

De Wet opheffing verpandingsverboden

Een kritische bespreking van de nieuwe regeling van art. 3:83 lid 3 en 4, 3:94 lid 5 en 3:239 lid 5 BW, alsmede van het overgangsrecht*

M.H.E. Rongen

1 Inleiding

‘Eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten zijn overdraagbaar, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet’, aldus bepaalt art. 3:83 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Deze regel vormt, samen met het beginsel van de partijautonomie, de civielrechtelijke basis van een vrijemarkteconomie. Een grote mate van vrije verhandelbaarheid van goederen is daarvoor van wezenlijk belang. Dit belang van een vrije verhandelbaarheid brengt met zich dat de goederenrechtelijke overdraagbaarheid van goederen niet door een contractueel beding kan worden uitgesloten.¹ Het is niet mogelijk goederen te onttrekken aan het handels- en kredietverkeer en uit te sluiten van het verhaalsaansprakelijke vermogen van de rechthebbende.² Voor vorderingsrechten bestaat er echter een uitzondering. Volgens art. 3:83 lid 2 BW kan de overdraagbaarheid van vorderingen worden uitgesloten door een beding tussen de schuldeiser en de schuldenaar. De verklaring daarvoor zou zijn, zo wordt meestal geleerd, dat schuldenaar en schuldeiser op grond van de partijautonomie vrij zijn om de inhoud en kenmerken van hun verbintenis – en dus de vordering – te bepalen.³ Derhalve kunnen zij overeenkomen dat de vordering niet vatbaar is voor overdracht of slechts onder bepaalde voorwaarden (zoals toestemming van de schuldenaar). Een dergelijk beding heeft goederenrechtelijke werking: een beschikking in strijd

* De tekst van deze bijdrage is afgesloten op 31 oktober 2020. Ontwikkelingen met betrekking tot het wetsvoorstel Wet opheffing verpandingsverboden van na die datum zijn niet in deze bijdrage verwerkt.

1 Zie Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/204 en 210 en W.H.M. Reehuis, *Overdracht* (Mon. BW nr. B6a), Deventer: Kluwer 2010/2.13. Wel is het mogelijk om een verbintenisrechtelijk vreemdings- of verpandingsverbod overeen te komen. Zie Bergervoet, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:83 BW, aant. 27.6.

2 Vgl. *MvA II*, Parl. Gesch. Boek 3, p. 315. Zie art. 3:276 BW, waaruit volgt dat een schuldenaar met zijn gehele vermogen verhaalsaansprakelijk is voor zijn schulden, tenzij de wet of een overeenkomst met de verhaalzoekende schuldeiser anders bepaalt. Indien het mogelijk zou zijn de overdraagbaarheid van goederen uit te sluiten, dan zou dat executie en daarmee verhaal op het vermogen van de schuldenaar onmogelijk maken (afgezien van de mogelijkheid om vorderingen uit te winnen door inning).

3 Zie Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/213, Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/25, F.M.J. Verstijlen, *Algemene bepalingen pand en hypotheek* (Mon. BW nr. B11), Deventer: Kluwer 2013/9.3 en A. Steneker, *Pandrecht* (Mon. BW nr. B12a), Deventer: Kluwer 2012/51. Vgl. HR 29 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0842, NJ 1994/171, m.nt. Pvs.

met het beding sorteert goederenrechtelijk geen effect; er vindt geen overdracht plaats. Ook de verpandbaarheid van een vordering kan door schuldenaar en schuldeiser worden uitgesloten of beperkt (zie de schakelbepaling van art. 3:98 BW). En vaak wordt met een beroep op art. 3:81 lid 1⁴ en 3:228 BW⁵ aangenomen dat onoverdraagbare vorderingen reeds vanwege hun onoverdraagbaarheid niet vatbaar zijn voor verpanding.⁶ De goederenrechtelijke werking van onoverdraagbaarheidsbedingen als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW is door de Hoge Raad bevestigd in zijn arresten *Oryx/Van Eesteren* en *Coface/Intergamma*.⁷

Al vele jaren is het in tal van sectoren van de economie, waaronder de bouw- en de retailsector, zo goed als de standaard dat schuldenaren in hun algemene (inkoop)voorwaarden de overdracht en verpanding van vorderingen op hen contractueel uitsluiten. In de praktijk is dat een belangrijke belemmering gebleken voor de financiering van ondernemingen die aan dergelijke voorwaarden gebonden zijn, waaronder in het bijzonder mkb-ondernemingen. Vorderingen die onderworpen zijn aan een goederenrechtelijk werkend onoverdraagbaarheids- en/of onverpandbaarheidsbeding kunnen immers niet als onderpand dienen voor een financiering doordat zij niet kunnen worden overgedragen in het kader van bijvoorbeeld factoring of securitisatie, of verpand ter zake van een bancair krediet. Vanuit de praktijk en de literatuur werd al langere tijd aangedrongen op wetswijziging teneinde de financieringsblokkade die wordt opgeworpen door onoverdraagbaarheidsbedingen te slechten en het Nederlandse recht te laten aansluiten bij buitenlandse rechtssystemen.⁸ In het arrest *Coface/Intergamma* signaleert de Hoge Raad de kritiek in de literatuur, maar zag hij daarin onvoldoende aanleiding om tot een heroverweging van zijn eerdere rechtspraak te komen. Deze rechtspraak strookt volgens de Hoge Raad immers met de wettekst en de wetsgeschiedenis van art. 3:83 lid 2 BW en het zou bovendien de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaan om een keuze te maken uit de verschillende

4 Art. 3:81 lid 1 BW bepaalt dat degene aan wie een zelfstandig en overdraagbaar recht toekomt binnen de grenzen van dat recht de in de wet genoemde beperkte rechten kan vestigen.

5 Art. 3:228 BW bepaalt dat op alle goederen die voor overdracht vatbaar zijn een pand- of hypotheekrecht kan worden gevestigd.

6 Het uitsluiten van de onoverdraagbaarheid van de vordering zou daarmee van rechtswege ook leiden tot de onverpandbaarheid van de vordering. De onverpandbaarheid hoeft in dat geval dus niet te worden bedongen. Zie *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/214*, *Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/25* en *196* en *Verstijlen 2013/9.3*, met verdere verwijzingen. In andere zin: *R.D. Vriesendorp, Verpandbaarheid van contractueel onoverdraagbare geldvorderingen*, WPNR 1996, afl. 6211, p. 105 e.v., *M.H.E. Rongen, Cessie, Deventer: Kluwer 2012*, nrs. 583-593; *Steneker 2012/51* en recent *Hof Den Haag 9 juni 2020*, ECLI:NL:GHDHA:2020:982.

7 Zie *HR 17 januari 2003*, ECLI:NL:HR:2003:AF0168, *JOR 2003/52*, m.nt. *Rongen* en *HR 21 maart 2014*, ECLI:NL:HR:2014:682, *JOR 2014/151*, m.nt. *Schuijling*.

8 De NVB bracht de financieringsblokkade die door cessie- en verpandingsbedingen wordt opgeworpen al in 2009 onder de aandacht bij het Ministerie van Justitie. Zie *Bijlage 1* bij het *Besluit op Wob-verzoek over het wetsvoorstel opheffing verpandingsverboden van 13 juli 2020*. Zie voor literatuur o.a. *F.E.J. Beekhoven van den Boezem, Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding*, Deventer: Kluwer 2003, hoofdstuk 11, *A.J. Verdaas, Stil pandrecht op vorderingen op naam*, Deventer: Kluwer 2008, nrs. 152-155 en *Rongen 2012*, nrs. 573-576.

M.H.E. Rongen

alternatieven die zouden kunnen worden overwogen met betrekking tot onoverdraagbaarheidsbedingen.⁹

De handschoen is uiteindelijk na aandringen van en in overleg met onder meer de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), VNO-NCW en MKB Nederland door de wetgever opgepakt. In juli 2018 is een voorontwerp van de ‘Wet opheffing verpandingsverboden’ gepubliceerd en in consultatie gegaan (hierna: het Voorontwerp). Het wetsvoorstel is uiteindelijk op 2 juni 2020 ingediend bij de Tweede Kamer.¹⁰ Het voorstel behelst een wijziging van art. 3:83, 3:94 en 3:239 BW en de invoeging van een nieuw art. 85a in de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek. Na inwerkingtreding van de Wet opheffing verpandingsverboden (hierna: de Wet) is het niet langer mogelijk om de overdraagbaarheid en verpandbaarheid van een beroeps- of bedrijfsmatig verkregen geldvordering krachtens beding uit te sluiten of te beperken. Ook zal een mededeling van cessie of verpanding van een dergelijke geldvordering voortaan schriftelijk dienen te geschieden. Met de wijziging wordt beoogd tot een verruiming van de kredietmogelijkheden voor het bedrijfsleven te komen, in het bijzonder voor het midden- en klein bedrijf. Daarmee zou ook het ‘level playing field’ worden hersteld met sommige van de ons omringende landen waar de werking van onoverdraagbaarheids- en onverpandbaarheidsbedingen al is beperkt of tenietgedaan.¹¹

In deze bijdrage worden de nieuwe regeling en het overgangsrecht kritisch besproken. Allereerst wordt de nieuwe regeling van art. 3:83 lid 3 BW geanalyseerd (par. 2). In paragraaf 3 wordt vervolgens ingegaan op een aantal uitgezonderde categorieën van geldvorderingen waarvoor de nieuwe regeling niet geldt. In paragraaf 4 wordt het nieuwe vormvoorschrift van een schriftelijke mededeling besproken. Het overgangsrecht komt aan de orde in paragraaf 5. De bijdrage wordt afgerond met een paar concluderende opmerkingen (par. 6).

2 De nieuwe regeling van art. 3:83 lid 3 BW

2.1 Reikwijdte van de regeling

De aanpassingen betreffen allereerst een wijziging van art. 3:83 BW. Na het tweede lid wordt een nieuw lid 3 ingevoegd, dat als volgt luidt:

‘Uitsluiting van de overdraagbaarheid of verpandbaarheid is niet mogelijk als het een geldvordering op naam betreft die voortkomt uit de uitoefening van een beroep of bedrijf. Een beding tussen schuldeiser en schuldenaar dat ertoe

9 Zie HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, JOR 2014/151, r.o. 3.3.2.

10 Zie Kamerstukken II 2019/20, 35482, nr. 2 (VvW).

11 In de toelichting wordt gewezen op Duitsland, Oostenrijk en het Verenigd Koninkrijk. Zie Kamerstukken II 2019/20, 35482, nr. 3, p. 1-2 (MvT). Zie daarnaast Rongen 2012, nrs. 563-570, W.B. Fonville, Naar een nieuwe regeling van cessie- en verpandingsverboden, FIP 2018/361, p. 48 e.v., G.Á.C. Orbán, De Engelse Business Contract Terms (Assignment of Receivables) Regulations 2017, WPNR 2017, afl. 7175, p. 1003-1004 en Beekhoven van den Boezem 2003, p. 191 e.v.

strekt de overdraagbaarheid of verpandbaarheid van een dergelijke geldvordering geheel of gedeeltelijk uit te sluiten dan wel vervreemding of verpanding ervan tegen te gaan, is nietig.’

