

# Opheffen verpandingsverboden positief voor financierbaarheid MKB

## Position paper ONL voor Ondernemers

**Het opheffen van cessie- en verpandingsverboden is een positieve maatregel die kleine ondernemers ontzettend veel financieringsruimte oplevert. In de praktijk heeft het niet kunnen verkopen of verpanden van vorderingen twee gevolgen. Ten eerste kunnen vorderingen niet gebruikt worden als zekerheid om financiering te verkrijgen. Ten tweede wordt de inkoopmacht van de afnemer ten opzichte van leveranciers en onderaannemers door verpandings- en cessieverboden vergroot. ONL voor Ondernemers vindt het positief dat de wetgever het gebruik van cessie- en verpandingsverboden in het zakelijk verkeer onmogelijk maakt en ziet dit als een goede maatregel om extra financieringsruimte voor MKB-ondernemers te realiseren.**

Overdraagbaarheids- (cessie-) en verpandingsverboden voorkomen dat openstaande schulden als zekerheid voor financiering gebruikt kunnen worden. In de praktijk worden dergelijke bedingen ook gebruikt om te voorkomen dat een schuldenaar een andere schuldeiser tegenover zich krijgt of om de inkoopmacht van een (grote) afnemer ten opzichte van hun leveranciers te behouden. Het tegengaan van cessie- en verpandingsverboden levert (kleine) ondernemers niet alleen financieringsruimte op, ook wordt de inkoopmacht van (grote) afnemers meer in balans gebracht.

Het is wenselijk dat goede plannen gefinancierd worden. Dit leidt tot bedrijvigheid, economische groei en werkgelegenheid. De toegang tot financiering is voor ondernemers echter steeds meer een uitdaging. Dit geldt in het bijzonder voor mkb-ondernemers. Het wegnemen van verpandings- en overdraagbaarheidsverboden is een gemakkelijke manier om de financierbaarheid van -met name mkb- ondernemingen te verbeteren.

In het burgerlijk wetboek is bepaald dat eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten overdraagbaar zijn, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet (art. 3:83 lid 1 BW). Met betrekking tot vorderingsrechten, zoals schulden in het zakelijk verkeer, is momenteel bepaald dat de overdraagbaarheid ook door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar kan worden uitgesloten (art. 3:83 lid 2 BW). In de praktijk wordt veelvuldig van dergelijke bedingen gebruik gemaakt, en worden deze veelvuldig eenzijdig opgelegd door grote (afnemende) partijen.

- ❖ Het is positief dat het onmogelijk wordt om de overdraagbaarheid van vorderingsrechten uit te sluiten in het zakelijke verkeer. Hierdoor wordt de inkoopmacht van (grote) afnemers ten opzichte van het MKB meer in balans gebracht. Het altijd kunnen verkopen en verpanden van openstaande vorderingen in het zakelijk verkeer biedt (MKB-)bedrijven enorm veel extra financieringsruimte.
- ❖ ONL is voorstander van een zo helder en begrijpelijk mogelijke bepaling die het gebruik van cessie- en verpandingsverboden onmogelijk maakt in het zakelijk verkeer. Het moet voor alle partijen duidelijk zijn dat dergelijke onoverdraagbaarheidsbedingen ongewenst en met deze wetwijziging nietig zijn.
- ❖ Alle bedingen die tot doel hebben de overdraagbaarheid van (geld)vorderingen in het zakelijk verkeer te beperken, zoals bijvoorbeeld boetebedingen, vallen wat ONL betreft onder de reikwijdte van de Wet opheffen verpandingsverboden. Wellicht moet dit extra benadrukt worden in de memorie van toelichting.
- ❖ De in het wetsvoorstel gehanteerde begrippen "financieringsdoeleinden" en "uitoefening van een beroep of bedrijf" kunnen mogelijk tot onduidelijkheid leiden. Voorkomen moet worden dat dit eventueel tot bewijsproblemen leidt bij ondernemers die vorderingen willen verkopen of verpanden.
- ❖ ONL vindt het positief dat de wetgever de problemen bij het gebruik van cessie- en verpandingsverboden in het zakelijk verkeer erkent en gericht wil aanpakken.

## Bijlage I: Position paper ONL voor Ondernemers - December 2017

### **Maak verpandings- en overdraagbaarheidsverboden onmogelijk, om de financierbaarheid van het midden- en kleinbedrijf te vergroten.**

Position paper ONL voor Ondernemers.

