

Wet opheffing verpandingsverboden – wat is de strekking?

*Mr. M. Broere en mr. R.J. den Hollander**

Met de inwerkingtreding van de Wet opheffing verpandingsverboden worden zowel bedingen die de overdraagbaarheid of verpandbaarheid van bepaalde geldvorderingen uitsluiten als bedingen met de strekking om verpanding of vervreemding van dergelijke geldvorderingen tegen te gaan nietig. De wet beoogt het kredietpotentieel te verruimen maar heeft, ogenschijnlijk onbedoeld, een ruimere strekking. In dit artikel behandelen wij de impact van de wet aan de hand van diverse praktijkvoorbeelden.

1 Inleiding

De Wet opheffing verpandingsverboden (hierna: de Wet) treedt in werking op 1 juli 2025.¹ Dat betekent dat in art. 83 van Boek 3 van het BW een nieuw lid 3 en een nieuw lid 4 worden toegevoegd, luidende:

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

[4. Het voorgaande lid is niet van toepassing op geldvorderingen:

- a. uit hoofde van een betaal- of spaarrekening;
- b. uit hoofde van een krediet- of geldleningsovereenkomst waarbij aan de kant van de kredietgever meerdere partijen betrokken zijn of zullen zijn;
- c. (...);
- d. (...).’²

Na inwerkingtreding van de Wet zijn zowel goederenrechtelijke onoverdraagbaarheids- en onverpandbaarheidsbedingen als contractuele bedingen met de strekking om overdracht of verpanding van een dergelijke geldvorderingen geheel of gedeeltelijk uit te sluiten dan wel de vervreemding of verpanding ervan

tegen te gaan, nietig.³ Het gaat daarbij steeds om bedingen waar Nederlands recht op van toepassing is.⁴ Waar wij in dit artikel de termen cessie- of verpandingsbedingen gebruiken, beogen wij te verwijzen naar alle bedingen die onder de reikwijdte van het nieuwe art. 3:83 lid 3 BW vallen, dus bedingen met goederenrechtelijke werking maar ook bedingen met (slechts) verbintenissenrechtelijke werking waaronder bedingen die de strekking hebben overdracht of verpanding uit te sluiten.

De Wet is vanaf 1 juli 2025 van toepassing op nieuwe overeenkomsten en vanaf 1 oktober 2025 ook op bestaande overeenkomsten.⁵ Het doel van de Wet is het verruimen van het kredietpotentieel voor het bedrijfsleven,⁶ in het bijzonder het

3 Andere vorderingen dan geldvorderingen zoals vorderingen tot het leveren van een goed of het verrichten van een dienst vallen niet onder de Wet.

4 Of een vordering voor overdracht door cessie of voor verpanding vatbaar is, wordt beheerst door het recht dat op de vordering van toepassing is, art. 10:135 lid 1 BW. De vatbaarheid van een toekomstige vordering voor cessie of verpanding bij voorbaat wordt ook beheerst door het vorderingsstatuut, HR 11 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0993, NJ 1993/776, m.nt. J.C. Schultsz (*Caravan Centrum Zundert/Kreuznacher Volksbank*). Het ontwijken van de betreffende regeling door een andere rechtskeuze dan Nederlands recht te maken is niet voor de hand liggend: ten eerste, omdat in de ons omringende landen soortgelijke regelingen gelden en ten tweede omdat de regeling beoogt handelsvorderingen van het midden- en kleinbedrijf geschikt te maken als onderpand en die handelsvorderingen worden in de regel beheerst door Nederlandsrechtelijke (algemene) voorwaarden, omdat de transactie geen internationale aanknopingspunten heeft. Zoals in de inleiding van dit artikel aangegeven is de reikwijdte van de Wet breder dan vorderingen van het midden- en kleinbedrijf. Zie ook C.A. de Visser, in: *Sdu Commentaar Internationaal Privaatrecht. Boek 10 BW*, commentaar bij art. 135, 1 september 2019. De Hoge Raad heeft in het *Alnati*-arrest aanvaard dat het in beginsel toelaatbaar is dat partijen bij een overeenkomst met een internationaal karakter de algehele toepassing kiezen van een ander rechtstelsel dan volgens de zonder zodanige rechtskeuze geldende regels van het internationaal privaatrecht van toepassing zou zijn geweest (HR 13 mei 1966, NJ 1967/3, m.nt. Veegens (*Alnati*)). Als de cessionaris, pandgever, cedent, pandhouder noch de debiteur zich in het buitenland bevindt, is er geen sprake van een internationaal karakter. Ten slotte kunnen er ook commerciële redenen zijn om voor Nederlands recht te kiezen.

5 Zie het nieuwe art. 85a van de Overgangswet nieuw BW, *Stb.* 2025, 72. Zie ook W.H. van Boom, ‘Een nieuwe lente, een nieuw art. 3:93 BW’, *NTBR* 2025/4.

6 Zie over het doel van de Wet F.E.J. Beekhoven van den Boezem & S. van Hengel, ‘Wetsvoorstel opheffing verpandingsverboden aangenomen door de Tweede Kamer’, *TvI* 2024/29, p. 239-240; W.H. van Boom, ‘Een nieuwe lente, een nieuw art. 3:83 BW’, *NTBR* 2025/4, p. 95-98.

* Mr. M. Broere is advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam. Mr. R.J. den Hollander is advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam.

1 Zie het besluit van 31 maart 2025 (*Stb.* 2025, 92).

2 Zie de Wet opheffing verpandingsverboden van 6 maart 2025 (*Stb.* 2025, 72).

midden- en kleinbedrijf.⁷ De effectieve reikwijdte van de Wet gaat echter verder. De regeling is namelijk van toepassing op iedere geldvordering op naam die voortkomt uit de uitoefening van een beroep of bedrijf en dus niet alleen in het kader van het midden- en kleinbedrijf.⁸ Daarnaast gaat de reikwijdte ook verder dan alleen het verruimen van kredietpotentieel, omdat de Wet algehele nietigheid van cessie- en verpandingsbedingen tot gevolg heeft, ongeacht of zij het kredietpotentieel van de crediteur beperken.⁹ Door invoering van de Wet wordt tevens aangesloten bij de ontwikkelingen in de ons omringende landen, zoals Duitsland, Oostenrijk¹⁰ en het Verenigd Koninkrijk.¹¹

In de memorie van toelichting (MvT) worden het boetebeding en de geheimhoudingsclausule genoemd als voorbeelden van bedingen die onder omstandigheden onder de werking van de Wet vallen.¹² Deze voorbeelden illustreren dat de Wet niet alleen ziet op traditionele overdrachts- of verpandingsverboden, maar ook op (verbintenissenrechtelijke) bedingen die indirect of feitelijk een dergelijke werking hebben. Dit roept de vraag op: welke bedingen vallen onder de reikwijdte van de Wet, en welke niet? Gelet op het feit dat verbintenissenrechtelijk werkende cessie- en verpandingsverboden niet thuishoren in het goederenrecht en het dus in beginsel weinig voor de hand ligt daarover iets te regelen in art. 3:83 BW, moet doorslaggevend belang worden gehecht aan de MvT bij de uitleg van de Wet.¹³