Ook na de inwerkingtreding van de Wet blijft het uitgangspunt dat de overdraagbaarheid en verpandbaarheid van vorderingen krachtens beding tussen schuldenaar en schuldeiser kunnen worden uitgesloten of beperkt (art. 3:83 lid 2 (jo. art. 3:98) BW). De in dezen bestaande contractsvrijheid blijft vooropstaan. Het tweede lid van art. 3:83 BW blijft ongewijzigd. Uitsluitend teneinde de financieringsmogelijkheden van ondernemingen te verruimen wordt er een beperkte en strikt functionele uitzondering op de contractsvrijheid aangebracht voor wat betreft geldvorderingen op naam die voortkomen uit de uitoefening van een beroep of bedrijf. Met betrekking tot dergelijke vorderingen is het niet meer mogelijk de overdraagbaarheid of verpandbaarheid geheel of gedeeltelijk contractueel uit te sluiten of te beperken, zodat deze vorderingen als onderpand in een financiering kunnen worden ingezet. Hoewel het doel van de Wet is de financieringsmogelijkheden van ondernemingen te vergroten, stelt het nieuwe art. 3:83 lid 3 BW, anders dan het Voorontwerp deed, niet de eis dat het moet gaan om een cessie of verpanding voor ‘financieringsdoeleinden’.¹²

In een aantal opzichten is de uitzondering op het uitgangspunt van art. 3:83 lid 2 BW geclausuleerd.¹³ Ten eerste moet het gaan om ‘geldvorderingen’. Andere vorderingen dan geldvorderingen (zoals vorderingen tot het leveren van een goed of het verrichten van een dienst) vallen niet onder de nieuwe regeling. Volgens de toelichting kan bij een vordering tot het verrichten van een andere prestatie dan het betalen van een geldsom de identiteit van de schuldeiser voor de schuldenaar eerder van belang zijn en zou een dergelijke vordering niet altijd geschikt zijn om te dienen als zekerheid voor kredietverlening. Er zou derhalve geen reden zijn om in te grijpen in de contractsvrijheid.¹⁴

Ten tweede moet het gaan om ‘geldvorderingen *op naam*’. Het nieuwe regime geldt niet voor vorderingen aan toonder of order. Hoewel dit niet voor de hand ligt,¹⁵ is het dus mogelijk de overdraagbaarheid van dergelijke vorderingen met goederenrechtelijke werking te beperken (bijvoorbeeld: alleen overdraagbaar aan een professionele marktpartij).

Ten derde is de nieuwe regeling beperkt tot geldvorderingen op naam die voortkomen ‘uit de uitoefening van een beroep of bedrijf’. Het moet dus gaan om *beroeps- of bedrijfsmatig verkregen* geldvorderingen. Geldvorderingen van *particulieren* die niet beroeps- of bedrijfsmatig handelen, vallen niet onder het nieuwe

12 Dit zogeheten ‘finaliteitscriterium’ is door meerdere respondenten in de consultatie terecht bekritiseerd. Zie voor kritiek ook M.H.E. Rongen, Factoring, in: G.J.L. Bergervoet e.a. (red.), Financiering van de productieketen, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 107 e.v.

13 Zie ook Kamerstukken II 2019/20, 35482, nr. 3, p. 9 e.v. (MvT).

14 Zie Kamerstukken II 2019/20, 35482, nr. 3, p. 10 (MvT).

15 Vorderingen worden immers ‘aan toonder’ of ‘aan order’ gesteld met het oog op hun eenvoudige verhandelbaarheid.

M.H.E. Rongen

regime. Volgens de toelichting is in de praktijk niet gebleken van een noodzaak om een einde te maken aan contractuele afspraken die grootschalige gevolgen kunnen hebben voor de kredietverlening aan particulieren.¹⁶ Uit de toelichting volgt verder dat niet vereist is – anders dan de toelichting bij het Voorontwerp suggereerde¹⁷ – dat ook de *schuldenaar* beroeps- of bedrijfsmatig heeft gehandeld. Geldvorderingen *op* particulieren vallen derhalve onder de nieuwe regeling.¹⁸ Naar mijn mening mag het vereiste van beroeps- of bedrijfsmatig verkregen vorderingen ruim worden geïnterpreteerd. Het gaat niet alleen om geldvorderingen die direct *in* de (strikte) uitoefening van een beroep of bedrijf zijn verkregen – zoals vorderingen tot betaling van de prijs voor geleverde goederen of diensten –, maar ook om geldvorderingen die *ten behoeve van of in verband met* de beroeps- of bedrijfsuitoefening verkregen zijn. Een ruime relatie met de beroeps- of bedrijfsuitoefening volstaat. Zo noemt de toelichting het voorbeeld van een zakelijk aangegane verzekeringsovereenkomst.¹⁹ Ook kan mijns inziens worden gedacht aan schadevergoedingsvorderingen uit wanprestatie of onrechtmatige daad en aan (wettelijke of contractuele) ongedaanmakingsvorderingen ter zake van de ontbinding, opzegging, vernietiging of nietigheid van de onderliggende overeenkomst.²⁰ Een minder ruime interpretatie zou vanwege afbakeningsvragen mogelijk tot rechtsonzekerheid kunnen leiden.

Ten vierde ziet de regeling van het nieuwe derde lid volgens de toelichting enkel op de uitsluiting van overdraagbaarheid en verpandbaarheid. Een beding waarbij schuldenaar en schuldeiser de vestiging van een *recht van vruchtgebruik* uitsluiten, zou gewoon mogelijk blijven.²¹ Hoewel dit in overeenstemming is met het doel van de wetswijziging, volgt strikt genomen uit de schakelbepaling van art. 3:98 BW anders. Op grond van de schakelbepaling is immers al hetgeen in afdeling 3.4.1 BW is bepaald omtrent de overdracht van een goed, waaronder dus ook het nieuwe art. 3:83 lid 3 BW, van overeenkomstige toepassing op de vestiging, overdracht en afstand van een beperkt recht op een zodanig goed. Het nieuwe derde lid staat aldus *wetstechnisch* beschouwd via de schakelbepaling in de weg aan het uitsluiten van de vatbaarheid voor vruchtgebruik. Uit de toelichting blijkt echter dat deze uitleg van art. 3:98 BW niet kan worden gevolgd.²²

16 Zie Kamerstukken II 2019/20, 35482, nr. 3, p. 9 (MvT).

17 Zie de toelichting bij het Voorontwerp, p. 4 en 6-7.

18 Zie Kamerstukken II 2019/20, 35482, nr. 3, p. 9 (MvT).

19 Zie Kamerstukken II 2019/20, 35482, nr. 3, p. 9 (MvT). Ook uit de in het nieuwe lid 4 opgenomen uitzondering voor betaal- en spaarrekeningen volgt dat het vereiste ruim kan worden uitgelegd.

20 Zie echter ook de toelichting op p. 3, waaraan enige twijfel kan worden ontleend: 'Een kernelement daarvan is dat het moet gaan om vorderingen die in het reguliere handelsverkeer, dat wil zeggen in de uitoefening van beroep of bedrijf zijn ontstaan.' Deze passage zou op een meer strikte invulling van het vereiste kunnen duiden.

21 Zie Kamerstukken II 2019/20, 35482, nr. 3, p. 10 (MvT).

22 Met enige goede wil kan worden betoogd dat dit ook indirect (in combinatie met de toelichting) uit de tekst van art. 3:83 lid 3 BW is af te leiden. In de bepaling wordt expliciet verwezen naar de 'verpandbaarheid', hetgeen geleet op de schakelbepaling van art. 3:98 BW niet nodig was geweest. Uit die verwijzing is op te maken dat het derde lid aldus aangeeft dat alleen de overdraagbaarheid en verpandbaarheid niet kunnen worden uitgesloten.

Tot slot geldt het nieuwe regime van het derde lid niet voor een aantal categorieën van geldvorderingen die worden opgesomd in een nieuw art. 3:83 lid 4 BW. Voor de daar genoemde geldvorderingen blijft, vanwege bepaalde zwaarwegend geachte belangen, de mogelijkheid bestaan om de overdraagbaarheid en verpandbaarheid bij beding uit te sluiten of te beperken. Zie paragraaf 3 hierna.

2.2 *Gemiste kans voor een meer principiële benadering van de overdraagbaarheid van vorderingen*

Met betrekking tot de reikwijdte van de nieuwe regeling had naar mijn mening een meer principiële keuze moeten worden gemaakt. Hoewel de beperking tot beroeps- of bedrijfsmatig verkregen geldvorderingen op zichzelf begrijpelijk is, gelet op het doel van de wetswijziging (het verruimen van het kredietpotentieel voor ondernemingen met een beperkte inperking van de bestaande contractsvrijheid), zou naar mijn mening voor *alle* soorten vorderingen moeten gelden dat ze in beginsel niet bij beding in goederenrechtelijke zin onoverdraagbaar of onbezwaarbaar gemaakt kunnen worden.²³ Elk soort vordering kan een belangrijke vermogenswaarde vertegenwoordigen die de rechthebbende, waaronder ook een particulier, te gelde moet kunnen maken door daarover te beschikken. Het uitgangspunt van vrije overdraagbaarheid, zoals dat geldt voor eigendom en beperkte rechten zonder de mogelijkheid van een contractuele uitsluiting daarvan (zie art. 3:83 lid 1 BW), zou mijns inziens ook moeten gelden voor vorderingsrechten.²⁴ Eigendom, beperkte rechten en vorderingen zouden wat betreft hun overdraagbaarheid gelijk moeten worden behandeld. Het kenmerk van overdraagbaarheid van eigendom, beperkte rechten en in beginsel ook vorderingen volgt *dwingend* uit de aard van deze vermogensrechten, hetgeen ook wordt bevestigd door het eerste zinsdeel van art. 3:83 lid 1 BW. Zonder het bepaalde in art. 3:83 lid 2 BW zou de overdraagbaarheid van vorderingen volgens het wettelijk systeem niet contractueel kunnen worden uitgesloten. Ik betwijfel of de in de literatuur gangbare zienswijze,²⁵ dat schuldenaar en schuldeiser in het kader van hun vrijheid om de inhoud van de vordering vast te stellen de vordering de eigenschap van onoverdraagbaarheid kunnen toekennen, wel juist is.²⁶ De overdraagbaarheid van goederen, waaronder ook vorderingen, valt niet binnen het domein van de partijautonomie, behoudens voor zover de wet dat toestaat. Evenmin als de overdraagbaarheid van een vordering volgt uit de partijbedoeling, heeft

23 Zie nader Rongen 2012, nrs. 571-573.

24 Opgemerkt zij dat onder omstandigheden een beroep door de schuldenaar op een onoverdraagbaarheidsbeding in strijd kan zijn met de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) of dat het beding als onredelijk bezwarend kan worden aangemerkt en dus vernietigbaar is, in het bijzonder indien de schuldeiser een consument is (zie art. 6:233 onder a BW). Zie nader, met verwijzing naar jurisprudentie, Rongen 2012, nrs. 580-581 en A.G.F. Ancery, Cessie(verboden), onoverdraagbaarheidsbedingen en de bescherming van betrokken actoren, MvV 2020, afl. 2, p. 66 e.v.

25 Zie noot 3.

26 Ook de Hoge Raad wijst in het arrest Oryx/Van Eesteren wat betreft de mogelijkheid om de overdraagbaarheid van vorderingen uit te sluiten alleen op art. 3:83 lid 2 BW (zie r.o. 3.4.2). In het arrest Van Schaik q.q./ABN Amro (NJ 1994/171) overweegt de Hoge Raad wel dat een beding van niet-overdraagbaarheid de inhoud van de vordering bepaalt (zie r.o. 3.4).