**Overdraagbaarheids- en verpandingsverboden zijn bedingen (in contracten) waarmee een schuldenaar het voor een schuldeiser onmogelijk maakt om openstaande vorderingen te verkopen of verpanden. Het niet kunnen verpanden of verkopen van vorderingen heeft twee gevolgen: ten eerste kunnen de vorderingen niet gebruikt worden als zekerheid om extra financiering te realiseren. Ten tweede wordt de inkoopmacht van de afnemer ten opzichte van de leverancier door verpandings- en cessieverboden vergroot.**

Overdraagbaarheids- (cessie-) en verpandingsverboden voorkomen dat op openstaande schulden gefinancierd kan worden. In de praktijk worden dergelijke bedingen ook gebruikt om te voorkomen dat een schuldenaar een andere schuldeiser tegenover zich krijgt of om de inkoopmacht van een (grote) afnemer ten opzichte van hun leveranciers te behouden.

Het is wenselijk dat goede plannen gefinancierd worden. Dit leidt tot bedrijvigheid, economische groei en werkgelegenheid. De toegang tot financiering is voor ondernemers echter steeds meer een uitdaging. Dit geldt in het bijzonder voor mkb-ondernemers.

Het wegnemen van verpandings- en overdraagbaarheidsverboden is een gemakkelijke manier om de financierbaarheid van -met name mkb- ondernemingen te verbeteren.

#### **Geconstateerd juridisch probleem**

In het burgerlijk wetboek is bepaald dat eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten overdraagbaar zijn, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet (art. 3:83 lid 1 BW). Met betrekking tot vorderingsrechten, zoals schulden in het zakelijk verkeer, is bepaald dat de overdraagbaarheid ook door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar kan worden uitgesloten (art. 3:83 lid 2 BW). In de praktijk maken grote afnemende partijen veelvuldig gebruik van dergelijke bedingen.

#### **Voorgestelde oplossing**

Door artikel 3:83 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek aan te passen, kunnen verpandingsverboden eenvoudig voorkomen worden. Dit kan door de wettekst te wijzigen in:

*"De overdraagbaarheid van vorderingsrechten kan ook door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar worden uitgesloten, tenzij het betreft een vorderingsrecht tussen partijen die handelen in uitoefening van hun bedrijf of beroep."*

Op deze manier worden overdraagbaarheids- en verpandbaarheidsverboden onmogelijk gemaakt voor professionele partijen. Het gevolg is dat deze partijen openstaande vorderingen kunnen gebruiken om financiering te krijgen, uit te breiden en verder door te groeien. Positieve gevolgen hiervan zijn niet alleen economische groei maar ook toename in werkgelegenheid.

## **Cessie- en verpandingsverboden in de praktijk**

### *Casus 1*

Een MKB onderneming levert veel aan grotere bedrijven in de bouwsector. Om te kunnen uitbreiden maakt de onderneming gebruik van alternatieve financiering en verkoopt haar facturen aan haar financier.

Om de facturen te kunnen verkopen en de financiering te krijgen, moet de onderneming hiertoe gerechtigd zijn. Indien er geen verboden en restricties op de vorderingen zitten dan is dit doorgaans het geval. De onderneming krijgt dan van haar financier een initiële verkoopprijs bij aanlevering van de facturen en ontvangt de rest op het moment dat de factuur betaald wordt.

Grotere bedrijven in de bouwsector hebben echter vrijwel allemaal standaard in hun inkoopvoorwaarden een verpandings- c.q. verkoopverbod opgenomen ten aanzien van de vorderingen die hun leveranciers op hen hebben.

De MKB onderneming was zich hiervan niet bewust en heeft de facturen gewoon ter verkoop aangeboden aan haar financier, die deze in eerste instantie ook heeft gekocht. Na controle door de financier waarbij het verkoopverbod bij diverse debiteuren naar boven kwam, moest de MKB onderneming het verkoopbedrag voor de betreffende facturen terugstorten. Het gevolg was een onverwacht liquiditeitsprobleem voor de ondernemer die immers gerekend had op meer geld op de bank dan hij nu daadwerkelijk had.

### *Casus 2*

Een MKB onderneming levert veel producten aan een groot bedrijf in de Retailsector. De ondernemer is op zoek naar voorfinanciering voor zijn bedrijfsactiviteiten en benadert financiers.