In de praktijk raakt de Wet veel bedingen die niets te maken hebben met het oorspronkelijke doel van de Wet (het kredietpotentieel van het midden- en kleinbedrijf). In dit artikel geven we een aantal praktische voorbeelden van bedingen die mogelijk nietig zijn na inwerkingtreding van de Wet. De voorbeelden die we behandelen, spelen zich met name af in de rechtspraktijk waar professionele partijen met elkaar contracteren, bijvoorbeeld in de setting van een bedrijfsovername, een investering in een private-equityfonds of een financieringstransactie. De voorbeelden beogen te illustreren dat in een

context waarbinnen het doel van de Wet¹⁴ minder relevant is, de mogelijke nietigheid van een beding allerhande risico's met zich brengt. Voordat we toekomen aan een bespreking van deze voorbeelden in paragraaf 4, gaan we in op de volgende vragen: (1) Wat wordt bedoeld met de uitoefening van een beroep of bedrijf (par. 2) en (2) hoe wordt de strekking van een beding bepaald (par. 3)? In paragraaf 5 bespreken we de in de MvT aangehaalde zogenaamde *negative pledge*-bepaling.

2 Wat wordt bedoeld met de uitoefening van een beroep of bedrijf?

De reikwijdte van de Wet is beperkt tot cessie- en verpandingsverboden die zien op geldvorderingen op naam die voortvloeien uit de uitoefening van een beroep of bedrijf. Geldvorderingen van particulieren die niet beroeps- of bedrijfsmatig handelen vallen niet onder de Wet.¹⁵ Het is niet vereist dat de schuldenaar ook beroeps- of bedrijfsmatig heeft gehandeld, dat wil zeggen dat geldvorderingen op particulieren ook onder de reikwijdte van de Wet kunnen vallen.¹⁶

Wij sluiten ons aan bij Rongen die van mening is dat het vereiste van beroeps- of bedrijfsmatig verkregen vorderingen ruim moet worden geïnterpreteerd. Het gaat dan niet alleen om geldvorderingen die direct in de uitoefening van een beroep of bedrijf zijn verkregen maar ook om geldvorderingen die ten behoeve van of in verband met de beroeps- of bedrijfsuitoefening zijn verkregen. In de MvT wordt het voorbeeld van een zakelijk aangegane verzekering genoemd. Dit onderschrijft de ruime interpretatie omdat het afsluiten van een verzekering veelal niet een kenmerkende handeling van een bepaald beroep of bedrijf is maar juist een aanverwante activiteit.¹⁷ De ruime interpretatie helpt bij het wegnemen van afbakeningsvragen; om diezelfde reden is ook het criterium van 'financieringsdoeleinde' niet overgenomen in de Wet.¹⁸

3 Hoe wordt de strekking van een beding bepaald?

Zoals opgemerkt is elk beding tussen schuldenaar en schuldeiser met de strekking om overdraagbaarheid of verpanding van een geldvordering die voortkomt uit de uitoefening van een beroep of bedrijf geheel of gedeeltelijk uit te sluiten, dan wel vervreemding of verpanding ervan tegen te gaan, nietig.¹⁹ Het gaat volgens de MvT om bedingen die de overdracht of ver-

7 *Kamerstukken II* 2019/20, 35482, nr. 3, p. 2-3. Het is echter de vraag of het gewenste effect zich zal verwezenlijken. Zie: R.M. Wibier, annotatie bij HR 30 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1331 (*Telekom Vastgoed/KPN*), *Ars Aequi* maart 2023, p. 202.

8 De Wet geldt niet voor vorderingen aan toonder of order.

9 M.H.E. Rongen, '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 het overgangsrecht', *O&F* 2020/4, p. 35. Zie ook M.H.E. Rongen, 'Factoring', in: G.J.L. Bergervoet e.a. (red.), *Financiering van de productketen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 107 e.v.

10 Zie annotatie A. Steneker bij HR 1 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:984, *JOR* 2022/11.

11 Beekhoven van den Boezem & Van Hengel 2024, p. 243-245.

12 *Kamerstukken II* 2019/20, 35482, nr. 3, p. 12. De voorbeelden worden aangehaald in de context van bedingen die mogelijk nietig zijn omdat ze de strekking hebben de overdraagbaarheid of verpandbaarheid van een geldvordering tegen te gaan.

13 Beekhoven van den Boezem & Van Hengel 2024, p. 240-243. De verwijzing naar het thuishoren in het goederenrecht doelt op de plek van de Wet in de gelaagde structuur van het BW, namelijk in Boek 3.

14 Het doel van de Wet is het verruimen van het kredietpotentieel voor het bedrijfsleven, in het bijzonder het midden- en kleinbedrijf.

15 *Kamerstukken II* 2019/20, 35482, nr. 3, p. 9.

16 *Kamerstukken II* 2019/20, 35482, nr. 3, p. 9.

17 *Kamerstukken II* 2019/20, 35482, nr. 3, p. 9. De wetgever heeft, ogenschijnlijk, geen aansluiting gezocht bij de uitleg van het begrip 'beroep of bedrijf' in de context van art. 1:88 BW, wat in onze ogen ook begrijpelijk is aangezien het begrip in die context een ander (beschermings)doel dient.

18 Zie Rongen 2020, p. 35 en Rongen 2019, p. 107 e.v.

19 In dit artikel gaan we niet in op de vraag of een nietigheidssanctie nodig en/of gepast is. Zie daarover Beekhoven van den Boezem & Van Hengel 2024, p. 240-243; F.E.J. Beekhoven van den Boezem & S. van Hengel, 'Wet opheffing verpandingsverboden', *TvF* 2018/44, p. 291; en F.M.J. Verstijlen, 'De Wet opheffing verpandingsverboden', *WPNR* 2018, afl. 7203, p. 577.

panding 'direct of indirect' beogen tegen te gaan.²⁰ In de MvT worden verschillende voorbeelden genoemd, zoals bedingen die de schuldeiser verbieden een vordering over te dragen of te verpanden, bedingen die een boete zetten op overdracht of verpanding en bedingen die het de schuldeiser slechts toestaan over te dragen aan bepaalde derden of indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Ook kan worden gedacht aan een geheimhoudingsbeding dat is opgenomen met het doel overdracht of verpanding te bemoeilijken, aldus de wetgever.²¹