M.H.E. Rongen

de onoverdraagbaarheid daar iets mee van doen.²⁷ Het al dan niet overdraagbaar zijn van vorderingen is een kwestie van goederenrecht en niet van contracten- en verbintenissenrecht. Met eventuele zwaarwegende belangen van de schuldenaar of schuldeiser bij de onoverdraagbaarheid of onbezwaarbaarheid van een vordering kan in voorkomende gevallen rekening worden gehouden door aan te nemen dat de aard van de vordering aan overdracht of bezwaring in de weg staat, of door de overdraagbaarheid of bezwaarbaarheid voor specifieke gevallen bij wet uit te sluiten of te beperken dan wel bij wet aan partijen daartoe de mogelijkheid te bieden (zie het tweede zinsdeel van art. 3:83 lid 1 BW).²⁸ Daarbij moet worden bedacht dat de kosten van het opzetten van een deugdelijke administratie en het verwerken daarin van mededelingen van cessie of verpanding geacht mogen worden tot de normale kosten van een bedrijfsvoering te behoren. En het risico van het ‘over het hoofd zien’ van een mededeling van cessie of verpanding behoort in beginsel tot de normale bedrijfsrisico’s van een onderneming (evenals dat geldt voor andere communicatie).²⁹ In zijn algemeenheid worden de belangen van de schuldenaar voldoende beschermd door de regel dat een cessie of verpanding de schuldenaar pas kan worden tegengeworpen na mededeling³⁰ en, wat betreft zijn recht op verrekening en het voeren van verweren, door art. 6:130 en 6:145 BW. Bovendien kan de schuldenaar in geval van onduidelijkheid aan wie hij moet betalen een beroep doen op het opschortingsrecht van art. 6:37 BW.³¹

2.3 Goederenrechtelijke en verbintenissenrechtelijke bedingen; strekking van het beding om vervreemding of verpanding tegen te gaan

Van belang is te constateren dat niet alleen bedingen waarmee wordt beoogd de overdraagbaarheid of verpandbaarheid van vorderingen in goederenrechtelijke zin uit te sluiten of te beperken door het nieuwe art. 3:83 lid 3 BW worden bestreken – bedingen in de zin van art. 3:83 lid 2 BW die het kenmerk van ‘onoverdraagbaarheid’ of ‘onverpandbaarheid’ aan de vordering toekennen –, maar ook bedingen die uitsluitend of mede verbintenissenrechtelijke werking hebben.³² Elk beding tussen schuldenaar en schuldeiser dat ertoe strekt de overdraagbaarheid of verpandbaarheid geheel of gedeeltelijk uit te sluiten of vervreemding of verpanding tegen te gaan is nietig, aldus het nieuwe lid 3. Het gaat volgens de toelichting om bedingen die overdracht of verpanding ‘direct of indirect’ beogen tegen te gaan.³³ Daarbij

27 Zie nader Rongen 2012, nr. 571.

28 Zie ook hierna in verband met de uitzonderingen genoemd in het nieuwe vierde lid.

29 Wat betreft het risico van ‘dubbele’ betaling acht ik het goed verdedigbaar dat de schuldenaar onder omstandigheden met een beroep op de redelijkheid en billijkheid de bevrijdende werking van een betaling aan de cedent/pandgever kan inroepen tegen de cessionaris/pandhouder, indien de schuldenaar kan aantonen dat hij redelijkerwijs niet in staat was de mededeling van cessie/verpanding tijdig in zijn administratie te verwerken en de onjuiste betaling te voorkomen. Dat is redelijk, aangezien de cessie/verpanding buiten de schuldenaar om plaatsvindt. Zie Rongen 2019, p. 118.

30 Zie art. 3:94 lid 1 en 3, tweede zin, 3:236 lid 2, 3:239 lid 3 en 3:246 lid 1 BW.

31 Zie Rongen 2019, p. 105.

32 Zie Kamerstukken II 2019/20, 35482, nr. 3, p. 7 en 12 (MvT). In het Voorontwerp was dit niet geheel duidelijk, zie de tekst van het Voorontwerp en de toelichting daarbij, p. 8.

33 Zie Kamerstukken II 2019/20, 35482, nr. 3, p. 12 (MvT).

moet vooral worden gedacht aan bedingen die het de schuldeiser *verbieden* om de vordering over te dragen of te verpanden (zonder tevens het kenmerk van ‘onoverdraagbaarheid’ of ‘onverpandbaarheid’ aan de vordering toe te kennen).³⁴ Daarnaast kan worden gedacht aan bedingen die een boete stellen op overdracht of verpanding (eventueel zonder overdracht of verpanding met zoveel woorden te verbieden) of die overdracht of verpanding alleen toestaan onder bepaalde voorwaarden. Ook kan worden gedacht aan een beding dat de schuldenaar het recht geeft om de overeenkomst te ontbinden of op te zeggen als de vordering wordt gecedeerd of verpand, of aan geheimhoudingsclausules die zijn opgenomen met het doel overdracht of verpanding te bemoeilijken.³⁵

Onduidelijk is wanneer van een bepaald beding kan worden aangenomen dat het beding ‘direct of indirect’ het *doel* en daarmee de *strekking* heeft om overdracht of verpanding tegen te gaan. Zo hoeft een geheimhoudingsbeding op zichzelf niet de strekking te hebben om overdracht of verpanding te verhinderen. Een dergelijk beding kan overdracht of verpanding wel bemoeilijken of mogelijk zelfs frustreren. Hetzelfde geldt voor een ‘beding van bevrijdende betaling’, dat wil zeggen een beding waarbij de schuldenaar het recht wordt gegeven om zijn schuld *te allen tijde* bevrijdend te betalen aan zijn oorspronkelijke schuldeiser. Een dergelijk beding bepaalt de inhoud van de vordering en kan zodoende op grond van de ‘nemo plus’-regel ook worden tegengeworpen aan een cessionaris of pandhouder. Evenals een onoverdraagbaarheidsbeding beschermt een beding van bevrijdende betaling het belang van de schuldenaar van een eenduidig betalingsadres.³⁶ Hoewel een dergelijk beding een overdracht of verpanding niet verbiedt, kan het de schuldeiser wel drastisch beperken in zijn financieringsmogelijkheden. Vorderingen die aan een dergelijk beding zijn onderworpen, zijn mogelijk minder geschikt om als onderpand voor een financiering te dienen. Een cessionaris of pandhouder kan er immers niet zeker van zijn dat hij de vordering effectief kan innen.³⁷ Strikt genomen heeft een beding van bevrijdende betaling niet de strekking om overdracht of verpanding tegen te gaan. De verwijzing in de toelichting naar geheimhoudingsbedingen als voorbeeld van een beding dat door het nieuwe lid 3 kan worden getroffen, biedt mogelijk echter een argument voor de stelling

- 34 Tal van tekstuele variaties zijn denkbaar, waarbij de precieze afbakening tussen goederenrechtelijk en (enkel) verbintenisrechtelijk werkende bedingen niet altijd duidelijk is. Zie Rongen 2019, p. 90 e.v. In het arrest Coface/Intergamma oordeelde de Hoge Raad dat de uitleg van cessiebedingen dient te geschieden naar objectieve maatstaven, met inachtneming van de Haviltex-maatstaf. Het uitgangspunt is volgens de Hoge Raad dat een cessiebeding uitsluitend verbintenisrechtelijke werking heeft, tenzij uit de naar objectieve maatstaven uit te leggen formulering daarvan blijkt dat daarmee goederenrechtelijke werking als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW is beoogd. Zie HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, JOR 2014/151, r.o. 3.4.2.
- 35 Zie voor het laatste Kamerstukken II 2019/20, 35482, nr. 3, p. 12 (MvT).
- 36 Zie in verband met dit belang van de schuldenaar ook par. 4 hierna.
- 37 Indien de pandhouder de bank is waarbij de pandgever de betaalrekening aanhoudt waarop de betalingen van de schuldenaar worden ontvangen, hoeft dit niet zonder meer bezwaarlijk te zijn, aangezien de bank/pandhouder de bedragen waarmee de rekening wordt gecrediteerd, kan verrekenen. Zie HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, NJ 1996/471, m.nt. WMK (Mulder q.q./CLBN). Zie nader Rongen 2019, p. 112 e.v.

M.H.E. Rongen

dat ook een beding van bevrijdende betaling nietig is. Duidelijk is dat niet. Teneinde een nieuwe financieringsblokkade als gevolg van 'bedingen van bevrijdende betaling' te voorkomen, zou naar mijn mening in de wet – in art. 3:83 BW of in afdeling 6.1.6 BW³⁸ – moeten worden bepaald dat een dergelijk beding niet aan een cessionaris of pandhouder van een uit beroep of bedrijf voortgekomen geldvordering kan worden tegengeworpen.

2.4 De nietigheidssanctie voor verbintenisrechtelijke bedingen is te streng

Op zichzelf is het terecht dat de nieuwe regeling ook betrekking heeft op bedingen met verbintenisrechtelijke werking. Hoewel dergelijke bedingen een geldige overdracht of verpanding niet verhinderen, kunnen ook deze bedingen – zeker indien ze versterkt zijn met een boetebeding – een belangrijke beperking vormen voor de financieringsmogelijkheden van de schuldeiser.³⁹ Wel meen ik dat de nietigheidssanctie van het nieuwe derde lid te streng is. Algemeen wordt aangenomen dat met *derden* overeengekomen obligatoire vervreemdings- of verpandingsverboden rechtsgeldig zijn. Het feit dat ook dergelijke obligatoir werkende bedingen de vrije verhandelbaarheid van goederen en het kredietpotentieel van ondernemingen kunnen beperken (ook al wordt de goederenrechtelijke overdraagbaarheid niet aangetast), is geen reden om dergelijke bedingen nietig te achten.⁴⁰ Denk aan in leningsdocumentatie opgenomen *anti-disposal*-, *negative pledge*- of *pari passu*-clausules. Ook in de toelichting wordt bevestigd dat de nieuwe regeling geen betrekking heeft op dergelijke bedingen.⁴¹ De regeling ziet op bedingen tussen de schuldenaar en de schuldeiser van de geldvordering en niet op bedingen met derden. Het valt naar mijn mening echter niet goed te rechtvaardigen waarom de schuldeiser wel met een derde rechtsgeldig een vervreemdings- of verpandingsverbod zou kunnen aangaan, maar het hem niet is toegestaan een dergelijke afspraak met zijn schuldenaar te maken. Hoewel de nietigheidssanctie ontegenzeggelijk het voordeel van de eenvoud heeft,⁴² is er mijns inziens sprake van een te ver gaande inperking van de contractsvrijheid. Bij wijze van alternatief zou kunnen worden overwogen, zoals ik eerder heb bepleit,⁴³ om verbintenisrechtelijke bedingen niet nietig te verklaren, maar te bepalen dat de enkele schending van een cessie- of verpandingsverbod⁴⁴ geen grond oplevert om de overeenkomst

38 Getiteld: 'Nakoming van verbintenissen'.

39 De schuldenaar zou een schadevergoedings- of boetevordering die is ontstaan als gevolg van de schending van het beding in verrekening kunnen brengen met de gecedeerde of verpande vordering, ook nadat de cessie of de verpanding aan de schuldenaar is meegedeeld. Beide vorderingen vloeien voort uit dezelfde rechtsverhouding als bedoeld in art. 6:130 lid 1 en 2 BW.

40 Er is geen sprake van nietigheid vanwege strijd met de wet, de openbare orde of goede zeden als bedoeld in art. 3:40 BW. Wel is denkbaar dat de omstandigheden van het geval met zich brengen dat de redelijkheid en billijkheid aan een beroep op het beding in de weg staan (art. 6:248 lid 2 BW).

41 Zie Kamerstukken II 2019/20, 35482, nr. 3, p. 12 (MvT).

42 En daarnaast is de nietigheidssanctie vanwege haar rigourositeit een zeer effectief middel om de financieringsblokkade die door obligatoir werkende cessie- en verpandingsverboden wordt opgeworpen te slechten.