Omdat de openstaande facturen bezwaard zijn met een cessie- en verpandingsverbod kunnen deze niet tot zekerheid dienen en krijgt de ondernemer hier geen financiering voor.

### *Casus 3*

Een alternatieve financier krijgt een casus binnen via een financieel adviseur met een uitstekende financiële onderbouwing voor een financieringsaanvraag. Financiering zou moeten gaan plaatsvinden middels het verkopen van de facturen van de MKB onderneming aan de financier. De adviseur en de onderneming zijn goed voorbereid en leveren bij de aanvraag onder andere de meest recente debiteurenlijst aan zodat de financier kan inschatten hoeveel er op deze portefeuille initieel uitbetaald kan worden gebaseerd op haar risicoberekening.

De financier constateert dat de lijst een aantal partijen bevat waarvan bij haar bekend is dat zij in hun inkoopvoorwaarden verpandings- c.q. verkoopverboden hebben opgenomen. De facturen van deze partijen kunnen niet worden gekocht en de hoogte van de eventuele initiële uitbetaling op deze portefeuille is dus aanzienlijk lager dan de onderneming en haar adviseur hadden verwacht en nodig hebben. Zij kunnen dus niet met deze financier in zee. De financier mist een klant en de MKB onderneming kan geen gebruik maken van een financieringsvorm die voor haar ideaal zou passen.

## **Verdere uitwerking cessie- en verpandingsverboden**

Eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten zijn in beginsel vrij overdraagbaar.<sup>1</sup> Dit betekent dat het in beginsel mogelijk is om eigendom, rechten en vorderingen op anderen te verkopen. Partijen hebben de mogelijkheid om deze overdraagbaarheid in te perken. Dit kan middels een contractuele afspraak, die alleen tussen de partijen geldt –enkel verbintenisrechtelijke werking heeft.<sup>2</sup>

De wet voorziet hiernaast, in art. 3:83 lid 2 BW, expliciet in de mogelijkheid om de overdraagbaarheid van vorderingsrechten middels een beding tussen schuldeiser en schuldenaar uit te sluiten.<sup>3</sup> Een dergelijk beding heeft goederenrechtelijke werking en werkt daardoor jegens derden.<sup>4</sup> Het beding in de zin van art. 3:83 lid 2 BW leidt niet tot beschikkingsonbevoegdheid van de crediteur, maar tot onoverdraagbaarheid van de vordering zelf. Een eventuele overdracht is dan ongeldig.<sup>5</sup>

Naast de overdraagbaarheid van vorderingen, kan ook de verpandbaarheid van een vordering worden uitgesloten. De schakelbepaling art. 3:98 BW bepaalt dat de mogelijkheid om vorderingen bij beding onoverdraagbaar te maken, ook van toepassing is op de vestiging, overdracht en afstand van een beperkt recht.<sup>6</sup> Een pandrecht is een beperkt recht. Hetgeen betekent dat partijen door onderlinge afspraak de verpanding van vorderingsrechten onmogelijk kunnen maken, met als gevolg dat de verpanding ongeldig is.

Steeds zal er hierbij gekeken moeten worden of een beding tussen de schuldeiser en schuldenaar gekwalificeerd moet worden als een beding in de zin van art. 3:83 lid 2 BW. Het beding kent namelijk geen goederenrechtelijke werking indien het niet als zodanig gekwalificeerd kan worden. In dat geval zijn derden niet gebonden aan het beding en heeft het slechts verbintenisrechtelijke werking tussen partijen.<sup>7</sup> Uitgangspunt bij de beoordeling van een beding dat de overdraagbaarheid van een vorderingsrecht uitsluit, is dat het 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.<sup>8</sup>

Het staat schuldeiser en schuldenaar vrij om contractueel te bepalen dat het vorderingsrecht onoverdraagbaar is, wat middels een schakelbepaling betekent dat de verpanding van het vorderingsrecht eveneens uitgesloten is. In beginsel heeft deze bepaling slechts verbintenisrechtelijke werking en levert de schending ervan een wanprestatie op. Indien uit de – naar objectieve maatstaven uit te leggen- formulering echter goederenrechtelijke werking beoogd, zal deze bepaling ook jegens derden werken.

In de praktijk hebben grote ondernemingen doorgaans in hun inkoopvoorwaarden opgenomen dat hun (toe)leveranciers de uitstaande facturen niet mogen verpanden of verkopen. De grote afnemers hebben veelal een sterke machtspositie ten opzichte van de kleinere (toe)leveranciers. Onderhandelen over het al dan niet opnemen van een cessie- of verpandingsverbod is in deze handelsrelaties doorgaans niet mogelijk. Leveranciers kunnen openstaande facturen niet gebruiken als zekerheid om financiering te verkrijgen.