Dit brengt ons bij de vraag: hoe moet worden bepaald wat de 'strekking' van een beding is? Het antwoord volgt niet met zekerheid uit de MvT.²² Bij de beantwoording van deze vraag moet mogelijk worden aangesloten bij de invulling van de term 'strekking' in andere wetsartikelen, zoals art. 3:40 BW.²³ Op basis van de literatuur en wetsgeschiedenis wordt de strekking van een rechtshandeling ex art. 3:40 lid 1 BW enerzijds bepaald aan de hand van de (ook voor anderen) te voorziene gevolgen van de rechtshandeling en anderzijds op de (ook voor anderen) kenbare motieven van degene die de rechtshandeling verricht.²⁴ In deze context dient de strekking van een rechtshandeling niet in zuiver subjectieve zin te worden opgevat – vereist is dat de gevolgen of motieven ook voor de ander (dus degene tot wie de rechtshandeling is gericht) voorzienbaar c.q. kenbaar zijn op het moment dat de rechtshandeling wordt verricht.²⁵ Voor een overeenkomst (zoals een beding over overdracht of verpanding) moeten de gevolgen voor beide partijen kenbaar zijn en moet het motief van beide partijen hetzelfde zijn. Bij de gevolgen van een rechtshandeling moet worden gedacht aan onder andere voorbereidings- en uitvoeringshandelingen. Bij motieven die de strekking van een rechtshandeling vormen, moet worden gedacht aan de bedoeling van degenen die de rechtshandeling verrichten.²⁶

In casu is het de vraag of, net zoals bij art. 3:40 BW, betekenis toekomt aan de voor partijen voorzienbare gevolgen van een

beding of gaat het alleen om de kenbare motieven van partijen? In de MvT staat:

'(...) in de artikelsgewijze toelichting wordt verduidelijkt dat de nietigheidssanctie alle contractuele bedingen, met inbegrip van boete en geheimhoudingsclausules, kan treffen, voor zover zij bedoeld zijn [in de wettekst: «ertoe strekken»] (...).'²⁷

De verwijzing in de MvT naar de bedoeling kan op een beperkte betekenis van het begrip 'strekking' in de Wet wijzen, maar het is de vraag of de wetgever de vraag naar de reikwijdte van dat begrip in de context van de Wet voor ogen heeft gehad. Dat laatste zou wijzen op een uitleg van het begrip 'strekking' conform andere bepalingen in het BW waar het begrip voorkomt. In elk geval heeft het begrip 'strekking' van een rechtshandeling in art. 3:40 lid 1 BW een objectieve en een subjectieve component.²⁸ Wij menen dat het voor de hand ligt dat het begrip 'strekking' een ruimere betekenis heeft in de context van een toets aan de goede zeden of openbare orde ex art. 3:40 lid 1 BW dan daarbuiten. In die benadering moet voor het begrip 'strekking' in de Wet uitsluitend naar de kenbare motieven (in andere woorden, de *bedoelingen*) van partijen worden gekeken.

Tot slot moet vastgesteld worden welke strekkingen ontoelaatbaar zijn. De wettekst spreekt alleen van bedingen die ertoe strekken cessie of verpandbaarheid 'tegen te gaan', maar de MvT verwijst ook naar bedingen die ertoe strekken de cessie of verpandbaarheid te 'bemoeilijken'.²⁹ De vraag rijst of van een beding dat een cessie of verpanding bemoeilijkt, ook zonder meer kan worden gezegd dat het cessie/verpanding 'tegengaat'. We illustreren het (mogelijke) verschil aan de hand van twee voorbeelden. Een toestemmingsbeding zal, ten eerste, zonder meer de cessie of verpandbaarheid 'tegengaan' nu dit volledig in de macht is van de partij die toestemming moet geven. Ten tweede zal een beding dat bijvoorbeeld inschrijving in een (participanten)register vereist, in de regel de cessie of verpandbaarheid niet 'tegengaan' maar wel 'bemoeilijken' in de zin dat er een extra formaliteit is gaan gelden. In onze ogen heeft de wetgever niet beoogd met de verwijzingen naar 'bemoeilijken' een dergelijke verruiming van de wettekst te bewerkstelligen en dient aangesloten te worden bij de letterlijk tekst van de wet;³⁰ wij zien naast deze verwijzing in de MvT ook geen andere aanknopingspunten.

4 Praktijkvoorbeelden

Wanneer we kijken naar bedingen die na invoering van de Wet mogelijk nietig zijn, moet steeds worden beoordeeld of een dergelijk beding de strekking (de bedoeling) heeft om over-

²⁰ *Kamerstukken II* 2019/20, 35482, nr. 3, p. 12.

²¹ *Kamerstukken II* 2019/20, 35482, nr. 3, p. 12.

²² Dat wil zeggen dat de MvT niet expliciet stelt hoe moet worden bepaald dat een beding de 'strekking' heeft, wel geeft de MvT houvast doormiddel van diverse voorbeelden.

²³ Art. 3:40 BW: '1. Een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, is nietig. 2. Strijd met een dwingende wetsbepaling leidt tot nietigheid van de rechtshandeling, doch, indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling, slechts tot vernietigbaarheid, een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit. 3. Het vorige lid heeft geen betrekking op wetsbepalingen die niet de strekking hebben de geldigheid van daarmede strijdige rechtshandelingen aan te tasten.'

²⁴ Van Kooten, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:40 BW, aant. 7.6 (online, bijgewerkt 15 februari 2019). Zie ook Parl. Gesch. BW Boek 3, 1981, p. 190.

²⁵ Parl. Gesch. BW Boek 3, 1981, p. 190. Zie ook HR 11 mei 1951, ECLI: NL:HR:1951:AG1977, NJ 1952/128, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*Burgman/Avolanda*).

²⁶ Van Kooten, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:40 BW, aant. 7.6 (online, bijgewerkt 15 februari 2019). Zie ook Parl. Gesch. BW Boek 3, 1981, p. 190, aant. 7.6 en 7.7.

²⁷ Cursivering door auteurs. *Kamerstukken II* 2019/20, 35482, nr. 3, p. 7.

²⁸ Asser/Sieburgh 6-III 2018/653.

²⁹ *Kamerstukken II* 2019/20, 35482, nr. 3, p. 12.

³⁰ Wij zien naast de enkele MvT-verwijzing naar 'bemoeilijken' ook geen andere aanknopingspunten om aan te nemen dat waar de wet spreekt van 'tegengaan' eigenlijk een ruimere maatstaf moet gelden.

dracht of verpanding tegen te gaan of te bemoeilijken. Als de term ‘strekking’ alleen de bedoelingen en niet de voorzienbare gevolgen omvat, dan zou een beding (van bijvoorbeeld bevrijdende betaling of geheimhoudingsclausule zoals genoemd in de MvT) strikt genomen geldig moeten zijn, tenzij duidelijk van een ongeoorloofde bedoeling blijkt.³¹ Als de bewoording van het beding expliciet duidelijk maakt dat overdracht en/of verpanding is uitgesloten of is onderworpen aan bepaalde voorwaarden (bijvoorbeeld overdracht is alleen mogelijk aan professionele marktpartijen), dan lijkt de conclusie onontkoombaar dat het beding een ongeoorloofde strekking heeft en dus nietig is. Een goederenrechtelijk beding wordt zonder meer geraakt door de Wet. Bij een verbintenissenrechtelijk beding kan twijfel ontstaan, omdat cessie niet geheel wordt tegengegaan. In het aangehaalde voorbeeld (overdracht is alleen mogelijk aan professionele marktpartijen) wordt alleen de kring van mogelijke cessionarissen beperkt (wat de facto kan meebrengen dat er geen gegadigden zijn).