43 Zie Rongen 2019, p. 111-112 en Rongen 2012, nr. 574.

44 Of ruimer: een beding dat de strekking heeft een vervreemding of verpanding tegen te gaan.

waaruit de gecedeerde of verpande geldvordering voortvloeit, te ontbinden of op te zeggen⁴⁵ of om betaling op te schorten,⁴⁶ dan wel een andersoortig betalingsverweer tegen de cessionaris/pandhouder in te roepen. Ook zou kunnen worden bepaald dat de schuldenaar eventuele schadevergoedingsvorderingen of boetes ter zake van de schending van het cessie- of verpandingsverbod niet kan verrekenen met de gecedeerde of verpande vordering.⁴⁷ Eventueel wordt zelfs bepaald dat cessie- en verpandingsverboden niet mogen worden versterkt met boetebedingen of dat de aansprakelijkheid van de cedent/pandgever, ook in geval van een boetebeding, is beperkt tot de werkelijk door de schuldenaar geleden schade.⁴⁸ Deze benadering is vergelijkbaar met de benadering die is gevolgd in de UNCITRAL Model Law on Secured Transactions en het Draft Common Frame of Reference (DCFR), welke regelingen cessie- en verpandingsverboden evenmin nietig verklaren.⁴⁹

Overigens zij opgemerkt dat het gegeven dat met *derden* overeengekomen vervreemdings- of verpandingsverboden rechtsgeldig zijn de mogelijkheid biedt de regeling van het nieuwe art. 3:83 lid 3 BW te omzeilen. Het komt in de praktijk namelijk voor dat een leverancier met de moeder of een groepsmaatschappij van verschillende afnemers binnen een groep de inkoopvoorwaarden uitonderhandelt. Mogelijk verzorgt de betreffende entiteit ook de betalingen van de facturen van de leverancier. De nieuwe regeling staat er niet aan in de weg dat ten gunste van bedoelde entiteit als *derde* een cessie- of verpandingsverbod wordt overeengekomen.

Tot slot, ook in een ander opzicht gaat de nietigheidssanctie te ver. Art. 3:83 lid 3 BW gaat uit van *volledige* nietigheid van elk beding dat ertoe strekt de vervreemding of verpanding van beroeps- of bedrijfsmatig verkregen geldvorderingen tegen te gaan, ook als het beding mede betrekking heeft op andersoortige vorderingen waarvan de overdracht of verpanding wel rechtsgeldig kan worden uitgesloten of beperkt. Hoewel het leerstuk van de conversie in voorkomende gevallen uitkomst kan bieden,⁵⁰ is het beter om te bepalen dat het beding alleen nietig is voor zover het ertoe strekt vervreemding of verpanding van beroeps- of bedrijfsmatig verkregen geldvorderingen tegen te gaan. Indien het beding een ruimere reikwijdte heeft, is er van wetswege slechts sprake van een *partiële* nietigheid. Overigens acht ik het goed verdedigbaar dat art. 3:83 lid 3 BW ook zonder tekstuele aanpassing in deze zin begrepen moet worden.

45 Op grond van de wet (art. 6:265 BW) of op grond van een contractueel ontbindings- of opzeggingsrecht.

46 Overigens is opschorting op grond van art. 6:52 of 6:262 BW niet mogelijk, aangezien niet aan de daarvoor geldende vereisten wordt voldaan.

47 Zie noot 39.

48 Weliswaar kan een boete door de rechter worden gematigd (art. 6:94 BW), maar dit biedt geen zekerheid vooraf.

49 Zie art. 13 lid 2 UNCITRAL Model Law on Secured Transactions en art. III.-5:108 lid 4 jo. art. III.-5:116 lid 2 DCFR.

50 Zie art. 3:42 BW.

M.H.E. Rongen

3 De uitzonderingen van art. 3:83 lid 4 BW

3.1 Een overzicht van de uitgezonderde geldvorderingen

In art. 3:83 lid 4 BW wordt een aantal categorieën geldvorderingen opgesomd waarop de regeling van het derde lid niet van toepassing is. De daar genoemde geldvorderingen kunnen dus wel krachtens beding onoverdraagbaar en/of onverpandbaar worden gemaakt. En ook verbintenisrechtelijk werkende uitsluitingen of beperkingen van de mogelijkheid tot overdracht en verpanding van deze geldvorderingen zijn rechtsgeldig. De uitzonderingen zouden gerechtvaardigd zijn vanwege bepaalde zwaarwegende belangen.⁵¹

- *Geldvorderingen uit betaal- en spaarrekeningen*

Ten eerste is art. 3:83 lid 3 BW niet van toepassing op geldvorderingen uit hoofde van betaal- en spaarrekeningen (art. 3:83 lid 4 onder a BW). Dit zou gerechtvaardigd zijn vanwege het belang van een ongestoord betalingsverkeer. Vrije overdraagbaarheid en verpandbaarheid van saldi van betaal- en spaarrekeningen zouden kunnen leiden tot onduidelijkheid met betrekking tot de vraag aan wie banken tot betaling gehouden zijn, en daarmee tot een verstoring van het betalingsverkeer. De mogelijkheid om de overdraagbaarheid en verpandbaarheid van rekeningsaldi uit te sluiten zou bijdragen aan de borging van een juiste rekening-administratie van banken.⁵² Als 'betaalrekening' kan worden aangemerkt de op naam van een of meer betaaldienstgebruikers aangehouden rekening die voor de uitvoering van betalingstransacties wordt gebruikt.⁵³ Het begrip 'spaarrekening' wordt gebruikt in een ruime, in het spraakgebruik gangbare zin van een tegoed van al dan niet vrij opneembare en tegen een rentevergoeding op een rekening bij een bank staande gelden, waaronder spaar- en termijndeposito's.⁵⁴ De uitzondering sanctioneert de huidige praktijk waarin banken in hun rekeningvoorwaarden de overdraagbaarheid en verpandbaarheid van het rekeningsaldo uitsluiten of afhankelijk stellen van voorafgaande toestemming.

- *Geldvorderingen uit geldleningsovereenkomsten met meerdere geldgevers*

Ten tweede is een uitzondering opgenomen voor geldvorderingen uit een krediet- of geldleningsovereenkomst waarbij aan de kant van de kredietgever meerdere partijen betrokken zijn of zullen zijn (art. 3:83 lid 4 onder b BW). Deze uitzondering is opgenomen met het oog op *syndicated loans* die worden aangegaan op basis van de internationaal gangbare standaarddocumentatie van de Loan Market Association (LMA). De LMA-documentatie bevat een bepaling op grond waarvan de overdracht of verpanding van de kredietvordering afhankelijk kan worden

51 Ten opzichte van het Voorontwerp, dat alleen een uitzondering kende voor geldvorderingen uit betaal- of spaarrekeningen, is het aantal uitgezonderde geldvorderingen naar aanleiding van de reacties op de consultatie uitgebreid. Zie ook J.W.A. Biemans, Goederenrechtelijke aspecten van certificaten, Ondernemingsrecht 2020/127, die pleit voor nog een extra uitzondering voor certificaten op naam uitgegeven door een STAK.

52 Zie Kamerstukken II 2019/20, 35482, nr. 3, p. 10 (MvT).

53 Zie art. 7:514 onder i en 5:126 lid 3 BW (met verwijzing naar art. 1:1 Wft).

54 Aldus: Kamerstukken II 2019/20, 35482, nr. 3, p. 10 (MvT).

gemaakt van toestemming van de leningnemer. De uitzondering heeft tot doel om te voorkomen dat het Nederlandse recht uit de pas gaat lopen met deze internationaal gangbare praktijk. Daarbij is ook rekening gehouden met de praktijk dat een krediet initieel door één leninggever wordt verstrekt, waarna het krediet wordt uitgesyndiceerd aan meerdere kredietgevers.⁵⁵ In de toelichting wordt opgemerkt dat de uitzondering ook van belang kan zijn voor *crowd funding*.⁵⁶ Verder zou mogelijk kunnen worden gedacht aan obligatieleningen (op naam) waarbij meerdere obligatiehouders (kunnen) deelnemen in de uitgifte van de obligatielening.⁵⁷

- *Geldvorderingen uit de afwikkeling van betalings- en effectentransacties*

Op de derde plaats geldt er een uitzondering voor geldvorderingen op een clearinginstelling, een centrale tegenpartij, een afwikkelende instantie, een verrekeningsinstituut of een centrale bank (art. 3:83 lid 4 onder c BW). Deze partijen spelen een centrale rol bij de afwikkeling van betalings- en effectentransacties. Als deze instellingen niet meer gebruik zouden kunnen maken van onoverdraagbaarheids- en onverpandbaarheidsbedingen, dan zou het gevaar bestaan dat een vlotte en efficiënte afwikkeling van betalings- en effectentransacties wordt verstoord doordat het voeren van een deugdelijke administratie door genoemde instellingen wordt bemoeilijkt.⁵⁸

- *Geldvorderingen die op een G-rekening kunnen worden betaald*

De laatste uitzondering houdt verband met het belang van een hoofdaannemer of inlener om bevrijdend te kunnen betalen op een G-rekening teneinde keten- of inleneraansprakelijkheid te voorkomen. Meer precies betreft de uitzondering geldvorderingen die op grond van een overeenkomst als bedoeld in art. 34 lid 3, 35 lid 5 of 35a lid 4 Invorderingswet 1990 (IW 1990) zullen worden betaald op een geblokkeerde rekening van de schuldeiser (de G-rekening) ten behoeve van de betaling van loonbelasting, omzetbelasting en sociale verzekeringspremies. Met de uitzondering is beoogd dat het nieuwe lid 3 geen afbreuk doet aan de huidige praktijk waarbij de vordering krachtens beding onoverdraagbaar en/of onverpandbaar wordt gemaakt teneinde zeker te stellen dat bevrijdend kan worden betaald op de G-rekening. Indien dergelijke geldvorderingen wel zouden kunnen worden gecedeerd of verpand, dan heeft dat in beginsel tot gevolg dat de schulde-

55 Vandaar dat in art. 3:83 lid 4 onder b BW gesproken wordt van een krediet- of geldleningsovereenkomst waarbij aan de kant van de kredietgever meerdere partijen betrokken zijn of *zullen zijn*.

56 Zie Kamerstukken II 2019/20, 35482, nr. 3, p. 11 (MvT), alsmede in verband met de civielrechtelijke vormgeving van de kredietverlening: A.V.J. van Beusekom, De privaatrechtelijke rechtsverhoudingen bij crowdending, NTBR 2020/36.

57 De heersende opvatting lijkt te zijn dat er bij obligatieleningen sprake is van een samenstel van onderling samenhangende leningsovereenkomsten. Zie nader, met verdere verwijzingen, J.J. Prinsen, *Converteerbare obligaties*, Deventer: Kluwer 2004, p. 14 e.v. Er zou dus geen sprake zijn van een meerpartijenkredietovereenkomst tussen de uitgevende instelling en de obligatiehouders. Niettemin meen ik dat voor toepassing van de uitzondering doorslaggevend zou moeten zijn dat de obligaties onderdeel zijn van één en dezelfde obligatielening.

58 Zie nader Kamerstukken II 2019/20, 35482, nr. 3, p. 11 (MvT), alsmede F.E.J. Beekhoven van den Boezem & S. van Hengel, *Wet opheffing verpandingsverboden*, TvI 2018/44, p. 291-292.

M.H.E. Rongen

naar na ontvangst van de mededeling van cessie of verpanding niet meer bevrijdend kan betalen op de G-rekening.⁵⁹ De schuldenaar is dan niet gevrijwaard van het risico van keten- of inleneraansprakelijkheid.

3.2 *Andere invulling van de uitzonderingen voor betaal- en spaarrekeningen en de G-rekening*

Met betrekking tot de uitzonderingen voor betaal- en spaarrekeningen en de G-rekening meen ik dat een meer genuanceerde regeling passend zou zijn.

