Factoring & Asset based financing
Association Netherlands

Ministerie van Veiligheid & Justitie
[redacted]
[redacted]
Ministerie van Justitie en Veiligheid
Directie Wetgeving en Juridische Zaken
Afdeling Privaatrecht
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

**Per email:** [redacted]
**Uploaden:** internetconsultatiepagina https://www.internetconsultatie.nl

*Kenmerk* : faan.bri.14618209
*Betreft* : Inbreng FAAN in kader van de consultatie over het Voorontwerp van de Wet opheffing verpandingsverboden versie 4 juli 2018 (het "Voorontwerp")
*Datum* : 16 augustus 2018

Geachte [redacted]

Namens de *Factoring & Asset based financing Association Netherlands* (FAAN) berichten wij u als volgt.

**Introductie FAAN**
FAAN is een Nederlandse belangenvereniging die zich inzet voor het algemeen belang van de gehele factoringbranche en haar cliënten. FAAN treedt op als spreekbuis voor de gehele branche als het gaat om wet- en regelgeving, zowel op nationaal als op Europees niveau. Zij houdt een vinger aan de pols van alle ontwikkelingen die van invloed zijn op de branche en informeert haar leden (factormaatschappijen) hierover.

Factoring in Nederland is juridisch gebaseerd op cessie of verpanding van vorderingen. Factoring cliënten worden gefinancierd op *recourse* of *non-recourse* basis. *Recourse* factoring betekent dat de factoringmaatschappij de betaling van de handelsvorderingen voorfinanciert (bevoorschotting). Dit betekent dus dat in geval van non-betaling door een debiteur, de factoringcliënt het desbetreffende voorgefinancierde bedrag dient terug te

betalen aan de factoringmaatschappij. *Non-recourse* factoring betekent dat de factoringmaatschappij ook het debiteurenrisico van de ondernemer overneemt.

Het spreekt voor zich dat alle ontwikkelingen in het Nederlandse goederen- of insolventierecht van essentieel belang zijn voor factoring en dat FAAN deze ontwikkelingen ten behoeve van haar leden, en de cliënten van haar leden, volgt.

Na enige algemene zienswijzen van FAAN over het Voorontwerp volgen meer specifieke zienswijzen, die zijn verdeeld in een inhoudelijk en een redactioneel deel.

**Algemene zienswijzen FAAN**

FAAN is verheugd dat de overheid het door haar eerder uitgesproken voornemen om de negatieve effecten van overdraagbaarheids- en verpandingsverboden (hierna: 'verpandingsverboden') aan te pakken nu in het Voorontwerp daadwerkelijk concreet maakt.

FAAN kan zich goed vinden in de voorgestelde wettelijke regeling en de voorgestelde toelichting daarop. Naar verwachting zal er na invoering van deze regeling door leden van FAAN aanzienlijk meer kunnen worden gefinancierd aan cliënten op basis van de vorderingen van die cliënten op hun debiteuren. Toename van deze vorm van financiering is mogelijk omdat cliënten meer vorderingen aan factoringmaatschappijen kunnen aanbieden als onderpand of kunnen overdragen. Vorderingen die nu niet financierbaar zijn zullen na invoering van het Voorontwerp financierbaar worden. Deze toename van financiering is gezien de in het Voorontwerp opgenomen overgangsregeling mogelijk direct vanaf de datum van inwerkingtreding.

**Specifieke zienswijzen FAAN - inhoudelijk**

***I - De inperking van de nieuwe uitzondering op de hoofdregel '..voor financieringsdoeleinden' is minder wenselijk***

In artikel I, A van het Voorontwerp is voorgesteld om op de hoofdregel van art. 3:83 BW (inhoudende dat de overdraagbaarheid/verpandbaarheid van vorderingen kan worden uitgesloten door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar) een uitzondering te creëren. De uitzondering is van toepassing als (cumulatief) aan drie vereisten is voldaan: (i) het betreft een geldvordering (niet zijnde een betaal- of spaarrekening), (ii) die voortkomt uit de uitoefening van een beroep of bedrijf en (iii) die wordt overgedragen (verpand) voor financieringsdoeleinden. FAAN wijst er op dat dit laatste criterium ('financierings-doeleinden') tot afbakeningsgeschillen kan leiden.

> Factoringmaatschappijen nemen bijvoorbeeld regelmatig hele debiteurenportefeuilles over van markpartijen (harde cessie, meestal in 'stille' vorm) om deze partijen te steunen in een wens van balansverkorting: de door de ondernemer ontvangen koopsom van de portefeuille wordt door hem aangewend om zijn bankschuld af te bouwen waardoor het balanstotaal van de onderneming vermindert en de verhouding eigen vermogen/vreemd vermogen verbetert. De vraag kan opkomen of deze overdracht dan wel echt 'voor

financieringsdoeleinden' in de zin der wet is bedoeld of niet. FAAN zou menen van wel (ook als de balansverkorting gewenst wordt om bijvoorbeeld meer eigen vermogen aan te trekken) maar discussie hierover kan beter voorkomen worden.