4.1 Obligaties

In het nieuwe lid 4 van de Wet is onder meer een uitzondering opgenomen voor geldvorderingen uit een krediet- of geldleningsovereenkomst waarbij aan de kant van de kredietgever meerdere partijen betrokken zijn of zullen zijn.³² Uit de MvT volgt dat gedacht is aan syndicaatsleningen (inclusief bilaterale leningen die syndiceerbaar zijn), maar wordt ook opgemerkt dat de uitzondering van belang kan zijn voor crowdfunding.³³ Rongen merkt op dat voor deze uitzondering mogelijk ook kan worden gedacht aan obligatieleningen (op naam) waarbij meerdere obligatiehouders deelnemen in de uitgifte van de obligatielening. Hij baseert dit op de heersende opvatting dat er bij obligatieleningen sprake is van een samenstel van onderling samenhangende leningsovereenkomsten. Daar plaatst hij de opmerking bij dat voor de toepassing van de uitzondering doorslaggevend zou moeten zijn dat de obligaties onderdeel zijn van één en dezelfde obligatielening.³⁴

Uit de MvT volgt dat de uitzondering voor syndiceerbare leningen van art. 3:83 lid 4 sub b BW wordt gerechtvaardigd door het feit dat een dergelijk cessie- en verpandingsverbod of -beperking internationaal gezien gebruikelijk is. Daarmee is voor de wetgever genoeg reden om voor deze leningen een uitzondering te maken om zo te voorkomen dat het Nederlands recht op dit punt internationaal in een uitzonderingspositie komt. Ook voor obligaties (op naam) geldt dat een dergelijk beding internationaal gezien gebruikelijk is. De internationale markt voor obligaties wordt grotendeels gedreven wordt door Engels en Amerikaans recht waar dergelijke bedingen wel toelaatbaar zijn in die context. Het ligt daarom wat ons betreft

voor de hand dat ook obligaties onder de uitzondering van art. 3:83 lid 4 sub b BW vallen.

De redenatie van Rongen ten aanzien van obligatieleningen kunnen wij goed volgen en die visie lijkt ook ondersteund te worden door de opmerking in de MvT dat deze uitzondering ook van belang kan zijn voor crowdfunding. Er zijn namelijk verschillende vormen van crowdfunding: *reward-based crowdfunding*,³⁵ *donation-based crowdfunding*,³⁶ *crowdlending*³⁷ en *crowdinvesting*.³⁸ Het ligt voor de hand dat de wetgever het in de MvT over *crowdlending* heeft. Bij *crowdlending* zijn twee vormen denkbaar: een constructie waarbinnen de geldgevers gezamenlijk één geldleningsovereenkomst aangaan met de initiatiefnemer en een constructie waarbinnen iedere geldgever individueel een geldleningsovereenkomst aangaat met de initiatiefnemer en er dus verschillende overeenkomsten bestaan. Het hangt af van de inhoud van de geldleningsovereenkomst en/of de algemene voorwaarden die het crowdfundingplatform hanteert welke constructie geldt.⁴⁰

Voor zowel leningen als obligaties (op naam) is van belang dat deze gestructureerd zijn als één en dezelfde (obligatie)lening om deze binnen de reikwijdte van de uitzondering in art. 3:84 lid 4 sub b BW te laten vallen.

4.2 Boete- en geheimhoudingsclausules

Boete- en geheimhoudingsclausules worden expliciet als voorbeeld genoemd van bedingen die ertoe kunnen strekken om overdracht of verpanding van geldvorderingen tegen te gaan.⁴¹ In de regel zullen deze clausules niet de strekking hebben om overdracht of verpanding direct of indirect te beperken, maar deze clausules kunnen de financierbaarheid van dergelijke vorderingen wel degelijk bemoeilijken. Deze vorderingen zullen namelijk minder geschikt zijn als onderpand. De wetgever laat ruimte voor dergelijke bedingen nu de wetgever in de MvT lijkt te suggereren dat dergelijke bedingen niet zonder meer een ongeoorloofde strekking hebben.⁴² Steeds moet worden beoordeeld wat de bedoeling van de partijen was voor het overeenkomen van een dergelijk beding. Partijen zouden bij

31 *Kamerstukken II* 2019/20, 35482, nr. 3, p. 7. Zie in het bijzonder de verwijzing van de wetgever naar het feit dat de nietigheidssanctie een geheimhoudingsclausule kan raken.

32 Andere uitzonderingen zijn: geldvorderingen uit betaal- en spaarrekeningen, geldvorderingen uit de afwikkeling van betalings- en effectentransacties en geldvorderingen die op een G-rekening kunnen worden betaald.

33 *Kamerstukken II* 2019/20, 35482, nr. 3, p. 7 en 11.

34 Rongen 2020, p. 43.

35 Bij *reward-based crowdfunding* verstrekt de geldgever een (voor)financiering van een (te ontwikkelen) product of dienst van de initiatiefnemer met als tegenprestatie een exemplaar van het ontwikkelde product.

36 *Donation-based crowdfunding* is een schenking.

37 Bij *crowdlending* lenen de geldgevers gezamenlijk geld uit aan de initiatiefnemer; deze is meestal rente verschuldigd en de lening moet uiteindelijk worden afgelost.

38 Bij *crowdinvesting* participeert de geldgever daarentegen in het vermogen van de onderneming van de initiatiefnemer. De geldgever verkrijgt hierbij aandelen en de daaraan verbonden zeggenschapsrechten, die zijn uitgegeven door de initiatiefnemer.

39 A.V.J. van Beusekom, ‘De privaatrechtelijke rechtsverhouding bij crowdlending’, *NTBR* 2020/36, p. 255-256.

40 Van Beusekom 2020, p. 260-261.

41 *Kamerstukken II* 2019/20, 35482, nr. 3, p. 7.