Bankrekeningsaldi kunnen een belangrijk onderpand zijn voor een financiering. In de praktijk komt het bij (gesyndiceerde) bedrijfsleningen en ook bij (*non-notified*) factoring geregeld voor dat bankrekeningsaldi worden verpand ten behoeve van de financier(s)/factor.⁶⁰ Daarvoor moet dan toestemming worden gevraagd aan de bank waarbij de rekening wordt aangehouden. In veel gevallen is de bank bereid in te stemmen met de verpanding, mogelijk onder behoud van het pandrecht dat zij zelf heeft ter zake van hetgeen zij van de rekeninghouder kan vorderen.⁶¹ Gebruikelijk is dat wordt overeengekomen dat de bank gevolg mag blijven geven aan betaalopdrachten van de rekeninghouder/pandgever totdat de bank door de pandhouder wordt meegedeeld dat sprake is van verzuim van de pandgever (een 'event of default'), waarna de bank nog slechts betaalinstructies van de pandhouder mag opvolgen.⁶² In aansluiting op deze praktijk zou bij wijze van alternatief kunnen worden gekozen voor een regeling waarbij bankrekeningsaldi vrij verpandbaar zijn – de verpandbaarheid kan dus niet worden uitgesloten –, maar waarbij de bank pas gehouden is betaalinstructies van een pandhouder op te volgen nadat de bank door de pandhouder is meegedeeld dat er sprake is van verzuim onder de schuld(en) tot zekerheid waarvan het pandrecht strekt.⁶³ Tot de ontvangst van deze kennisgeving mag de bank betaalopdrachten van de rekeninghouder blijven uitvoeren. De regeling zou kunnen worden beperkt tot zakelijke rekeningen. De extra administratieve lasten die hieruit voor banken voortvloeien, zouden acceptabel moeten zijn, mede afgewogen tegen het belang dat met een vrije verpandbaarheid van bankrekeningsaldi is gemoeid.⁶⁴ Bovendien geldt dat *beslag* op bankrekeningsaldi gewoon mogelijk is. Een in de rekeningvoorwaarden opgenomen onoverdraagbaarheids- en onverpandbaarheidsbeding staat daaraan

59 Hij zal dan enkel bevrijdend kunnen betalen aan de cessionaris of pandhouder.

60 Denk aan een verpanding van de saldi van de bankrekeningen waarop betalingen van verpande of gecedeerde handelsvorderingen binnenkomen.

61 Wellicht beperkt tot de kosten ter zake van het aanhouden van de rekening.

62 Zie de regeling van art. 3:246 lid 4 BW.

63 Zonder dat de bank een onderzoek hoeft in te stellen naar de vraag of er ook werkelijk van verzuim sprake is.

64 Denk aan een financiering waarbij vorderingen aan een financier zijn verpand of gecedeerd en waarbij de financier een pandrecht wenst te verkrijgen op de saldi van de rekeningen van de pandgever/cedent waarop de betalingen van de vorderingen binnenkomen. Iets anders is dat het nog steeds van belang kan zijn dat de financier(s) afspraken maakt (maken) met de bank in verband met een (gedeeltelijke) afstand of achterstelling van het ABV-pandrecht dat de bank zelf op het rekeningsaldo heeft en omtrent afstand of beperking van het contractuele verrekeningsrecht van de bank.

niet in de weg.⁶⁵ Banken zullen beslagen dus in hun rekeningadministratie moeten verwerken. Hiermee is al een zekere administratieve belasting gemoeid. Daarbij moet worden bedacht dat het moment waarop de bank de rekening moet blokkeren vanwege de verpanding ziet op een verzuimsituatie, en dat betreft een situatie waarin de rekening ook zou kunnen worden beslagen.

Wat betreft geldvorderingen die krachtens beding tussen schuldenaar en schuldeiser bevrijdend op een *G-rekening* kunnen worden betaald, hoeft mijns inziens geen uitzondering te worden opgenomen, maar volstaat het te bepalen dat het zogeheten 'G-gedeelte' van de factuur door de schuldenaar te allen tijde bevrijdend kan worden betaald op de overeengekomen rekening. Hiermee is het belang van de schuldenaar (de hoofdaannemer of de inlener) voldoende beschermd. Nadeel van de huidige regeling is dat de betreffende geldvorderingen, indien zij zijn onderworpen aan een onoverdraagbaarheidsbeding, in het geheel niet aangewend kunnen worden als onderpand voor een financieringstransactie (zoals factoring). Als dergelijke geldvorderingen overeenkomstig de nieuwe regeling van art. 3:83 lid 3 BW overdraagbaar zijn, kunnen ze wel in aanmerking komen voor financiering behoudens een afslag ter zake van het deel van de factuur dat op de G-rekening kan worden betaald.

4 Aanpassing van art. 3:94 en 3:239 BW: het vereiste van een schriftelijke mededeling

4.1 *Het belang van een eenduidig betaaladres: geen recht van bevrijdende betaling, maar introductie van een nieuw vormvoorschrift*

Een van de belangen die een schuldenaar kan hebben bij het bedingen van een goederenrechtelijke cessie en/of verpandingsbeding is het creëren van een eenduidig betalingsadres. Doordat de vordering niet kan worden overgedragen en verpand, voorkomt de schuldenaar dat hij mogelijk een mededeling van cessie of verpanding over het hoofd ziet of dat hij aan de verkeerde persoon betaalt omdat een mededeling van cessie of verpanding frauduleus blijkt te zijn. Gelet op dit belang van de schuldenaar is door sommige respondenten in de consultatie voorgesteld om de schuldenaar van een beroeps- of bedrijfsmatig verkregen geldvordering de bevoegdheid toe te kennen zijn schuld, ondanks een hem meegedeelde cessie of verpanding, *bevrijdend te betalen* aan zijn oorspronkelijke schuldeiser.⁶⁶ Dit voorstel is door de wetgever naar mijn mening terecht niet overgenomen. Zoals ik in paragraaf 2.3 al heb opgemerkt, kan een dergelijke bevoegdheid van de schuldenaar de waarde van de geldvordering als object van onderpand in een financiering drastisch beperken. Weliswaar zou de oorspronkelijke schuldeiser (de cedent/pandgever) wettelijk kunnen worden verplicht om ontvangen betalingen af te dragen aan de cessionaris/pandhouder en zouden er wettelijke voor-

65 Zie Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 161 en Parl. Gesch. Boek 3, p. 314, alsmede H.L.E. Verhagen & M.H.E. Rongen, *Cessie* (Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2000, p. 104-105.

66 Zie Kamerstukken II 2019/20, 35482, nr. 3, p. 5 (MvT).

M.H.E. Rongen

zieningen getroffen kunnen worden om de vordering tot afdracht verder te versterken (waaronder bijvoorbeeld een wettelijk pandrecht op het geïnde), maar dergelijke voorzieningen zijn vrij complex en niet zonder meer ook in alle gevallen effectief.⁶⁷ Bovendien zou er volgens de toelichting vanuit het midden- en kleinbedrijf bezwaar tegen bestaan. De oorspronkelijke schuldeiser zou ontvangen betalingen dienen af te scheiden van zijn overige vermogen, hetgeen organisatorisch lastig zou zijn en een relatief grote administratieve belasting met zich zou brengen. Dit is mede de reden geweest waarom de wetgever de suggestie niet heeft opgevolgd.⁶⁸

Toch heeft de wetgever rekening willen houden met de belangen van de schuldenaar. Dit is gedaan door de invoering van een nieuw vormvoorschrift, het vereiste van een *schriftelijke* mededeling.⁶⁹ De mededeling die nodig is voor de totstandkoming van een openbare cessie of verpanding als bedoeld in art. 3:94 lid 1 (jo. art. 3:236 lid 2) BW of de omzetting van een stille cessie of verpanding naar een meegedeelde cessie of verpanding als bedoeld in art. 3:94 lid 3 en 3:239 lid 3 BW dient schriftelijk plaats te vinden voor zover de cessie of verpanding een geldvordering op naam betreft die voortkomt uit de uitoefening van een beroep of bedrijf. Aldus is bepaald in een nieuw vijfde lid van art. 3:94 en 3:239 BW. Volgens de toelichting omvat de notie 'schriftelijk' tevens een mededeling langs elektronische weg.⁷⁰

Met de introductie van een schriftelijkheidsvereiste wordt afgeweken van de hoofdregel van art. 3:37 lid 1 BW, dat verklaringen, waaronder mededelingen, in iedere vorm kunnen geschieden en in een of meer gedragingen besloten kunnen liggen. Hoewel het mijns inziens wenselijk was geweest het schriftelijkheidsvereiste van regelend recht te laten zijn, zodat er met instemming van de schuldenaar van had kunnen worden afgeweken,⁷¹ is het schriftelijkheidsvereiste in de huidige opzet *dwingendrechtelijk* van aard. Het is een *constitutief* vereiste voor een rechtsgeldige mededeling van cessie of verpanding. Voor een openbare cessie of verpanding in de zin van art. 3:94 lid 1 (jo. art. 3:236 lid 2) BW betekent dit dat zonder schriftelijke mededeling er geen overdracht of verpanding van de geldvor-

67 Zie voor een uitwerking van een mogelijke regeling Rongen 2019, p. 114 e.v.

68 Zie Kamerstukken II 2019/20, 35482, nr. 3, p. 5 (MvT).

69 Volgens de toelichting overigens op uitdrukkelijk verzoek van het betrokken bedrijfsleven. Zie Kamerstukken II 2019/20, 35482, nr. 3, p. 13 (MvT).

70 Zie Kamerstukken II 2019/20, 35482, nr. 3, p. 13 (MvT), onder verwijzing naar art. 6:227a lid 1 BW en Kamerstukken I 2003/04, 28483, C, p. 1-2.

71 Het nieuwe vormvoorschrift dient immers enkel als compensatie voor het wegvallen van de mogelijkheid voor *de schuldenaar* om de onoverdraagbaarheid van de vordering te bedingen. Daarom zou mijns inziens met instemming van de schuldenaar van het schriftelijkheidsvereiste moeten kunnen worden afgeweken. Indien van het schriftelijkheidsvereiste kan worden afgeweken, zou dat de mogelijkheid openen voor schuldenaar en schuldeiser om tevoren overeen te komen dat bepaalde voor de schuldenaar kenbare verklaringen, gedragingen of gebeurtenissen (die zich in het kader van een bepaalde transactie of handelsrelatie voordoen) door de schuldenaar dienen te worden opgevat als een tot hem gerichte mededeling van cessie of verpanding. Zie art. 3:37 lid 1 en 3 BW. Een dergelijke afspraak is met de introductie van het schriftelijkheidsvereiste niet (meer) mogelijk.

dering plaatsvindt. In geval van een omzetting van een stille cessie of verpanding als bedoeld in art. 3:94 lid 3 en 3:239 lid 3 BW betekent het dat zonder schriftelijke mededeling de cessionaris of pandhouder niet inningsbevoegd wordt. De schuldenaar mag (en moet) bevrijdend betalen aan zijn oorspronkelijke schuldeiser.

4.2 Geldt het schriftelijkheidsvereiste ook voor vruchtgebruik en de uitgezonderde geldvorderingen van art. 3:83 lid 4 BW?