Het oogmerk van het Voorontwerp is de gewenste toename van financiering van bedrijven en het schrappen van het derde aan de voorgestelde uitzondering gestelde vereiste heeft naar het oordeel van FAAN geen nadelige consequenties. Daarentegen is het voordeel van het schrappen van het derde vereiste dat meer rechtszekerheid bestaat.

***II – In de toelichting zou de nietigheid van bedingen die frustratie van het doel van de nieuwe regeling beogen (zoals boetebedingen) uitdrukkelijk moeten worden vermeld***

In artikel I onder A van het Voorontwerp is als tweede volzin voorgesteld: '*Elk hiermee strijdig beding is nietig*'. Dat lijkt op zich heel helder en wordt daarom door FAAN begroet. Toch kan er bij het lezen van pagina 8 van het Voorontwerp verwarring ontstaan over de op een-na-laatste en de laatste alinea ('*Het gaat niet aan … geen (derden)effect toe te kennen.*'). Deze tekst en de verwijzing naar de partijautonomie doen vermoeden dat bedingen die de werking van het Voorontwerp frustreren mogelijk blijven gelden. Naar het oordeel van FAAN moet deze alinea worden verduidelijkt. Hier zou bovendien moeten worden opgenomen dat ook bedingen die de werking van het Voorontwerp frustreren nietig zijn. Concreet gaat het hier om het volgende probleem. Voorkomen moet worden dat na inwerkingtreding van het Voorontwerp grote debiteuren met inkoopmacht de nieuwe wettelijke spelregels proberen te omzeilen met behulp van boetebedingen. Dat zou in de praktijk het effect van de wetswijziging grotendeels teniet kunnen doen.

Dergelijke bedingen komen vandaag de dag al voor. Een boetebeding kan bijvoorbeeld zijn (of na invoering van het Voorontwerp: worden) opgenomen in de algemene inkoopvoorwaarden van grote afnemers. Zo'n beding kan bijvoorbeeld luiden: "*Het is de leverancier niet toegestaan om vorderingen op de afnemer zonder schriftelijke voorafgaande toestemming van de afnemer aan een derde over te dragen of te verpanden op straffe van een onmiddellijk opeisbare boete die de leverancier alsdan verschuldigd zal zijn aan de afnemer, zulks onverminderd de overige rechten van de afnemer ten opzichte van de leverancier."*

Een variant op een dergelijk beding dat hetzelfde effect beoogt (het afschrikken van de leverancier/crediteur om zijn vorderingen voor financieringsdoeleinden over te dragen of te verpanden) is een beding dat de afnemer/debiteur het recht geeft om een lopend contract op te zeggen (of op te schorten) indien een vordering op de afnemer/debiteur toch wordt overgedragen of verpand.

Er is geen redelijk rechtens te respecteren belang van de afnemer/debiteur bij dergelijke bedingen, zeker niet gezien de beschermingsmaatregel opgenomen in Artikel I onder B en C van het Voorontwerp. Het lijkt ons daarom goed om dit duidelijk te maken in het Voorontwerp.

Deze gewenste verduidelijking hoeft naar het oordeel van FAAN niet in de wettekst zelf te worden opgenomen. Het zou moeten volstaan als in de M.v.T. de volgende redenering opgenomen wordt:

- op grond van de voorgestelde regeling zal een beding met de verbintenis om vorderingen op de afnemer niet over te dragen of te verpanden aan een derde nietig zijn (zie ook p. 8 Voorontwerp);
- gezien de tekst van art. 6:91 juncto art. 3:40 lid 2 BW is ook een boete- of beëindigings-/opschortingsbeding dat beoogt om sancties te stellen op het overdragen of verpanden van vorderingen op de afnemer nietig, want
    - de verbintenis om de vordering niet over te dragen/te verpanden is nietig en daarvan is dus geen nakoming te vorderen
    - als geen nakoming van die primaire verbintenis verlangd kan worden, kan volgens het bestaande wettelijk regime ook niet een boete gevorderd worden op grond van het feit dat de nietige primaire verbintenis niet is nagekomen

        Zie bijv. BW T&C bij art. 6:92 BW waarin wordt gesteld: "Vereisten voor inroeping boetebeding (..): (..) a) een toerekenbare tekortkoming (..) b) ingebrekestelling." Nu de verbintenis nietig is, is er geen tekortkoming en is ook een ingebrekestelling rechtens niet effectief.
    - om dezelfde reden is ook een beding nietig dat bepaalt dat het contract eenzijdig beëindigd of opgeschort kan worden omdat de nietige primaire verbintenis niet is nagekomen.