42 Het is daarbij ook slecht voor te stellen dat de wetgever heeft beoogd alle geheimhoudingsbedingen te raken met de Wet en daarom moet er per beding gekeken worden, op basis van de bedoelingen en de relevante feiten en omstandigheden, of het geheimhoudingsbeding de strekking heeft om overdraagbaarheid of verpandbaarheid tegen te gaan.

wijze van alternatief ook een uitzondering op een geheimhoudingsbeding kunnen afspreken voor de verstrekking van bepaalde informatie in het kader van het aantrekken van een financiering en op basis daarvan betogen dat zij daarom niet de bedoeling hebben om een overdracht of verpanding tegen te gaan. Als voorbeelden kan gedacht worden aan het verstrekken van financiële ratio's op basis waarvan een (potentiële) financier een risico-inschatting moet maken alvorens deze bereid is om (aanvullende) financiering te verstrekken of in het kader van intra-groepfinancieringen het overleggen van de uitkomst van een *transfer pricing*-analyse op basis waarvan de rente van de betreffende lening wordt vastgelegd. Wij zijn van mening dat bestaande geheimhoudingsclausules in ieder geval moeten worden aangepast voor zover zij zien op geldvorderingen uit hoofde van beroep op bedrijf in de zin van het nieuwe art. 3:83 lid 3 BW. Doet men dat niet, dan is een dergelijk beding mogelijk geheel nietig. Wij menen dat de Wet voor partiële nietigheid van een cessie- of verpandingsbeding ruimte laat. Uitgangspunt van het Nederlandse recht is het zoveel mogelijk in stand laten van rechtshandelingen en het kent de instrumenten partiële nietigheid en wettelijke conversie. De tekst van de Wet laat ruimte voor de nietigheid van een geheimhoudingsbeding voor zover het de strekking heeft om verpanding of overdracht van vorderingen tegen te gaan.⁴³ Aldus zou de vorderingscrediteur de pandhouder wel informatie kunnen verschaffen omtrent de vordering.

4.3 Bedingen om een fiscale of juridische kwalificatie te waarborgen

In de praktijk wordt door contractspartijen veelvuldig gebruikgemaakt van bedingen die direct of indirect de cessie en verpanding van geldvorderingen kunnen beperken, onder meer in gevallen waarin een crediteur een bepaalde (vaak bewust gekozen) fiscale of juridische kwalificatie wil waarborgen. Gedacht kan worden aan de volgende voorbeelden:

a Overdracht bij beleggingsinstellingen

Beheerders van beleggingsinstellingen kunnen op basis van art. 2:66a (lid 2) Wft vrijgesteld zijn van de vergunningsplicht van art. 2:65 Wft indien rechten van deelneming bijvoorbeeld uitsluitend worden aangeboden aan professionele beleggers.⁴⁴ Bij een beleggingsinstelling die de vorm van commanditaire vennootschap heeft, wordt in de praktijk onder meer vertrouwd op een contractueel verbod om de rechten en verplichtingen (waaronder de geldvorderingen, in het bijzonder de vordering van een investeerder om distributies te ontvangen) onder de vennootschapsovereenkomst (de fondsovereenkomst) over te dragen of te verpanden aan niet-professionele beleggers en is voorafgaande goedkeuring van de beheerder

vereist voor een overdracht of verpanding.⁴⁵ De ratio van een dergelijk beding is dat bij een overdracht de beheerder potentieel (onbedoeld) vergunningplichtig kan worden.⁴⁶

b Overdracht bij participatiestructuur voor teamleden van beleggingsinstellingen

Teamleden van een beheerder van beleggingsinstellingen verkrijgen geregeld het recht om participant te worden in *carried interest vehicles* (dit zijn *vehicles* waar teamleden door middel van het verkrijgen van deelnemingsrechten, bijvoorbeeld in de vorm van aandelen of een commanditair belang, indirect gerechtigd worden tot een deel van de winst van een van de beleggingsinstellingen van die beheerder)⁴⁷ en/of het recht om te investeren in de beleggingsinstellingen beheerd door die beheerder via co-investeringsvehicles (dit zijn *vehicles* waar teamleden van de beheerder door middel van deelnemingsrechten kunnen investeren in een van de fondsen beheerd door die beheerder op voorwaarden die gelijk zijn aan de voorwaarden die gelden voor alle andere investeerders in de betreffende beleggingsinstelling).⁴⁸ De toezichtrechtelijke kwalificatie van dergelijke participatiestructuren is afhankelijk van de vraag of uitsluitend (huidige en oud-)teamleden van de beheerder participeren. Kort gezegd is de AIFM-richtlijn bijvoorbeeld niet van toepassing op *carried interest vehicles*⁴⁹ en vallen co-investeringsvehicles buiten het bereik van de Wft op basis van art. 1:13a lid 1 sub e Wft.⁵⁰ In beide gevallen is het van belang dat de kring van participatiehouders beperkt is en zullen beheerders – ter bescherming van de toezichtrechtelijke status – in participatieovereenkomsten een algemeen verbod op overdracht en verpanding van alle rechten en plichten (waaronder de geldvorderingen) onder die overeenkomsten opnemen.

⁴⁵ Voor de vraag of een beding nietig is op grond van de Wet is het relevant om telkens goed vast te stellen wie de schuldenaar en schuldeiser van de betreffende geldvordering zijn en vervolgens tussen wie het betreffende beding wordt overeengekomen. In dit kader is de geldvordering uit hoofde van distributies (afhankelijk van de structuur van de beleggingsinstelling en de bewoording van de fondsovereenkomst) veelal een vordering van de betreffende investeerder als schuldeiser op de beleggingsinstelling als schuldenaar. Eventuele bedingen die overdraagbaarheid beperken, zijn veelal algemene bepalingen die niet expliciet specificeren welke partijen bij de meerpartijenovereenkomst dit beding overeenkomen, waarmee het uitgangspunt moet gelden dat alle partijen bij de overeenkomst gebonden zijn en een beroep kunnen doen op dergelijke bedingen.

⁴⁶ Waarbij zij opgemerkt dat uit één of een combinatie van meerdere vrijstellingsvoorwaarden gekozen kan worden om te voldoen aan de vereisten van art. 2:66a Wft, zoals bijvoorbeeld een minimale (eerste) inleg van EUR 100.000. Zie ook Sectorbrief AIFM light beheerders van de Autoriteit Financiële Markten van 15 april 2021.

⁴⁷ De term *carried interest* wordt gebruikt om het recht van een beheerder (en haar teamleden) van een beleggingsinstelling om mee te delen in de opbrengsten van een beleggingsinstelling tegen gunstiger voorwaarden.

⁴⁸ Zie voor een uitgebreide bespreking van dergelijke structuren I.J.W. Veldman & M.C. Maters, “The carried and the stick”: verkenning naar gebruikelijke participatiestructuren voor teamleden van een beheerder van beleggingsinstellingen vanuit toezicht-, ondernemings- en civielrechtelijk perspectief, *MvO* 2017/7.

⁴⁹ Art. 2 lid 3 sub f AIFM-richtlijn.

⁵⁰ Art. 1:13a lid 1 sub e Wft bepaalt dat het ingevolge de Wft bepaalde ten aanzien van beheerders en beleggingsinstellingen niet van toepassing is op werknemersparticipatie- of werknemersspaarlannen.

⁴³ Voorzover het vordering betreft die binnen de reikwijdte van de Wet vallen.

