gaat het om financieringstransacties waarbij de omvang van het krediet fluctueert op basis van de omvang van (de waarde van) het onderpand van tijd tot tijd (de zogenaamde *borrowing base* of *asset base*). Deze vorm van kredietverlening wordt *asset based lending* genoemd. Het onderpand bestaat vrijwel steeds uit handelsvorderingen en in veel gevallen daarnaast ook uit voorraden. Wanneer het onderpand alleen uit handelsvorderingen bestaat, wordt ook de term *receivables finance* gebruikt. Deze verzamelterm omvat ook transacties waarbij handelsvorderingen worden verkocht en gecedeerd; de koopprijs verschaft de ondernemer die zijn vorderingen verkoopt vervroegd liquiditeit (voorfinanciering). Het gaat dan om een vorm van *factoring*.
- 1.2 Meer nog dan grote ondernemingen is het midden- en kleinbedrijf voor de financiering van het werkkapitaal aangewezen op een vorm van *factoring* of *asset based lending* waarbij handelsvorderingen als onderpand dienen. Dat komt bijvoorbeeld doordat om uiteenlopende redenen geen of tegen veel ongunstigere voorwaarden een banklening kan worden gekregen.
- 1.3 Dergelijke financieringen werden in Nederland traditioneel vooral door dochterbedrijven van Nederlandse banken verschaft; thans zijn steeds meer buitenlandse banken actief op de Nederlandse markt, en verder in toenemende mate de zogenaamde direct lenders, die financiering verschaffen zonder zelf een bank te zijn of deel uit te maken van een groep waartoe een bank behoort. Als gevolg van de komst van meer marktpartijen is de *asset based lending* markt competitiever en meer ‘volwassen’ en ‘sophisticated’ geworden. Met name door toedoen van de *Commercial Finance Association (CFA)*¹, een in de VS ontstane vereniging die financiers, financiële adviseurs en juristen samen brengt, heeft *asset based lending* ook in Nederland een grote vlucht genomen. Enerzijds doordat in Nederland aan Nederlandse ondernemingen *asset based* kredietfaciliteiten worden verschaft, en anderzijds doordat een

Amsterdam
 Brussel
 Londen
 Luxemburg
 New York
 Rotterdam

¹ Zie <http://community.cfa.com/home>.

Nederlandse dochter van een Amerikaanse onderneming betrokken is aan het in Amerika aan die groep verschaft krediet. Tegelijkertijd heeft de regelgeving inzake kapitaalsbeslag voor banken ('CRR') ertoe geleid dat onderpand, waaronder pandrecht op vorderingen, voor de financiering van de bank zelf van (veel) groter belang is geworden.² De verwachting is dat dit belang enkel verder zal toenemen onder toekomstige regulering.

- 1.4 In het licht hiervan spelen de cessie- en verpandingsverboden³ die door de huidige Nederlandse wetgeving mogelijk zijn gemaakt, een heel grote rol wat de financiering op handelsvorderingen betreft.⁴ Daarom verdient het '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 (Wet opheffing verpandingsverboden)' (het **Voorontwerp**) een – positieve – reactie.

2 ALGEMENE WAARDERING

- 2.1 Het is zeer toe te juichen dat de wetgever bereid is cessie- en verpandingsverboden te beperken waar het financieringstransacties betreft. Het Voorontwerp is ook in zijn huidige vorm een grote stap voorwaarts en verdient ondersteuning.
- 2.2 Cessie- en verpandingsverboden met betrekking tot handelsvorderingen hebben thans nog een dubbel negatief effect op de financierbaarheid van ondernemingen:
- (i) *vermindering beschikbaar onderpand*
- 2.3 Cessie- en verpandingsverboden verminderen het aantal handelsvorderingen dat een kredietnemer kan inzetten voor het verkrijgen van enige vorm van financiering. In sommige marktsegmenten, waarin door een ondernemer producten worden verkocht aan een dominante marktpartij, die in staat is de eigen voorwaarden op te leggen en lange betalingstermijnen te bedingen, kan het gaan om een groot deel van de financieringscapaciteit van de betreffende ondernemer.
- 2.4 Het gaat daarbij niet alleen om cessie- en verpandingsbedingen met goederenrechtelijke werking; ook bedingen met (slechts) een verbintenisrechtelijke werking beperken het beschikbaar onderpand.