In de huidige opzet van de regeling volgt uit de schakelbepaling van art. 3:98 BW en het nieuwe art. 3:94 lid 5 BW dat het schriftelijkheidsvereiste ook geldt voor de vestiging van een recht van vruchtgebruik op een beroeps- of bedrijfsmatig verkregen geldvordering. Dat lijkt echter niet de bedoeling van de wetgever te zijn, getuige de opmerking in de toelichting dat het mogelijk blijft om de bezwaarbaarheid met vruchtgebruik uit te sluiten,⁷² en het gegeven dat het schriftelijkheidsvereiste dient als compensatie voor het nieuwe art. 3:83 lid 3 BW. Hetzelfde geldt trouwens voor de in art. 3:83 lid 4 BW uitgezonderde categorieën van geldvorderingen. Volgens de huidige formulering van de nieuwe leden 5 van art. 3:94 en 3:239 BW geldt het schriftelijkheidsvereiste ook voor deze geldvorderingen. Ook dat is waarschijnlijk niet de bedoeling van de wetgever geweest.

4.3 Het vormvoorschrift van een schriftelijke mededeling is misplaatst en arbitrair

Hoewel het schriftelijkheidsvereiste voor de (financierings)praktijk niet bezwaarlijk is,⁷³ had het vereiste naar mijn mening achterwege gelaten moeten worden. Er is mijns inziens onvoldoende rechtvaardiging voor de invoering van dit nieuwe vormvoorschrift. Het voorschrift dient geen redelijk doel. Ten eerste is het in de praktijk in de meeste gevallen al gebruikelijk om een mededeling van cessie of verpanding schriftelijk te doen, zodat het niet nodig is dit wettelijk verplicht te stellen. Het vormvereiste biedt een schuldenaar zodoende geen enkele extra bescherming tegen het wegvallen van de mogelijkheid om de onoverdraagbaarheid of onverpandbaarheid van de geldvordering te bedingen. Het is een wassen neus. Ten tweede is er geen goede reden om het vormvoorschrift alleen te stellen voor bedrijfsmatig verkregen geldvorderingen en niet voor andersoortige vorderingen. Waarom zou de mededeling van cessie of verpanding van een vordering tot levering van een portefeuille waardevolle effecten vormvrij kunnen geschieden, terwijl de mededeling van cessie of verpanding van een bedrijfsmatig verkregen geldvordering schriftelijk moet plaatsvinden? Hetzelfde kan men zich afvragen met betrekking tot een cessie of verpanding van een geldvordering door een particulier. Het belang van de schuldenaar bij een eenduidig betalingsadres speelt bij de cessie/verpanding van alle soorten vorderingen en ook bij andere vormen van *overgang* van vorderingen, zoals subrogatie. Bovendien wordt het belang van de schuldenaar bij een eenduidig betalingsadres voldoende beschermd door (1) de regel dat pas sprake is van een mededeling van cessie/verpanding

⁷² Zie par. 2.1 hiervoor.

⁷³ Zie echter hetgeen is opgemerkt in noot 71.

M.H.E. Rongen

indien de schuldenaar de mededeling redelijkerwijs zo heeft moeten begrijpen,⁷⁴ (2) het gegeven dat de cessionar/pandhouder, indien nodig, zal moeten bewijzen dat de cessie/verpanding de schuldenaar is meegedeeld, (3) het bepaalde in art. 6:34 BW, dat onder omstandigheden met zich kan brengen dat een betaling aan de cedent/pandgever bevrijdend is omdat de schuldenaar gegeven de omstandigheden (waaronder de wijze en het moment waarop en de omstandigheden waaronder de mededeling heeft plaatsgevonden) de cedent/pandgever nog steeds als zijn schuldeiser mocht beschouwen of als iemand aan wie uit anderen hoofde betaald moest worden, en (4) het bepaalde in art. 6:37 BW, dat de schuldenaar onder omstandigheden de bevoegdheid geeft om betaling op te schorten.⁷⁵ Daarnaast is er mijns inziens geen reden om de schuldenaar bescherming te bieden, indien uit de omstandigheden blijkt dat het voor hem duidelijk was dat hem een cessie of verpanding was meegedeeld.⁷⁶ Het feit dat het schriftelijkheidsvereiste is bedoeld als een compensatie voor het wegvallen van de mogelijkheid om een cessie- of verpandingsverbod te bedingen voor beroeps- en bedrijfsmatig verkregen geldvorderingen, terwijl die mogelijkheid voor andersoortige vorderingen blijft bestaan, doet mijns inziens aan het voorgaande niet af.

4.4 De aanwijzing door de schuldenaar van een centraal (e-mail)adres

Een interessante kwestie, tot slot, betreft het volgende. In de toelichting wordt opgemerkt dat de schuldenaar een centraal (e-mail)adres kenbaar kan maken waar de mededeling van cessie of verpanding naartoe gestuurd kan worden, bijvoorbeeld op de bedrijfswebsite of bij het Handelsregister.⁷⁷ Dit roept de vraag op of de schuldenaar *eenzijdig* (en dwingend en met derdenwerking) kan voorschrijven op welk (e-mail)adres hij mededelingen van cessie en verpanding wenst te ontvangen, met dien verstande dat als de schriftelijke mededeling de schuldenaar op een andere manier bereikt er geen sprake is van een rechtsgeldige mededeling van cessie of verpanding en de schuldenaar de mededeling dus mag negeren. Naar mijn mening ligt het niet in de macht van de schuldenaar om dit eenzijdig te bepalen. Daarvoor bieden het nieuwe art. 3:94 lid 5 en 3:239 lid 5 BW geen grondslag.⁷⁸ Uit art. 3:37 lid 3 BW volgt dat de schriftelijke mededeling van cessie of verpanding werking heeft zodra de mededeling de schuldenaar heeft bereikt. Uit deze bepaling volgt dat de mededeling kan worden gestuurd naar elk adres waarvan de verzender redelijkerwijs mag aannemen dat de schuldenaar daar kan worden bereikt.⁷⁹ De eenzijdige aanwijzing door de schuldenaar van een centraal (e-mail)adres betekent slechts dat daarmee duidelijk is dat de schuldenaar op dat adres kan worden bereikt. Het verhindert niet dat een mededeling van ces-

74 Zie Rongen 2012, nr. 452.

75 Zie in samenhang hiermee over de vraag wanneer de schuldenaar mag of moet uitgaan van de juistheid van een ontvangen mededeling van cessie/verpanding, mede in verband met het risico van frauduleuze mededelingen, Rongen 2012, nrs. 475-477.

76 Zie Rongen 2019, p. 110-111.

77 Zie Kamerstukken II 2019/20, 35482, nr. 3, p. 13 (MvT).

78 Ook uit de betreffende passage in de toelichting is niet af te leiden dat de schuldenaar het centrale (e-mail)adres eenzijdig en dwingend zou kunnen voorschrijven.

79 Vgl. HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4104, NJ 2013/391.

sie of verpanding ook naar een ander adres kan worden verzonden als aannemelijk is dat de schuldenaar ook op dat andere adres te bereiken is. De conclusie wordt mogelijk deels anders (zie ook hierna) indien de schuldenaar met zijn schuldeiser (cedent/pandgever) *overeenkomt* dat mededelingen van cessie of verpanding naar een bepaald (e-mail)adres gestuurd *moeten* worden. Van het bepaalde in art. 3:37 lid 3 BW kan immers bij overeenkomst worden afgeweken.⁸⁰ Een cessionaris of pandhouder is als derde echter niet gebonden aan het beding. Het beding zou dus enkel relevant kunnen zijn voor een door de cedent/pandgever (de oorspronkelijke schuldeiser) te verrichten mededeling van cessie/verpanding, maar niet voor een mededeling die wordt gedaan door de cessionaris/pandhouder.

Vanuit goederenrechtelijk oogpunt is het echter de vraag of door een beding tussen schuldenaar en schuldeiser nadere invulling kan worden gegeven aan de goederenrechtelijke leverings- en vestigingsvoorschriften voor een overdracht of verpanding van vorderingen met betrekking tot het geval dat de mededeling van cessie/verpanding uitgaat van de schuldeiser (cedent/pandgever). Naar mijn mening is dat niet mogelijk. De voorschriften van art. 3:94 en 3:239 BW zijn van dwingendrechtelijke aard. Weliswaar zijn de vorm en de wijze waarop mededeling van cessie/verpanding kan worden gedaan, onderworpen aan het bepaalde in art. 3:37 BW en staat deze bepaling op zichzelf contractuele afwijkingen toe, maar mijns inziens geldt de mogelijkheid van contractuele afwijkingen niet voor een mededeling van cessie of verpanding, omdat daarmee goederenrechtelijke gevolgen worden beoogd. De absolute werking van het goederenrecht verlangt rechtszekerheid. Derden, waaronder de cessionaris/pandhouder, moeten erop kunnen vertrouwen dat als mededeling van cessie is gedaan overeenkomstig de hoofdregels van art. 3:37 BW de mededeling rechtsgeldig is verricht en rechtsgevolg heeft. Wat betreft de cessie- en vestigingsvoorschriften zijn afwijkingen of nadere invullingen slechts mogelijk indien de wet dat bepaalt, zoals met betrekking tot de vorm van een mededeling van cessie is geschied in het nieuwe art. 3:94 lid 5 en 3:239 lid 5 BW.⁸¹ Een ander oordeel zou impliceren dat een cessionaris/pandhouder een onderzoek zou moeten instellen naar de onderliggende rechtsverhouding tussen schuldenaar en schuldeiser (en deze in geval van een periodieke cessie of verpanding ook zou moeten blijven monitoren) om met zekerheid te kunnen vaststellen op welke wijze mededeling van cessie of verpanding moet worden gedaan. Dat is mijns inziens onwenselijk en kan ook kostenverhogend werken vanwege de due diligence die moet worden verricht.

Het voorgaande is niet zonder praktisch belang. Denk aan de praktijk, zoals die wel bij *notified factoring* gevolgd wordt, waarbij de mededeling van cessie of verpanding wordt opgenomen in de factuur die aan de schuldenaar wordt gestuurd.

80 Zie Van Cassel-van Zeeland, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:37 BW, aant. 4.5 en vgl. Asser/Sieburgh 6-III 2018/184.

81 Zie voor een voorbeeld van een andersoortige beperking art. 7:971 BW, waaruit volgt dat een *stille* verpanding overeenkomstig art. 3:239 BW van vorderingen uit een sommenverzekering niet mogelijk is.

M.H.E. Rongen

Als het adres waar de factuur naartoe moet worden gestuurd een ander adres is dan het door de schuldenaar (in de overeenkomst met de schuldeiser) voor de mededeling van cessie/verpanding aangewezen (e-mail)adres, is hetgeen hiervoor is besproken relevant en kan het, afhankelijk van welke benadering juist is, uitmaken of de mededeling in de factuur mede namens de cessionaris/pandhouder wordt gedaan of niet.⁸²

Een andere vraag is nog of een beding waarin de schuldenaar een centraal (e-mail)adres aanwijst dat voor mededelingen van cessie/verpanding gebruikt moet worden, is aan te merken als een beding dat cessie of verpanding tegengaat als bedoeld in art. 3:83 lid 3 BW en derhalve nietig is.⁸³ Strikt genomen is dat niet zo, maar een dergelijk beding kan een cessie of verpanding in bepaalde transactiestructuren (waar bijvoorbeeld gewerkt wordt met een mededeling op de factuur) mogelijk wel bemoeilijken (zeker als er ook een boete op de schending van het beding wordt gesteld). Daar kan tegen worden ingebracht dat het beding eraan bijdraagt dat de schuldenaar duidelijkheid heeft omtrent het betaaladres en dat het beding gelet op de ratio van het schriftelijkheidsvereiste derhalve geoorloofd is. Ik ben geneigd de vraag in beginsel ontkennend te beantwoorden.