### *III – Reikwijdte Voorontwerp m.b.t. verpandingsverbod zou verduidelijkt moeten worden*

Door de voorgestelde wetswijziging zijn bedingen waarmee de overdraagbaarheid van vorderingen onmogelijk worden gemaakt in bepaalde situaties nietig. Op basis van schakelbepaling uit artikel 3:98 BW lijkt de M.v.T. aan te nemen dat die nietigheid ook geldt voor bedingen waarin de verpandbaarheid van vorderingen wordt uitgesloten. Het is de vraag of deze aanname juist. Immers de schakelbepaling spreekt over overdracht en wanneer een beding enkel verbiedt om een vordering te verpanden, is de vordering daarmee niet tegelijk onoverdraagbaar gemaakt. De schakelbepaling werkt immers niet naar twee kanten. Om deze onzekerheid weg te nemen, zou het goed zijn een vergelijkbare tekst als het nieuwe artikel 3:83 lid 2 BW ook op te nemen bij artikel 3:228 BW.

## Specifieke zienswijzen FAAN – redactioneel

### *III – De passages over nietigheid zouden verduidelijkt moeten worden*

1. *Ook de uitzondering zou in een aparte volzin moeten staan*

In artikel I onder A van het Voorontwerp is als tweede volzin van art. 3:83 BW voorgesteld: '*Elk hiermee strijdig beding is nietig*'. Het zou wetstechnisch helderder zijn om ook de uitzondering die in de eerste volzin van het voorgestelde art. 3:83 BW is opgenomen na 'tenzij', in een aparte volzin te zetten. Dit om twee redenen: (i) het maakt duidelijker waar

de laatste volzin met de nietigheidssanctie op terug slaat, en (ii) het kan de verwijzing bedoeld in artikel I onder B en artikel I onder C van het Voorontwerp verbeteren (zie daarover hieronder IV).

2. *De toelichting op de effecten van de nietigheid op p. 8 kan duidelijker*

Op pagina 8 van het Voorontwerp wordt toegelicht wat met de laatste volzin van art. 3:83 BW in het Voorontwerp wordt bedoeld. Het zou wenselijk zijn als de tekst van de toelichting op dit punt wordt verduidelijkt. Zo wordt in de derde alinea van pagina 8 na de eerste volzin (over de schakelbepaling) naar de tweede volzin (over rechtsgevolgen van bedingen) een overstap gemaakt die inhoudelijk niet direct logisch is (hoewel beide zinnen op zich wel helder zijn). Verder ligt het voor de hand om de derde en de vierde alinea samen te voegen omdat de derde alinea – met uitzondering van de eerste volzin – en de vierde alinea het zelfde onderwerp hebben. In de vierde alinea zou de laatste volzin kunnen worden geschrapt omdat deze niet nader wordt uitgewerkt. Ook de vijfde en zesde alinea zijn voor FAAN niet direct helder van inhoud en zouden nader uitgewerkt kunnen worden.

## *IV - De verwijzingen in de voorgestelde bepalingen in artt. 3:94 en 239 BW (Artikel I onder B en C) sluiten niet zuiver aan*

In de voorgestelde gewijzigde bepalingen van artt. 3:94 en 239 BW wordt verwezen naar '*een geldvordering in de zin van artikel 83, tweede lid'*. Art. 3:83 tweede lid BW gaat voor wat betreft de daarin vervatte hoofdregel om 'vorderingsrechten' in het algemeen, waaronder geldvorderingen in het algemeen. De nieuw voorgestelde uitzondering in dat tweede lid geldt voor hele specifieke 'vorderingsrechten', namelijk die vorderingsrechten die aan de drie genoemde vereisten voldoen (in de wettekst genoemd na het woord 'tenzij').

Naar mag worden aangenomen wordt in art. I onder B en C in het Voorontwerp bedoeld dat de voorgestelde te wijzigen bepalingen van artt. 3:94 en 239 BW verwijzen naar de specifieke 'geldvorderingen' in de uitzonderingssituatie van art. 3:83 tweede lid BW nieuw. Bedoeld wordt te verwijzen (slechts) naar die geldvorderingen die aan de drie vereisten voldoen maar niet (ook) naar geldvorderingen waarop de hoofdregel van toepassing blijft. Het is immers niet de bedoeling dat ook bij het doen van mededeling van overdracht of verpanding van bijvoorbeeld geldvorderingen tussen particulieren de nieuwe vormeis van schriftelijkheid gaat gelden. Dit staat echter niet goed in de voorgestelde gewijzigde bepalingen van artt. 3:94 en 239 BW. Dit betekent dat letterlijke uitleg van deze bepalingen met zich brengt dat bij mededeling van levering of verpanding van geldvorderingen die niet aan alle drie de vereisten uit het voorgestelde nieuwe art. 3:83 lid 2 BW voldoen, na invoering van het Voorontwerp ook schriftelijk zullen moeten worden gedaan. Dat is onbedoeld omdat in de toelichting daarover niets wordt gezegd.

Het is daarom raadzaam om, zoals boven onder II sub 1 ook om een andere reden werd voorgesteld, de uitzondering in het voorgestelde nieuwe art. 3:83 lid 2 BW op te nemen in

een eigen volzin: de verwijzing in de voorgestelde bepalingen 3:94 en 239 BW kan dan doeltreffender gemaakt worden.

Vanzelfsprekend zijn wij graag tot een toelichting bereid.

Hoogachtend,
namens het bestuur,

[redacted]

[redacted]
Secretaris