² Zie Beekhoven van den Boezem en Van den Bosch, 'Zekere zekerheid. Het belang van zekerheid voor de financiering van het bedrijfsleven', *MvV* (2015) 07/08.

³ Hieronder verstaan wij ieder beding dat cessie of verpanding beperkt, ofwel doordat de vordering in goederenrechtelijke zin onoverdraagbaar of onverpandbaar te maken, of door een contractueel verbod tot cessie of verpanding op te leggen.

⁴ Overigens is het opheffen van cessie- en verpandingsverboden ook voor andere vormen van kredietverlening tegen zekerheden van belang. Het effect daarvan is echter bij *asset based lending*, waarbij niet op basis van de verwachte *cash flow* van een onderneming maar op basis van de waarde van het onderpand wordt gefinancierd, directer en groter.

Asset based lenders bedingen doorgaans dat vorderingen die onderworpen zijn aan een verbintenisrechtelijk cessie- of verpandingsverbod ook niet of enkel voor een beperkt gedeelte mogen worden ingebracht in de *borrowing base*; deze vorderingen zijn dan niet of slechts beperkt *eligible*.

(ii) uitstralingseffect

- 2.5 Cessie- en verpandingsbeperkingen vergroten de transactiekosten en hebben een waardedrukkend effect:
- de financier wordt bij elke transactie genoodzaakt tot onderzoek van de handelsdebiteuren portefeuille (*due diligence*) op dit punt, wat een onderzoek van alle contracten en voorwaarden behelst; en/of
 - het risico dat bepaalde handelsvorderingen onoverdraagbaar of onverpandbaar zullen blijken te zijn, leidt tot duurder krediet door hogere rentepercentages en risico-opslagen; en/of
 - de financier neemt een grotere *reserve*: een gedeelte van de kredietruimte wordt geblokkeerd en als buffer aangehouden om daaruit het risico van afdracht van onrechtmatig ontvangen betalingen af te dekken.
- 2.6 De enkele omstandigheid dat het risico bestaat dat een deel van de handelsvorderingen onverpand of niet gecedeerd zal blijken te zijn – ook al is in een concreet geval niet of nauwelijks sprake van cessie- en verpandingsverboden – heeft derhalve al een drukkend effect op *asset based* financieringstransacties in het algemeen.
- 2.7 De problematiek heeft aan urgentie en actualiteit gewonnen sinds cessie- en verpandingsverboden worden ingeroepen door faillissementscuratoren. Het gaat dan in de meeste gevallen om een geschil over de opbrengst van aan de bank stil verpande handelsvorderingen, die kort voor of na de faillietverklaring van de pandgever zijn betaald. De schuldenaar is dan niet meer in beeld: deze heeft reeds betaald aan zijn (faillierende of gefailleerde) schuldeiser, zonder weet te hebben (gehad) van een stille verpanding van de vordering op hem.⁵
- 2.8 Er bestaat in de literatuur een consensus dat cessie- en verpandingsverboden enkel belangen van de schuldenaar van de betreffende vorderingen kunnen dienen; de schuldeiser zelf heeft daarbij

⁵ De problematiek van de cessie- en verpandingsverboden raakt derhalve aan die van de lege boedels, waarvoor Van Moorsel in zijn reactie op het Wetsvoorstel d.d. 16 augustus 2018 en INSOLAD in haar reactie d.d. 20 augustus 2018 – terecht – aandacht vragen. Daarvoor moet een oplossing komen, maar handhaving van de verpandingsverboden zou een oneigenlijke oplossing daarvoor zijn.

geen belang. Voor de schuldeiser bestaat slechts het negatieve belang van beperking van de financierbaarheid van zijn onderneming.