5 Het overgangsrecht van art. 85a OW

5.1 *Onmiddellijke werking, maar met een overgangstermijn (uitgestelde werking) voor bestaande bedingen*

In de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek (hierna: OW) wordt een nieuw art. 85a ingevoegd, dat als volgt luidt:

‘De nietigheid, bedoeld in artikel 83, derde lid, tweede zin, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek geldt, in afwijking van artikel 79, voor bestaande bedingen vanaf drie maanden na het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet opheffing verpandingsverboden.’

De bepaling betreft een uitzondering op het uitgangspunt van art. 79 OW dat, tenzij anders is bepaald, een rechtshandeling die is verricht voordat een bepaling van Boek 3 tot en met 10 BW daarop van toepassing wordt, niet nietig of vernietigbaar wordt als gevolg van een omstandigheid die de betreffende bepaling, in tegenstelling tot het tevoren geldende recht, aanmerkt als een grond van nietigheid of vernietigbaarheid. Voor het nieuwe art. 3:83 lid 3 BW zou dit betekenen (althans voor zover het verbintenisrechtelijk werkende bedingen betreft, zie

82 Als de mededeling (mede) namens de cessionaris/pandhouder wordt gedaan, zou de mededeling in ieder geval rechtsgeldig zijn, aangezien de cessionaris/pandhouder als derde niet gebonden is aan een tussen de schuldenaar en schuldeiser overeengekomen beding waarin een bepaald adres voor de ontvangst van de mededeling dwingend is voorgeschreven. Daarbij moet worden bedacht dat een cessie/verpanding aan de schuldenaar kan worden meegedeeld door zowel de cedent/pandgever als de cessionaris/pandhouder.

83 Ontkennend: M.J. Sturm, *Drafting tips & skills: het wetsvoorstel opheffing verpandingsverboden*, ORP 2020/120.

hierna) dat de daarin opgenomen nietigheidsgrond zonder aanpassing van het overgangsrecht niet zou gaan gelden voor bedingen in reeds vóór de inwerking-treding van de Wet gesloten overeenkomsten. Volgens de toelichting zou het gelet op het uitgangspunt van art. 79 OW zelfs mogelijk zijn om door een snelle tussentijdse aanpassing de looptijd van bestaande overeenkomsten voor bepaalde of zelfs onbepaalde tijd te verlengen, waardoor het doel van de Wet (het beschikbaar maken van bedrijfsmatig verkregen geldvorderingen als onderpand voor een financiering) zou kunnen worden gefrustreerd.⁸⁴ Daarom bepaalt art. 85a OW dat de nietigheidsgrond van het nieuwe art. 3:83 lid 3 BW, in afwijking van art. 79 OW, ook gaat gelden voor ten tijde van de inwerkingtreding van de Wet bestaande bedingen. Daarmee zou recht worden gedaan aan het dwingende karakter van de nieuwe regeling en de economische onwenselijkheid van cessie- en verpandingsverboden.⁸⁵

Wel is er voor *bestaande* bedingen gekozen voor een overgangstermijn van drie maanden (uitgestelde werking) teneinde marktpartijen de tijd te geven te anticiperen op de nieuwe regeling. Concreet betekent dit dat de nietigheidssanctie van art. 3:83 lid 3, tweede zin, BW voor ná de inwerkingtreding van de Wet gesloten bedingen *meteen* gaat gelden, terwijl voor al bestaande bedingen de nietigheidssanctie drie maanden na de inwerkingtreding van toepassing wordt, en dan uitsluitend voor de toekomst. Dat laatste impliceert dat beroeps- of bedrijfsmatig verkregen geldvorderingen na ommekomst van de driemaandstermijn in weerwil van een bestaand andersluidend (goederenrechtelijk) beding vrij overdraagbaar en verpandbaar zijn en dus vanaf dat moment rechtsgeldig kunnen worden gecedeerd of verpand. Dat geldt ook voor vorderingen die na het verstrijken van de driemaandstermijn door de cedent/pandgever zijn verkregen, maar al voor het verlopen van de termijn *bij voorbaat* zijn gecedeerd/verpand. Op het moment van verkrijging zijn de vorderingen immers niettegenstaande een andersluidend beding overdraagbaar of verpandbaar, zodat de eerdere cessie/verpanding bij voorbaat effect sorteert.⁸⁶ De schuldenaar zal in de huidige opzet van het overgangsrecht dus ook rekening moeten houden met een mededeling van cessie/verpanding die hij al voor het verstrijken van de termijn (en mogelijk al ver voor de inwerkingtreding van de Wet) heeft ontvangen, voor zover die mededeling ziet op een cessie/verpanding bij voorbaat van na de overgangstermijn ontstane vorderingen.⁸⁷ Ik vraag me af of dat gelet op de gerechtvaardigde belangen van de schuldenaar wel wenselijk is, zie paragraaf 5.3 hierna.

84 Zie Kamerstukken II 2019/20, 35482, nr. 3, p. 14 (MvT).

85 Aldus Kamerstukken II 2019/20, 35482, nr. 3, p. 14 (MvT).

86 Op het moment dat de vordering door de cedent/pandgever wordt verkregen, moet aan de vereisten voor een rechtsgeldige overdracht of verpanding zijn voldaan (zie art. 3:83, 3:84 en 3:98 BW). Als de vordering wordt verkregen na het verstrijken van de driemaandstermijn is de vordering op dat moment overdraagbaar/verpandbaar, zodat een cessie/verpanding mogelijk is.

87 Bijv. een mededeling inhoudende dat alle bestaande en toekomstige vorderingen van de schuldeiser op de schuldenaar uit hoofde van een bepaalde handelsrelatie aan een financier zijn verpand of gecedeerd.

M.H.E. Rongen

Met betrekking tot ten tijde van de inwerkingtreding van de Wet bestaande maar uitsluitend *verbintenisrechtelijk* werkende bedingen geldt dat het verstrijken van de overgangstermijn in beginsel geen afbreuk doet aan de reeds ingetreden rechtsgevolgen van een schending van het beding die daarvoor al heeft plaatsgevonden, waaronder bijvoorbeeld het verbeurd zijn van een boete.⁸⁸

Overigens is het opvallend dat art. 85a OW enkel betrekking heeft op de nietigheidssanctie van de *tweede zin* van het nieuwe art. 3:83 lid 3 BW. De overgangstermijn van drie maanden geldt kennelijk niet voor het bepaalde in de *eerste zin*, te weten dat uitsluiting van de overdraagbaarheid of verpandbaarheid niet mogelijk is als het een beroeps- of bedrijfsmatig verkregen geldvordering betreft. Art. 3:83 lid 3, eerste zin, BW heeft op grond van art. 68a OW onmiddellijke werking vanaf de inwerkingtreding van de Wet. Voor goederenrechtelijk werkende bedingen in de zin van art. 3:83 lid 2 BW is het niet nodig – anders dan art. 3:83 lid 3, tweede zin, BW overigens wel doet – te bepalen dat ze nietig zijn. Het gevolg van de inwerkingtreding van art. 3:83 lid 3, *eerste zin*, BW is eenvoudigweg dat bestaande goederenrechtelijke bedingen vanaf dat moment geen goederenrechtelijk effect meer sorteren als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW.⁸⁹ Krachtens beding niet-overdraagbare vorderingen zouden dus door de inwerkingtreding van art. 3:83 lid 3, eerste zin, BW overdraagbaar en verpandbaar worden overeenkomstig de hoofdregel van art. 3:83 lid 1 BW⁹⁰ en niet pas na het verstrijken van de overgangstermijn van drie maanden. Gelet op de ratio van art. 85a OW – het bieden van een overgangstermijn teneinde partijen de mogelijkheid te geven te anticiperen op de nieuwe regeling – is het echter duidelijk dat dit niet de bedoeling van de wetgever is. Het verdient dan ook aanbeveling de redactie van art. 85a OW aan te passen, zodat duidelijk is dat het gehele art. 3:83 lid 3 BW wat betreft bestaande bedingen pas drie maanden na inwerkingtreding van de Wet gaat gelden. Overigens meen ik dat ook zonder een redactionele aanscherping de bepaling overeenkomstig haar ratio moet worden uitgelegd.

Tot slot zij opgemerkt dat art. 85a OW ook niets bepaalt omtrent het *schriftelijkheidsvereiste* van het nieuwe art. 3:94 lid 5 en 3:239 lid 5 BW. Krachtens art. 68a OW hebben deze bepalingen onmiddellijke werking. De overgangstermijn van drie maanden geldt hier dus niet. Het nieuwe vormvoorschrift voor de mededeling van cessie of verpanding geldt vanaf de inwerkingtreding van de Wet.

88 Afhankelijk van de overige omstandigheden is het echter denkbaar dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in de weg staat aan het inroepen van het beding door de schuldenaar juist vanwege de (aanstaande) inwerkingtreding van de Wet (zie art. 6:248 lid 2 BW). In geval van een verbeurde boete is er wellicht voor de rechter eerder reden om de boete te matigen (art. 6:94 BW).

89 In gelijke zin: F.M.J. Verstijlen, De Wet opheffing verpandingsverboden, WPNR 2018, afl. 7203, p. 577.

90 Anders dan Stein en Tweehuysen lijken te menen, is voor het overdraagbaar worden van de vordering niet nodig dat de Wet terugwerkende kracht heeft tot het moment waarop de vordering was ontstaan (welke terugwerkende kracht de Wet niet heeft). Zie D.F.H. Stein & V. Tweehuysen, Overgangsrecht in het Voorontwerp 'Wet afschaffing verpandingsverboden', WPNR 2018, afl. 7204, p. 608.

5.2 *Geen bekrachtiging van een eerdere ongeldige overdracht of verpanding*

De vraag komt op of een (aanvankelijk ongeldige) cessie of verpanding van een *bestaande* onoverdraagbare of onverpandbare geldvordering die heeft plaatsgevonden vóór de inwerkingtreding van de Wet of het verstrijken van de drie maandenstermijn wordt bekrachtigd op grond van art. 3:58 BW, omdat een voor de overdracht of verpanding ontbrekend vereiste (te weten de overdraagbaarheid of verpandbaarheid van de vordering) na het verstrijken van de overgangstermijn alsnog wordt vervuld. Het antwoord luidt ontkennend⁹¹ vanwege het bepaalde in art. 69 onder a en e OW,⁹² waaruit volgt dat de inwerkingtreding van het nieuwe art. 3:83 lid 3 BW (en het verstrijken van de overgangstermijn) geen vorderingsrechten op een ander doet overgaan⁹³ en niet tot gevolg heeft dat een vordering met een beperkt recht (een pandrecht) wordt belast.⁹⁴ Een ander oordeel zou ook onwenselijk zijn voor de schuldenaar, omdat hij dan gedwongen zou kunnen worden om na te gaan of hij ter zake van nog niet betaalde facturen in het verleden een mededeling van cessie of verpanding heeft ontvangen, welke mededeling hij wellicht niet in zijn administratie heeft verwerkt juist vanwege zijn vertrouwen op de werkzaamheid van het onoverdraagbaarheidsbeding. Bekrachtiging zou in feite met zich brengen dat de inwerkingtreding van de Wet terugwerkende kracht heeft.⁹⁵

5.3 *Houdt het overgangsrecht voldoende rekening met de gerechtvaardigde belangen van de schuldenaar?*

De schuldenaar zal de overeenkomst waaruit de geldvordering op hem voortvloeit, zijn aangegaan in het gerechtvaardigde vertrouwen dat een goederenrechtelijk cessie- en/of verpandingsbeding⁹⁶ werkzaam is. Het is de vraag of dat vertrouwen door het huidige art. 85a OW niet te zeer wordt beschaamd en of de overgangstermijn van drie maanden daarvoor wel een voldoende compensatie is. De vraag of het overgangsrecht in een ruimere mate recht zou moeten doen aan het gerechtvaardigde vertrouwen van de schuldenaar op de werkzaamheid van een bestaand onoverdraagbaarheidsbeding, is vooral een rechtspolitieke kwestie.