⁴⁴ R.J. Boogaard, ‘AIFMD: veranderd toezicht op beheerders van beleggingsinstellingen in Nederland’, *O&F* 2015/2.

*c Bronbelasting en tax gross-up*⁵¹

De Wet bronbelasting 2021 bepaalt dat bronbelasting is verschuldigd op rente- en royaltybetalingen aan gelieerde lichamen in laagbelastende jurisdicties. Bronbelasting kan voor negatieve effecten zorgen op de schuldkapitaalmarkt. In de regel vallen de typische investeerders op deze markten niet onder de reikwijdte van de Wet bronbelasting 2021 (want dit zijn niet-gelieerde lichamen), maar in de documentatie wordt naar goed gebruik rekening gehouden met het geval dat gelieerde lichamen in laagbelastende jurisdicties⁵² een belang nemen in de betreffende schuldinstrumenten. In de documentatie wordt daarin voorzien door:

- het zogenaamde *tax gross-up*-beding, waaruit volgt dat de investeerder wordt gecompenseerd voor eventuele fiscale inhoudingen op betalingen door de schuldenaar.⁵³ In de praktijk wordt geregeld afgesproken dat er geen *gross-up*-bepaling geldt voor bepaalde investeerders (zoals financiers in laagbelastende jurisdicties). Een dergelijk beding heeft tot gevolg dat de investeerders waar geen *gross-up* voor geldt een (materieel) slechtere financiële positie zouden hebben onder die overeenkomst waardoor effectief een overdracht aan dergelijke investeerders wordt tegengegaan; en
- beding waaruit volgt dat gelieerde lichamen niet mogen investeren in de betreffende schuldinstrumenten.⁵⁴

Omdat ook bedingen die overdracht of verpanding slechts onder bepaalde voorwaarden toestaan, zoals voorafgaande goedkeuring door de beheerder van een beleggingsinstelling, een belemmering voor overdracht of verpanding met zich (kunnen) brengen, kunnen de bovenstaande bedingen afhankelijk van hun strekking onder de nietigheidssanctie van de Wet vallen. Kijkend naar de *kenbare motieven* van elk van deze bedingen is het relevant dat het in de besproken voorbeelden telkens gaat om bepalingen die niet bedoeld zijn om cessie of verpanding tegen te gaan, maar juist tot doel hebben om een toezichtrechtelijke of fiscale status te waarborgen. De toets echter die een dergelijk beding in het kader van de Wet moet doorstaan, is of het beding de strekking heeft om cessie of verpanding uit te sluiten of tegen te gaan. Eisen met betrekking tot de hoedanigheid van de contractspartij of rechthebbende, zoals de kwalificatie als professionele belegger of werknemer, kunnen een dergelijke strekking hebben. Het zal van geval tot geval moeten worden bekeken of bedingen die niet expliciet de overdraagbaarheid uitsluiten of afhankelijk stellen van toe-

stemming, maar de naleving van bepaalde vereisten (bijvoorbeeld via verklaringen of ‘representations’) contractueel afdwingen, de strekking hebben om cessie of verpanding tegen te gaan.

Zoals aangegeven zijn wij van mening dat de Wet in ieder geval in de weg staat aan cessie- en verpandingsbedingen met goederenrechtelijke werking. Voor zover het gaat om fiscale bepalingen in leningsdocumentatie, zullen deze in de regel onder de uitzondering voor syndicaatsleningen van art. 3:83 lid 4 BW vallen.

4.4 Sancties en AML

Zoals bekend zijn verschillende marktpartijen⁵⁵ gebonden aan sanctiewetgeving en antiwitwasregels (ook wel bekend als AML). Onderscheid kan worden gemaakt tussen bedingen die beperkingen stellen aan overdracht en verpanding om te voldoen aan wettelijke verplichtingen⁵⁶ en bedingen die tot doel hebben om te voldoen aan (intern) AML-beleid van onder meer financiële instellingen.⁵⁷ Voornoemd intern beleid gaat vaak verder dan de wettelijke verplichtingen en is in lijn met de functie die financiële instellingen als poortwachter hebben om klanten te controleren en transacties te monitoren.⁵⁸ Het kan naar onze mening niet zo zijn dat een beding dat de schuldeiser verbiedt de vordering over te dragen of verpanden aan een gesanctioneerde partij (dan wel cessie of verpandbaarheid in die zin beperkt), ongeldig is met als gevolg dat de schuldenaar geconfronteerd wordt met een gesanctioneerde partij (cessio-naris/pandhouder) en de schuldenaar daardoor toepasselijke sanctiewetgeving overtreedt. Wij menen dat een beding waarmee de schuldenaar kan bereiken dat hij aan wettelijke verplichtingen voldoet is toegestaan.⁵⁹ Betoogd kan worden dat sanctie- en AML-regelgeving waaraan de schuldenaar gebonden is, met zich kan brengen dat het de schuldeiser niet is toegestaan de vordering aan een bepaalde partij over te dragen of te verpanden op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid.⁶⁰

Wat mogelijk wel onderwerp van de nietigheidssanctie ingevolge de Wet is, zijn bedingen waaruit beperkingen voortvloeien voor overdracht of verpanding aan personen die onder het bredere AML-beleid van een bepaalde partij vallen, maar die

51 Zie verder B. Wingen & M. Verhoog, ‘Wet bronbelasting 2021: een conditionele bronbelasting op renten en royalty’s’, TvOB 2020/2.

52 Laagbelastende jurisdicties zijn rechtsgebieden waar de winstbelasting (ook wel vennootschapsbelasting genoemd) een statutair tarief heeft van 9% of lager, of waar het land op de EU-lijst van non-coöperatieve rechtsgebieden staat. Zie verder <https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/belastingdienst/zakelijk/winst/bronbelasting-rente-en-royalty/bronbelasting-op-renten-en-royalty>.

53 R.M. Wibier, ‘Schuld- en contractsoverneming: Engels recht’, in: *Overgang van vorderingen en schulden en afstand van vorderingen* (Monografieën BW nr. B44), Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 51.

54 Wingen & Verhoog 2020, p. 77-78.

55 Zoals financiële instellingen.

56 De Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) moet voorkomen dat criminelen geld witwassen dat ze met misdaad hebben verdiend en dat terrorisme wordt gefinancierd. De Wwft geldt voor alle meldingsplichtige instellingen. Dit zijn instellingen die burgers toegang geven tot het financiële stelsel. Bijv. banken, advocaten en handelaren in goederen. Zie ook <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/financiele-sector/aanpak-witwassen-en-financiering-terrorisme/veelgestelde-vragen-wwft>.

57 Maar ook: makelaars, notarissen, belastingadviseurs, advocaten, crypto-bedrijven en bemiddelaars bij aankoop en verkoop van bijv. kunst, auto’s en juwelen.