- 2.9 Derhalve draagt wettelijke opheffing van cessie- en verpandingsbeperkingen bij aan:
1. financierbaarheid van ondernemingen, met name in het midden- en kleinbedrijf, die afhankelijk zijn van dominante afnemers;
 2. verlaging van de transactiekosten en de kosten van krediet voor alle *asset based* financieringstransacties, ongeacht of in het concrete geval sprake is van cessie- of verpandingsbeperkingen;
 3. vermindering van kostbare geschillen en procedures tussen banken en faillissementscuratoren.
- 2.10 Wettelijke opheffing van cessie- en verpandingsbeperkingen in het kader van financieringstransacties zal naar onze inschatting een positief effect hebben op de financiering van ondernemingen en bovendien Nederland aantrekkelijk(er) maken voor buitenlandse partijen.⁶
- 2.11 Wij menen dat het Voorontwerp in de huidige vorm beantwoordt aan het doel en goed bruikbaar is. Naar onze mening zijn de kanttekeningen die bij het Voorontwerp worden geplaatst van ondergeschikt belang; het belang dat dit voorstel wordt geïmplementeerd is voor de financieringspraktijk en het bedrijfsleven veel groter.
- 2.12 Hierna doen we enige suggesties voor de formulering en de techniek van de regeling in het Voorontwerp.
- 3 NIETIGHEID VAN CESSIE- OF VERPANDINGSVERBOD**
- 3.1 In de opzet van het Voorontwerp is ieder beding dat de overdraagbaarheid en de verpandbaarheid van handelsvorderingen in het kader van een financiering beperkt, nietig. Daarmee wordt bereikt dat óók cessie- en verpandingsverboden die slechts contractuele werking hebben, buiten werking worden verklaard, zodat geen sprake zal zijn van wanprestatie indien de crediteur zijn handelsvordering in weerwil van dat beding overdraagt of verpand.
- 3.2 Een dergelijk beding dient echter *enkel* nietig te zijn voor zover het ziet op een cessie of verpanding voor financieringsdoeleinden. Omdat in de praktijk cessie- en verpandingsverboden tamelijk algemeen en breed zijn geformuleerd,⁷ kan echter onduidelijkheid bestaan over de reikwijdte van de nietigheidssanctie.

⁶ De mogelijkheid van cessie- en verpandingsbeperkingen met goederenrechtelijke werking vormt thans één van de weinige factoren die de internationale aantrekkingskracht van Nederland drukken in negatieve zin.

⁷ Zie de in de concept toelichting bij het Wetsvoorstel genoemde voorbeelden op pagina 4.

- 3.3 Niet het gehele cessie- of verpandingsverbod zou met nietigheid moeten worden bedreigd. Wij lezen de verwijzing in de concept toelichting op het Wetsvoorstel naar artikel 3:41 BW (pagina 8) in ieder geval als een aanwijzing dat dergelijke algemeen geformuleerde bedingen in beginsel niet geheel nietig zullen zijn, maar enkel indien en voorzover sprake is van cessie of verpanding van handelsvorderingen voor financieringsdoeleinden; de beperking van andere cessies of verpandingen door hetzelfde beding worden in beginsel niet door de nietigheid van het voorgestelde 3:83 lid 2 BW geraakt.
- 3.4 Ook de verwijzing naar "elk hiermee strijdig beding" in de tekst van artikel 3:83 lid 2 BW van het Wetsvoorstel is enigszins verwarrend; het is niet aanstonds duidelijk waarnaar "hiermee" terugverwijst. Dat wordt met name veroorzaakt door de redactie van het voorgestelde artikel 3:83 lid 2 BW. Uit de toelichting wordt duidelijk dat de nietigheid ziet op bedingen die de overdraagbaarheid of verpandbaarheid van handelsvorderingen in het kader van financieringstransacties (goederenrechtelijk of contractueel) beperken. De voorgestelde bepaling wordt taalkundig duidelijker indien de tenzij-zin apart wordt geplaatst en de nietigheidssanctie alleen hierop wordt betrokken.
- 3.5 Een alternatieve benadering zou kunnen zijn te bepalen dat cessie- en verpandingsverboden niet het gewenste resultaat zullen hebben als een handelsvordering wordt gecedeerd of wordt verpand in het kader van een financiering. Daarmee wordt duidelijk gemaakt dat het beding in principe wel geldig is, zij het geen effect sorteert in de gevallen die de wetgever met het Wetsvoorstel tracht te adresseren.
- 3.6 Wel dient ook in deze alternatieve benadering duidelijk te worden gemaakt dat óók cessie- en verpandingsverboden met uitsluitend contractuele werking geen effect hebben, zodat de cedent/pandgever geen wanprestatie pleegt jegens de schuldenaar. Bovendien moet klip en klaar zijn dat een dergelijk beding in voorkomende gevallen door *niemand* inroepbaar is; noch door de schuldenaar die de beperking heeft bedongen, noch door beslag leggende schuldeisers van de cedent/pandgever, noch door een curator in het faillissement van de cedent/pandgever.
- 3.7 Een alternatieve formulering in lijn met het bovenstaande zou als volgt kunnen luiden⁸:

⁸ Een vergelijkbaar voorstel doet Wibier in zijn reactie op het Wetsvoorstel d.d. 20 augustus 2018. Hij stelt voor dergelijke bedingen "niet inroepbaar jegens een financier" te maken. Ook die formulering zou wat ons betreft kunnen werken, mits in ieder geval in de toelichting wordt vermeld dat het beding noch door de schuldenaar, noch door de curator van de cedent/pandgever, noch door een beslagleggende schuldeiser kan worden ingeroepen. Tevens moet duidelijk zijn dat ook verboden met louter contractuele werking niet-inroepbaar zijn. In verband daarmee zou overwogen kunnen worden om in het voorstel van Wibier "jegens een financier" te

‘De overdraagbaarheid van vorderingsrechten kan ook door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar worden uitgesloten. Een beding dat de overdraagbaarheid van vorderingen uitsluit of beperkt, kan niet ertoe leiden dat een vordering niet kan of mag worden overgedragen voor financieringsdoeleinden, indien het een geldvordering op naam betreft die voortkomt uit de uitoefening van een beroep of bedrijf.’

4 BEGRIP "FINANCIERINGSDOELEINDEN"

- 4.1 Het Voorontwerp wordt gedragen en gerechtvaardigd door het oogmerk belemmeringen weg te nemen voor financieringstransacties. Dat lijkt ons juist.
- 4.2 Het Voorontwerp beperkt de opheffing van cessie- en verpandingsverboden voor zover wordt overgedragen of verpand "voor financieringsdoeleinden". Het concept voor de artikelsgewijze toelichting in de Memorie van Toelichting rept van "een finaliteitscriterium" en noemt daarbij (i) zekerheidsstelling ten behoeve van bancaire kredietverlening en (ii) verkoop van vorderingen aan factoringmaatschappijen.
- 4.3 Naar onze mening is gekozen benadering goed werkbaar en verdedigbaar, en zal er in de meeste gevallen geen discussie kunnen bestaan over de invulling van de term financieringsdoeleinden.
- 4.4 Dat neemt niet weg dat partijen en, wanneer zij er niet uit komen, de rechter gebaat zijn met een aantal nadere voorbeelden van gevalstypen om te kunnen vaststellen of een cessie of verpanding in een concreet geval heeft plaatsgevonden "voor financieringsdoeleinden".
- 4.5 De Memorie van Toelichting is bij uitstek de plaats waar nadere handvatten gegeven kunnen worden. Wij menen dat de wetgever er goed aan zou doen te expliciteren dat de term "financieringsdoeleinden" ruim opgevat moet worden en niet is beperkt tot het verstrekken van zekerheid voor "bancaire" kredietverlening of cessie in het kader van (traditionele vormen van) *factoring*. Idealiter wordt verduidelijkt dat het kan gaan om elk van de volgende typen en varianten:
 - zowel *asset based* financiering, als *cash flow based* financiering, en ongeacht de vorm van de betreffende kredietfaciliteit;
 - cessie aan een *Special Purpose Vehicle* in het kader van een *securitisation* transactie;

- iedere regelmatige verkoop en cessie van vorderingen teneinde werkkapitaal van de verkoper te verbeteren, en ongeacht of de vorderingen tegen een *discount* worden verkocht of op andere wijze een 'prijs' voor de bevoorschotting wordt betaald;⁹
- intra-groep cessie (of retro-cessie) van vorderingen, gevolgd door cessie of verpanding van die vorderingen door de cessionaris aan een financier teneinde zelf financiering te verkrijgen;
- het vestigen van derdenzekerheid aan de financier van een ander en in het kader waarvan die ander een financiering ontvangt;
- zekerheidsstelling in geval van *special situations* (financiële moeilijkheden) bij de kredietnemer.