91 Zo ook, maar op andere (mijns inziens onjuiste) gronden: Stein & Tweehuysen 2018, p. 608 en kennelijk daarmee instemmend Asser/Van Mierlo & Krzeminski 3-VI 2020/25a.

92 Daarbij komt dat bekrachtiging ex art. 3:58 BW enkel plaatsvindt als alle onmiddellijk belanghebbenden die zich op het gebrek (in casu de onoverdraagbaarheid of onverpandbaarheid) hadden kunnen beroepen, in de tussenliggende tijd de overdracht of verpanding als rechtsgeldig hebben aangemerkt (zie art. 3:58 lid 1 BW). Wat betreft de schuldenaar – die een onmiddellijk belanghebbende is – zal dat in beginsel niet kunnen worden aangenomen.

93 Zie Parl. Gesch. Overgangsrecht (Inv. 3, 5 en 6), p. 38 en 43.

94 Uit art. 81 lid 1 OW volgt niet anders. Toepassing van art. 81 OW zou vereisen dat de onder het oude recht (vanwege de onoverdraagbaarheid en/of onverpandbaarheid) ongeldige overdracht of verpanding (de nietige rechtshandeling als bedoeld in art. 81 OW) voldeed aan de eisen die het nieuwe recht aan een geldige overdracht of verpanding stelt. In casu is de bepaling naar haar aard niet toepasselijk. De Wet verandert immers niets aan de eisen die voor een geldige overdracht of verpanding van vorderingen gelden, waaronder de eis van overdraagbaarheid/verpandbaarheid.

95 Uitgangspunt is dat een regeling slechts terugwerkende kracht wordt verleend, indien daarvoor een bijzondere reden bestaat. Zie Aanwijzingen voor de regelgeving, Stcrt. 2017/69426, Ar 5.62.

96 Een beding in de zin van art. 3:83 lid 2 (jo. art. 3:98) BW.

M.H.E. Rongen

Moet wellicht een langere overgangstermijn worden gehanteerd (mede gelet op de tijd die gemoeid is met de noodzakelijke aanpassingen in ICT-systemen)? Of zou de bescherming van het gerechtvaardigd vertrouwen van de schuldenaar nog verder moeten gaan, bijvoorbeeld door een *eerbiediging* van bestaande bedingen voor zover ze betrekking hebben op (bestaande en toekomstige) geldvorderingen die hun *directe ontstaansbron* vinden in ten tijde van de inwerkingtreding van de Wet al *bestaande* overeenkomsten? Met betrekking tot bestaande bedingen in bijvoorbeeld raamovereenkomsten zou de nieuwe regeling dan enkel gaan gelden voor geldvorderingen uit overeenkomsten die de schuldenaar na de inwerkingtreding van de Wet onder de raamovereenkomst aangaat.⁹⁷ Men zou echter kunnen menen dat de financieringsbelangen van de schuldeiser zwaarder dienen te wegen⁹⁸ en dat met de belangen van de schuldenaar ook op andere wijze voldoende rekening kan worden gehouden, bijvoorbeeld door te bepalen dat de schuldenaar geldschulden uit al bestaande (duur)overeenkomsten *te allen tijde* bevrijdend kan betalen aan zijn oorspronkelijke schuldeiser (de cedent/pandgever), en dat hij kan verrekenen en verweren kan voeren ongeacht of de geldvordering na de inwerkingtreding van de Wet wordt overgedragen of verpand.⁹⁹

In één opzicht dient art. 85a OW naar mijn mening in ieder geval te worden gewijzigd. Met betrekking tot geldvorderingen die worden beheerst door ten tijde van de inwerkingtreding van de Wet *bestaande* onoverdraagbaarheidsbedingen zou de schuldenaar mijns inziens alleen rekening moeten hoeven houden met mededelingen van cessie en verpanding die hij *na* het verstrijken van de overgangstermijn ontvangt. Voor het verstrijken van de termijn mocht hij mededelingen van cessie of verpanding immers negeren in vertrouwen op de werkzaamheid van het beding. Zoals vermeld heeft de schuldenaar er belang bij dat hij niet gedwongen wordt om na te gaan of hij ter zake van nog niet betaalde facturen in het verleden wellicht een mededeling van cessie of verpanding heeft ontvangen, welke mededeling hij mogelijk vanwege zijn vertrouwen in het onoverdraagbaarheidsbeding

- 97 In de raamovereenkomst zijn de voorwaarden neergelegd waaronder partijen van tijd tot tijd met elkaar overeenkomsten kunnen of zullen aangaan (denk aan een handelsrelatie waarbij periodiek goederen worden verkocht en geleverd). Opgemerkt zij dat het risico dat in de toelichting wordt gesignaleerd (p. 14), dat een (machtige) schuldenaar mogelijk zal proberen de nieuwe regeling te frustreren door vóór de inwerkingtreding van de Wet de raamovereenkomst (voor mogelijk onbepaalde tijd) te verlengen, zich in de hier geschetste invulling van het overgangsrecht niet voordoet. Het beding wordt immers alleen geëerbiedigd met betrekking tot al onder de raamovereenkomst gesloten overeenkomsten.
- 98 Aldus Kamerstukken II 2019/20, 35482, nr. 3, p. 14 (MvT). De financieringsbelangen van de schuldeiser zullen vooral zwaarder kunnen gaan wegen indien de geldvorderingen voortvloeien uit een ten tijde van de inwerkingtreding van de Wet bestaande *duurovereenkomst* die mogelijk zelfs voor onbepaalde tijd is aangegaan (denk aan een huurovereenkomst).
- 99 Echter, zoals in par. 2.3 al is vermeld, kan een bevoegdheid tot bevrijdende betaling de waarde van de geldvorderingen als onderpand voor een financiering (afhankelijk van het type financiering) drastisch beperken, zodat de financieringsbelangen van de schuldeiser nog steeds zwaarder zouden moeten wegen.

niet in zijn administratie/betaalsysteem heeft verwerkt.¹⁰⁰ Vanwege de voor de schuldenaar wenselijke rechtszekerheid dient het overgangsrecht met dit belang rekening te houden. Dat kan door aan het bepaalde in art. 3:85a OW toe te voegen (eventueel in een afzonderlijk lid) dat de schuldenaar in geval van een ten tijde van de inwerkingtreding van de Wet bestaand goederenrechtelijk beding een vóór het verstrijken van de overgangstermijn (bij voorbaat) ontvangen mededeling van cessie of verpanding niet kan worden tegengeworpen, in die zin dat de schuldenaar zonder meer bevrijdend kan blijven betalen aan zijn oorspronkelijke schuldeiser, ook al zou er als gevolg van de inwerkingtreding van de Wet sprake kunnen zijn van een geldige overdracht of verpanding.¹⁰¹ Slechts door de cessie of verpanding opnieuw aan de schuldenaar mee te delen wordt bereikt dat de schuldenaar aan de cessionaris of pandhouder moet gaan betalen.

6 Conclusies

De totstandkoming van de Wet opheffing verpandingsverboden heeft een lange aanloop gekend, maar het eindresultaat is gelet op het doel van de regeling – het creëren van extra kredietpotentieel voor ondernemingen – bevredigend. De nieuwe regeling doet wat die moet doen: het slechten van de financieringsblokkade die cessie- en verpandingsbedingen opwerpen voor ondernemingen, waaronder in het bijzonder het mkb. Dat neemt niet weg dat er ook kritiepunten zijn.

Zo zou naar mijn mening een meer principiële benadering van de overdraagbaarheid van vorderingen passend zijn (zie par. 2.2). Evenals voor eigendom en beperkte rechten geldt, zou voor alle soorten vorderingen, en ongeacht of ze in de uitoefening van beroep of bedrijf zijn verkregen, het uitgangspunt moeten zijn dat de overdraagbaarheid daarvan niet door een beding kan worden uitgesloten of beperkt. De overdraagbaarheid van een vordering zou, evenals de overdraagbaarheid van andere goederen, geen onderwerp van de partijautonomie moeten

100 Overigens zou de schuldenaar onder omstandigheden mogelijk een beroep kunnen doen op de bescherming van art. 6:34 BW, als hij ondanks de eerdere (hem ontschoten) mededeling van cessie/verpanding aan zijn oorspronkelijke schuldeiser betaalt.

101 In geval van een *openbare* cessie/verpanding in de zin van art. 3:94 lid 1 (jo. art. 3:236 lid 2) BW – waarvoor de mededeling een constitutief vereiste is – kan de eerdere mededeling dus wel *goederenrechtelijk gevolg* hebben. Denk aan het hiervoor in par. 5.1 genoemde voorbeeld van een cessie/verpanding bij voorbaat waarbij de mededeling van cessie/verpanding door de schuldenaar voor de inwerkingtreding van de Wet of het verstrijken van de overgangstermijn is ontvangen, terwijl de bij voorbaat gecedeerde/verpande vordering pas na het verstrijken van de overgangstermijn door de cedent/pandgever wordt verkregen (denk aan een openbare cessie/verpanding bij voorbaat van huurvorderingen). Ook kan worden gedacht aan het geval dat de cessie- of pandakte pas na het verstrijken van de overgangstermijn wordt opgemaakt, terwijl de mededeling van cessie/verpanding daarvoor al is gedaan. Een mededeling van cessie/verpanding kan immers aan het opmaken van de akte voorafgaan (zie NvW, Parl. Gesch. Boek 3, p. 398 en Rongen 2012, nr. 455). In beide gevallen geldt dat de te cederen/verpanden vordering na het verstrijken van de overgangstermijn als gevolg van de Wet overdraagbaar en verpandbaar is, zodat er een geldige overdracht of verpanding kan plaatsvinden mede op basis van de eerder ontvangen mededeling van cessie/verpanding (zie par. 5.1 hiervoor).

M.H.E. Rongen

kunnen uitmaken. Evenals bij eigendom en beperkte rechten dienen beperkingen van de overdraagbaarheid enkel voort te vloeien uit de aard van het recht of de wet (art. 3:83 lid 1, slot, BW). De vrijheid die art. 3:83 lid 2 BW nog steeds biedt om de overdraagbaarheid en bezwaarbaarheid van vorderingen contractueel uit te sluiten of te beperken, mag schuldenaar en schuldeiser best worden ontnomen.

De nietigheidssanctie van art. 3:83 lid 3 BW voor verbintenisrechtelijk werkende bedingen vormt mijns inziens dan weer een te vergaande inbreuk op de contractsvrijheid (zie par. 2.4). Voor dergelijke bedingen kan een meer genuanceerd stelsel worden geïntroduceerd, in lijn met de UNCITRAL Model Law on Secured Transactions en het Draft Common Frame of Reference, welke regelingen verbintenisrechtelijke cessie- en verpandingsverboden evenmin nietig verklaren. Ook de uitzonderingen voor betaal- en spaarrekeningen en geldvorderingen die (deels) betaald kunnen worden op een G-rekening zouden anders kunnen worden vormgegeven teneinde meer rekening te houden met het belang van de schuldeiser om ook deze vorderingen in het kader van een financiering te kunnen overdragen of verpanden (zie par. 3.2).

Het nieuwe vormvoorschrift van een *schriftelijke* mededeling voegt realiter niets toe aan de bescherming van de schuldenaar en heeft daardoor eigenlijk niet meer dan een louter symbolische waarde. Het vormvoorschrift kan mijns inziens achterwege worden gelaten (zie par. 4.3). Daarentegen zou bij de invulling van het overgangsrecht juist wel meer aandacht moeten worden geschonken aan de gerechtvaardigde belangen van de schuldenaar (zie par. 5.3).