58 Zie verder <https://www.nvb.nl/themas/veilig-en-integer-financieel-stelsel/banken-als-poortwachter/>.

59 Zie art. 3:40 BW.

60 Zie art. 6:2 248 BW.

verder reiken dan waartoe de wet noodzaakt. Dan is het de vraag wat de strekking van een dergelijk beding is en of dat beding verder gaat dan wat ingevolge de redelijkheid en billijkheid geoorloofd is. Is de strekking van een dergelijk beding om overdracht of verpanding te beperken (dat is menen wij evident het geval als uit de expliciete bewoordingen van het beding volgt dat overdracht aan deze groep personen wordt beperkt of aan voorwaarden is onderworpen) of heeft het beding een andere strekking, zoals bijvoorbeeld het beperken van reputatierisico (en ligt dat impliciet, via verklaringen van de schuldenaar, besloten in de documentatie)? Steeds zal gekeken moeten worden naar de strekking van het betreffende beding om te beoordelen wanneer de grenzen van de redelijkheid en billijkheid worden overschreden en het beding mogelijk nietig is ingevolge het bepaalde in de Wet.

4.5 *Beding van bevrijdende betaling*

Uit een beding van bevrijdende betaling volgt dat een schuldenaar het recht, maar niet de verplichting, heeft om zijn schuld altijd te betalen aan zijn oorspronkelijke schuldeiser. Door verschillende auteurs is aandacht gevraagd voor de positie van de schuldenaar.⁶¹ In de Wet zou moeten worden neergelegd dat een schuldenaar altijd bevrijdend zou moeten kunnen betalen aan zijn oorspronkelijke schuldeiser zodat daarmee recht wordt gedaan aan de belangen die een schuldenaar bij een cessie- of verpandingsbeding zou hebben.

Tijdens de voorbereiding van de Wet is met verschillende stakeholders gesproken over deze mogelijkheid.⁶² In de MvT staat hierover het volgende:

‘Met name vanuit het midden- en kleinbedrijf bestond hiertegen bezwaar. Deze mogelijkheid brengt namelijk mee dat de oorspronkelijke schuldeiser betalingen die hij ontvangt ter voldoening van vorderingen waarvoor de cessionaris of pandhouder inmiddels inningsbevoegd is, af zou dienen te scheiden van zijn overige vermogen. Alleen op die manier kan – met behulp van nadere regelgeving – worden verzekerd dat deze betalingen uiteindelijk ten goede komen aan de cessionaris of pandhouder. Een dergelijke afscheidingsplicht is voor bedrijven in de mkb-sector bezwaarlijk. Zij kunnen dan niet meer vrijelijk beschikken over alle gelden die bij hen binnenkomen. Afscheiding is organisatorisch ingewikkeld en brengt naar verhouding grote administratieve lasten voor mkb-bedrijven mee. Om deze reden is ervoor gekozen om op andere wijze met het belang van de schuldenaar bij een eenduidig betalingsadres rekening te houden, namelijk door invoering van het verzoek van een schriftelijke mededeling.’⁶³

Nu de Nederlandse wet het concept van de trust niet kent, kan vermogen alleen worden afgescheiden door een speciaal voor (in dit geval) ontvangst van gelden op te richten entiteit (bij voorkeur een stichting, nu deze geen aandeelhouders heeft) met beperkte doelomschrijving. Zonder afscheiding van vermogen zal de oorspronkelijke schuldenaar moeten bijhouden welke betalingen die hij ontvangt te koppelen zijn aan geceerde of verpande vorderingen. Dat kan inderdaad leiden tot een administratieve last. Het is de vraag of uit bovenstaande is af te leiden dat de wetgever van mening is dat een expliciet tussen partijen overeengekomen beding van bevrijdende betaling geacht moet worden de strekking te hebben verpanding of cessie tegen te gaan. Wij menen dat dit niet eenduidig is af te leiden uit de wetsgeschiedenis.

Er zijn verschillende (financierings)structuren te bedenken waarin een beding van bevrijdende betaling niet de strekking heeft om overdracht te beperken, maar de strekking heeft om de administratieve lasten van schuldenaren te beperken. In de context van beleggingsinstellingen komt het voor dat bepaalde investeerders met de beleggingsinstelling afspreken dat ze verplichte kapitaalstortingen uitsluitend doen op één specifieke rekening van de beleggingsinstelling.⁶⁴ Een dergelijk beding van bevrijdende betaling kan worden gezien als een beding dat ertoe strekt de verpandbaarheid of overdraagbaarheid te bemoeilijken omdat hiermee de pandhouder potentieel niet op een eigen rekening de verpande vordering kan innen. In de praktijk worden dergelijke bedingen echter ook overeengekomen als het de betreffende investeerder op basis van wettelijke voorschriften of interne beleidsregels niet is toegestaan om betalingen te doen aan partijen waar ze niet op voorhand vergaande controles⁶⁵ op kunnen doen. Het doel van een dergelijke bepaling is dan niet om de verpandbaarheid van de onderliggende vordering te beperken. Verdedigbaar is (conform de redenering over nakoming van sanctie- en AML-regelgeving) dat een beding in het kader van een wettelijk voorschrift niet geraakt wordt door de nietigheidssanctie ingevolge het bepaalde in de Wet, maar een beding ter nakoming van interne beleidsregels wel. In de praktijk kan dit problematisch zijn voor investeerders voor wie een dergelijk beding een cruciaal onderdeel is van de voorwaarden die ze stellen aan een investeringsbeslissing.

4.6 *Fusie- en overnamepraktijk*

In de fusie- en overnamepraktijk worden cessie- en verpandingsverboden veelvuldig toegepast, bijvoorbeeld in de context van geldvorderingen die een koper mogelijk op een verkoper kan verkrijgen in het kader van verkopersgaranties afgegeven ten aanzien van het object van de transactie in de

61 W.H.B.K. Nieuwesteeg, ‘Verdeel de nadelen van het opheffen van verpandingsverboden’, *WPNR* 2021, afl. 7347; R.M. Wibier, ‘Wet inperking contractsvrijheid’, *WPNR* 2023, afl. 7410 en Rongen 2020. Zie ook *Kamerstukken II* 2019/20, 35482, nr. 3, p. 5.

62 Dit heeft betrekking op de mogelijkheid om in de wet te bepalen dat de schuldenaar altijd bevrijdend aan de cedent of pandgever kan betalen.

63 *Kamerstukken II* 2019/20, 35482, nr. 3, p. 5.

64 Het is gebruikelijk dat investeerders zich committeren om, op eerste verzoek van de beheerders, telkens kapitaalstortingen te doen tot een bepaald vooraf afgesproken maximumbedrag. Daar ontstaat dus telkens een vordering van de beleggingsinstelling op de investeerder in het kader van de kapitaalstortingen. Die vorderingen worden geregeld gebruikt als onderpand voor financieringen aangetrokken door die beleggingsinstellingen (ook wel *capital call*-faciliteiten genoemd).