4.6 Hiermee zijn naar onze inschatting de belangrijkste gevaltypen benoemd en is deze opsomming voldoende richtinggevend voor de rechtspraktijk en voor de rechterlijke macht.¹⁰

4.7 Terecht maakt het Voorontwerp geen onderscheid op basis van de type persoon die door cessie of verpanding een belang verwerft in de betreffende handelsvorderingen. Dit betekent dat het verbod bijvoorbeeld ook wordt opgeheven voor verpanding aan een aandeelhouder in verband met de verstrekking van een aandeelhouderslening.¹¹

4.8 Indien de toelichting met meer voorbeelden wordt uitgebreid, hebben marktpartijen en rechters naar onze inschatting voldoende richting om vast te stellen of sprake is van een cessie of verpanding voor financieringsdoeleinden zoals door de wetgever beoogd. De tekst van de wet kan dan simpel en beginselmatig blijven, zoals thans neergelegd in het Voorontwerp.

5 BETAAL- EN SPAARREKENINGEN

5.1 De wetgever kiest er op goede gronden voor om de wettelijke mogelijkheid om vorderingen uit betaal- en spaarrekeningen onoverdraagbaar en onverpandbaar te maken, te handhaven.

⁹ Denk aan *receivables purchase* faciliteiten waarbij de koopprijs voor de vordering gelijk is aan de nominale waarde (inclusief BTW). Die koopprijs wordt (pas) op een later moment (bijvoorbeeld de dag waarop de verkochte vordering opeisbaar wordt) volledig betaald, terwijl op het moment van cessie een bepaald percentage als voorschot op de koopprijs wordt uitgekeerd. De verkoper van de vordering betaalt dan doorgaans 'rente' over dat voorschot.

¹⁰ Ook het gros van de door Rongen en Van 't Westeinde in hun reactie op het Wetsvoorstel d.d. 8 augustus 2018 genoemde voorbeelden zijn hiermee gedekt (daargelaten een aantal exotische of overwegend theoretische gevallen). Zoals in nr. 4.5 hierboven aangegeven, menen wij net als Rongen en Van 't Westeinde dat een ruime benadering van het begrip "financieringsdoeleinden" wenselijk is, maar wij zijn geen voorstander van hun voorstel om de beperking tot "financieringsdoeleinden" in zijn geheel te schrappen. Eveneens anders: reacties op het Wetsvoorstel van Allen&Overy d.d. 21 augustus 2018, Clifford Chance d.d. 20 augustus 2018 en de Factoring & Asset based financing Association Netherlands d.d. 16 augustus 2018.

¹¹ Uiteraard blijven alle andere algemene regels van toepassing op de cessie of de verpanding, zoals de *actio pauliana*.

5.2 In het Voorontwerp wordt uitdrukkelijk vermeld dat de opheffing van het cessie- of verpandingsverbod niet ziet op dergelijke vorderingen. Die vermelding in de wet zelf lijkt ons strikt genomen niet nodig, want hierin is reeds afdoende voorzien doordat de opheffing alleen ziet op geldvorderingen op naam die voortkomen uit de uitoefening van een beroep of bedrijf. Een vermelding in de toelichting lijkt ons afdoende.

6 DE SCHAKELBEPALING IN ART. 3:98 BW

6.1 De voorgenomen regeling in art. 3:83 lid 2 BW is op grond van de schakelbepaling in art. 3:98 BW van overeenkomstige toepassing op verpanding van handelsvorderingen. De voorgenomen bepaling moet derhalve zo worden verstaan dat in plaats van ‘overgedragen voor financieringsdoeleinden’ ook wordt gelezen ‘verpand voor financieringsdoeleinden’. Immers: verpanding wordt in de systematiek van de wet gezien als overdracht van een deel van de bevoegdheden van de rechthebbende. Wat voor overdracht geldt, geldt derhalve ook voor verpanding.