<sup>1</sup> Art. 3:83 lid 1 BW. 'Eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten zijn overdraagbaar, tenzij de wet of de aard van het

<sup>2</sup> Schending van het beding levert een wanprestatie op in de contractuele relatie. Het beding heeft geen derdenwerking.

<sup>3</sup> Art. 3:83 lid 2 BW. 'De overdraagbaarheid van vorderingsrechten kan ook door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar worden uitgesloten'.

<sup>4</sup> C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof, Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 3 Vermogensrecht in het algemeen, Deventer: Kluwer 1981, p. 314; HR 29 januari 1993, NJ 1994, 171 (Van Schaik q.q./ABN AMRO); HR 27 februari 2003, JOR 2003,2 (Oryx/Van Eesteren).

<sup>5</sup> A.E. Goossens, 'Uitleg en wenselijkheid van het cessie- en verpandingsverbod', MvV 2013, nr. 6, p. 180.

<sup>6</sup> Art. 3:98 BW. 'Tenzij de wet anders bepaalt, vindt al hetgeen in deze afdeling omtrent de overdracht van een goed is bepaald, overeenkomstige toepassing op de vestiging, de overdracht en de afstand van een beperkt recht op een zodanig goed'.

<sup>7</sup> F.E.J. Beekhoven van den Boezem & R. van den Bosch, 'Zekere zekerheid, het belang van zekere zekerheid voor de financiering van het bedrijfsleven', MvV 2015, nummer 07/08, p.202.

<sup>8</sup> HR 21 maart 2014, NJ 2015/167 m.nt. H.J. Sniijders (Coface/Intergamma).

Verschillende grote afnemers zijn tegen het beperken van de mogelijkheden om overdraagbaarheid en verpandbaarheid tegen te gaan. De reden hiervoor is dat een aantal multinationals de facturen gebruiken als middel om kosten waarvan zij vinden dat de leverancier deze moet dragen te verrekenen. Dit gebeurt bijvoorbeeld bij reclameacties voor een product in het schap bij de supermarkt waarvan de multinational vindt dat de retailer moet meebetalen. Hierdoor wordt de onderhandelingsruimte voor de leverancier beperkt. Via een omweg worden leveringsvoorwaarden buiten spel gezet.

Het cessie- en verpandingsverbod moet per ommegaande onmogelijk gemaakt worden. Dit is onder andere het geval in Oostenrijk, Frankrijk, België en Verenigd Koninkrijk, waar het verpandingsverbod reeds onmogelijk is gemaakt.

### **Verdere uitwerking oplossing cessie- en verpandingsverboden**

Het onmogelijk maken van cessie- en verpandingsverboden op vorderingen binnen het handelsverkeer zal de financierbaarheid van ondernemingen, in het bijzonder mkb-bedrijven, verbeteren. Een globaal onderzoek van FAAN onder factormaatschappijen toont aan dat alleen al qua factoring 160 miljoen euro aan vorderingen niet als funding is te gebruiken. De NVB geeft aan dat het bij banken om een veelvoud van dat bedrag gaat.

Belangrijk is dat cessie- en verpandingsverboden onmogelijk worden in handelsrelaties. Dit in het bijzonder indien er sprake is van een ongelijke onderhandelingsmacht. In handelsrelaties waar de afnemende partij veel inkoopmacht heeft, worden cessie- en verpandingsverboden doorgaans eenzijdig opgelegd. Er lijkt geen noodzaak te bestaan om cessie- en verpandingsverboden in de persoonlijke sfeer onmogelijk te maken.

Het gewenste resultaat kan bereikt worden door art. 3:83 lid 2 BW aan te passen. De huidige wettekst is "De overdraagbaarheid kan ook door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar worden uitgesloten." Voorgesteld wordt om daar aan toe te voegen ", tenzij het betreft een vorderingsrecht tussen partijen die handelen in uitoefening van hun bedrijf of beroep."

Dit is een wetswijziging die relatief eenvoudig te maken is, de wet niet gecompliceerder maakt en recht doet aan de systematiek van de wet. De schakelbepaling, art. 3:98 BW, zorgt dat de bepaling onverkort geldt bij verpandingsverboden.