65 Zoals sanctie- en AML-controles. Zie verder par. 4.4.

onderliggende koopovereenkomst. De verkoper zoekt door middel van een cessie- en verpandingsverbod bescherming tegen de situatie waarin een derde uiteindelijk rechthebbende van garantievorderingen is. Dit komt voort uit de gedachte dat de verkoper gecontracteerd heeft met de koper en in bepaalde mate comfortabel is met de koper en diens gedragingen, maar dat in mindere mate ervaart bij een derde. In het kader van financieringen is het gebruikelijk dat vorderingen uit hoofde van (of in verband met) de koopovereenkomst kunnen worden verpand ten gunste van een financier van de koper.⁶⁶ Als een dergelijk beding de strekking heeft om alleen bezwaring ten gunste van een financier mogelijk te maken, is dat beding nietig ingevolge het bepaalde in de Wet. In de praktijk maakt het waarschijnlijk niet zoveel uit, nu verpanding ten gunste van een mogelijke financier van koper gebruikelijk is. De verpandbaarheid van deze vorderingen zullen de financieringsruimte voor bedrijven waarschijnlijk niet vergroten ten opzichte van de huidige situatie. Wel worden verkopers blootgesteld aan het risico dat de mogelijke geldvorderingen van de koper op de verkoper gecedeerd of verpand kunnen worden ten gevolge van de Wet.

De besproken voorbeelden zijn slechts een selectie, ter illustratie. Er zijn nog veel meer voorbeelden te noemen. Ter afsluiting van deze paragraaf noemen wij er nog één: geldvorderingen in het kader van bankgaranties. In de praktijk bevatten garantievooraarden vaak een (beperking op de) overdraagbaarheid van de garantie, mede vanuit de gedachte dat de opdrachtgever erop vertrouwt dat de begunstigde zorgvuldig met het afroeprecht omgaat.⁶⁷ De nietigheid van cessie- en verpandingsverboden in garantievooraarden kan in de praktijk tot complicaties leiden, mede gelet op het feit dat dergelijke beperkingen internationaal gangbaar zijn.⁶⁸

5 Negative pledge

Voor een deel van de bovenstaande praktijkvoorbeelden kan het gebruik van een *negative pledge*-bepaling uitkomst bieden.⁶⁹ Uit de MvT volgt expliciet dat *negative pledge*-bepalingen toelaatbaar blijven nu dit niet gaat om een beding tussen de schuldeiser en schuldenaar van de betreffende geldvordering maar een afspraak tussen de schuldeiser en een ander.⁷⁰ Het nut van deze mogelijkheid zal deels afhangen van de vraag wie de ‘ander’ moet zijn – in de fusie- en overnamepraktijk kan men denken aan een *negative pledge*-beding dat wordt overeengekomen tussen de verkoper en een dochtervennoot-

schap van de koper. Dergelijke bedingen kunnen separaat vastgelegd worden maar potentieel ook in de koopovereenkomst, indien duidelijk wordt vastgesteld tussen welke partijen het *negative pledge*-beding wordt overeengekomen.

Als wij de tekst van de MvT volgen dan zijn (*negative pledge*-)bedingen zonder meer toegestaan onder art. 3:83 lid 3 BW voor zover ze niet zijn overeengekomen tussen schuldeiser en schuldenaar en is deze mogelijk dus ruim in te zetten. Wij vragen ons wel af of dergelijke bedingen ook toelaatbaar blijven indien ze evident zijn opgetuigd om het verbod van art. 3:83 lid 3 BW te ontduiken. Daarbij is nog relevant in dit kader dat in meerpartijenovereenkomsten er soms onduidelijkheid kan bestaan over de vraag wie de schuldenaar (of schuldeiser) van een geldvordering is en tussen welke partijen bij die overeenkomst bepaalde restrictieve bedingen worden overeengekomen (bijvoorbeeld als een beding in algemene zin de cessie of verpanding verbiedt zonder te specificeren welke partijen gehouden zijn aan dat beding). In elk geval is het bij meerpartijenovereenkomsten aan te raden om telkens duidelijk vast te stellen wie de schuldenaar en schuldeiser van een geldvordering zijn en vervolgens tussen wie het betreffende (*negative pledge*-)beding wordt overeengekomen.

6 Conclusie

De wetgever heeft gekozen voor een ruime reikwijdte van de Wet. In de praktijk worden daardoor contractspartijen van allerlei soorten en maten met uitdagingen en problemen geconfronteerd. Een deel van de uitdaging komt voort uit de verwijzing in art. 3:83 lid 3 BW naar bedingen die *ertoe strekken* ‘vervreemding of verpanding (...) tegen te gaan’.

Wij pleiten voor een strikte interpretatie van de wettekst voor de beoordeling van de vraag of een beding ertoe strekt de overdraagbaarheid of verpandbaarheid van een dergelijke geldvordering geheel of gedeeltelijk uit te sluiten dan wel vervreemding of verpanding ervan tegen te gaan. De strekking van het beding moet beoordeeld worden aan de hand van de bedoeling van het beding. Daarbij stellen wij ons op het standpunt dat bedingen die de schuldenaar in staat stellen een bepaald wettelijk voorschrift na te leven, niet ook ertoe strekken de overdraagbaarheid of verpandbaarheid geheel of gedeeltelijk uit te sluiten of vervreemding of verpanding in de zin van de Wet tegen te gaan en dus niet geraakt worden door de nietigheidssanctie. Dit geldt waarschijnlijk niet als een beding ertoe strekt interne (strengere) beleidsregels van een contractspartij na te leven.

Ook bij toepassing van een dergelijke minder strikte interpretatie zal er telkens per geval beoordeeld moeten worden of een cessie- of verpandingsbeding toelaatbaar is of nietig. Dit levert de nodige mate van rechtsonzekerheid op in de praktijk en raakt voor een groot deel ook partijen die geen direct voordeel ondervinden van de Wet en niet tot het midden- en kleinbedrijf behoren.

⁶⁶ In de praktijk bevatten verpandingsverboden in dergelijke overeenkomsten vaak een expliciete uitzondering voor verpanding door de koper ten behoeve van haar financier.

⁶⁷ Onderscheid dient te worden gemaakt tussen het afroeprecht (als wilsrecht) en de daaruit voortvloeiende geldvordering tot uitkering. Zie over de overdraagbaarheid van bankgaranties onder andere E.L.A. van Emden & E.A.L. van Emden, *Bankgarantie* (R&P nr. FR4), Deventer: Wolters Kluwer 2014, par. 7.2.

⁶⁸ Zie ook art. 33 van de Uniform Rules for Demand Guarantees.

⁶⁹ Een *negative pledge*-bepaling is een afspraak tussen twee partijen waarbij de ene partij zich committeert jegens de ander om een of meer van haar bezittingen niet te bezwaren ten behoeve van derden.

⁷⁰ *Kamerstukken II* 2019/20, 35482, nr. 3, p. 12.