6.2 Daarom is naar onze mening niet juist de gedachte dat een beding dat uitsluitend verpanding verbiedt maar cessie toestaat, niet op grond van artikel 3:98 BW onder toepassing artikel 3:83 lid 2 BW valt.¹²

6.3 Bovendien, als een enkel verpandingsverbod *niet* via 3:98 BW onder de reikwijdte van 3:83 lid 2 BW zou vallen, dan zou de logische consequentie daarvan zijn dat verpandingsverboden (die niet de overdraagbaarheid beperken) überhaupt niet zijn toegestaan, omdat artikel 3:83 lid 2 BW partijen toestaat de *overdraagbaarheid* van vorderingen te beperken. Dat lijkt ons onjuist.

6.4 Aanpassing van art. 3:228 BW langs dezelfde lijnen als die in het voorontwerp voor art. 3:83 lid 2 BW lijkt ons daarom niet nodig.¹³

7 STREKKING ART. 3:83 BW

7.1 Ook na wettelijke opheffing van de cessie- en verpandingsverboden "voor financieringsdoeleinden" blijven er gevallen over waarin een verbod met goederenrechtelijke werking overeen kan worden gekomen tussen een schuldeiser en een schuldenaar.

7.2 Het zou nuttig zijn als de wetgever van de gelegenheid gebruik maakt om in de toelichting te vermelden dat de wettelijke mogelijkheid van een cessie- en verpandingsverbod strekt ter bescherming van de schuldenaar.

¹² Zoals Beekhoven van den Boezem en Van Hengel stellen in: 'Wet opheffing verpandingsverboden', *TvI* 2018/44.

¹³ Anders: Beekhoven van den Boezem en Van Hengel, *ibid.*, en de reacties op het Wetsvoorstel van (onder meer) Allen&Overy d.d. 21 augustus 2018, de Factoring & Asset based financing Association Netherlands d.d. 16 augustus 2018 en de Nederlandse Vereniging van Banken d.d. 16 augustus 2018.

Deze kan er een belang bij hebben het risico te verkleinen dat hij dubbel moet betalen na een mededeling van cessie of verpanding over het hoofd te hebben gezien.

- 7.3 Het belang van vermelding dat een cessie- of verpandingsverbod strekt ter bescherming van de schuldenaar, is dat de wetgever daarmee een aanknopingspunt creëert voor relativering van art. 3:83 lid 2 BW, in die zin dat een cessie- en verpandingsverbod binnen de kaders van de wet alleen door de schuldenaar van de betreffende vordering kan worden ingeroepen. De sanctie van nietigheid of ongeldigheid moet immers niet verder strekken dan nodig is voor de daarmee beoogde bescherming.¹⁴
- 7.4 In dat kader is de passage in de vierde alinea op pagina 8 ongelukkig is. Daarin wordt gesteld dat voor de nietigheidssanctie is gekozen om "te voorkomen dat discussie ontstaat over de vraag of het nieuwe artikel 3:83 lid 2 BW al dan niet een bepaling is die slechts strekt tot bescherming van een van de contractspartijen [...]". Bedoeld zal zijn dat de *inperking* van cessie- en verpandingsbeperkingen niet slechts strekt tot bescherming van contractspartijen (zie ook hierboven nr. 3.6). Deze passage suggereert echter dat het gehele artikel 3:83 lid 2 BW, dus óók de cessie- en verpandingsverboden zelf, door eenieder kan worden ingeroepen. Dat zou niet juist zijn; cessie- en verpandingsverboden behoren alleen door de schuldenaar van de betreffende vordering te kunnen worden ingeroepen.

¹⁴ Zie nader Struycken, 'Relativering van nietigheid in het goederenrecht – Over onverpandbaarheid van vorderingen en onverhypothekeerbaarheid van scholen', in: Lunsingh Scheurleer e.a. (red.), *Daar word ik blij van. Opstellen aangeboden aan Marc Blom*, Den Haag: Boom juridisch 2016.