

Cessie

De overdracht van vorderingen op naam

Prof.mr. H.L.E. Verhagen

Mr. M.H.E. Rongen

Kluwer

2000

302

A

21

Inleiding

Driehoeksverhoudingen zijn een delicatessen voor civilisten. Onderwerpen als vertegenwoordiging, derdenbeding en indirecte verrijking vergen vaak veel van het denkvermogen van de jurist. Dit geldt zeker ook voor de cessie, een onderwerp van vermogensrecht dat mede vanwege zijn dualistisch karakter – overdracht *en* crediteursvervanging – tot allerlei boeiende vraagstukken leidt. De overdracht van vorderingen op naam is bovendien van groot praktisch belang. Bij factoring, securitisation en andere financieringstechnieken op basis van vorderingen is de cessie de cruciale rechtshandeling. Academisch uitdagend en praktisch belangrijk: voldoende ingrediënten derhalve voor een aan de cessie gewijd preadvies. Wij zijn dan ook verheugd dat wij aan de cessie van vorderingen op naam een preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht hebben mogen wijden. De laatste zes jaar hebben wij regelmatig over bepaalde aspecten van de cessie gepubliceerd. Dit preadvies stelde ons in staat een veelomvattende studie van de cessie te maken, waarbij de door ons reeds beschreven deelonderwerpen in samenhang met andere aspecten van de cessie bestudeerd konden worden.

De cessie van vorderingen op naam heeft een dualistisch karakter. De cessie kan men goederenrechtelijk gelijkstellen aan andere vormen van levering, zoals de levering van roerende zaken door bezitsverschaffing, terwijl de cessie verbintenissenrechtelijk tot dezelfde categorie behoort als andere rechtsfiguren waarbij crediteursvervanging optreedt, zoals subrogatie en contracts-overneming. Juist bij de overdracht van vorderingen heeft het nieuwe Burgerlijk Wetboek ingrijpende veranderingen doorgevoerd, ten aanzien waarvan veel verschil van mening in de literatuur bestaat. Wij zullen dan ook vrijwel uitsluitend aandacht besteden aan de goederenrechtelijke aspecten van de cessie. Hoewel de vestiging van een pandrecht en het leggen van beslag op vorderingen in beginsel buiten het domein van dit preadvies vallen, zal toch regelmatig aandacht aan deze rechtsfiguren besteed worden. Vanwege de nauwe samenhang die op vrijwel alle door dit preadvies bestreken terreinen bestaat tussen cessie, verpanding en beslag was dit onvermij-

ISBN 90 268 3620 1

© 2000 H.L.E. Verhagen, M.H.E. Rongen

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden veeleenvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471, en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprerecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

delijk. Het faillissementsrecht krijgt om dezelfde reden regelmatig aandacht in dit preadvies.

Wij zouden de passages waarin naar buitenlands recht wordt verwezen, niet willen omschrijven als 'rechtsvergelijkend' van aard. Er wordt geen verklaring gegeven voor tussen de bestudeerde rechtsstelsels bestaande gelijkenissen en verschillen, hetgeen een essentiale is van rechtsvergelijkend onderzoek. Niet bij alle onderwerpen die in dit preadvies aan de orde komen, zal evenveel aandacht aan buitenlandse rechtsstelsels besteed worden. De verwijzingen naar buitenlands recht worden vooral gebruikt om aan te tonen dat het Nederlands recht een 'problem jurisdiction' is wat betreft de overdracht van vorderingen op naam en overigens fungeert het buitenlands recht dikwijls louter als 'Fundgrube' voor interessante oplossingen. Hierbij hebben wij getracht de bestudeerde rechtsregels en rechtsinstituten in hun context te zien, in het bijzonder tegen de achtergrond van het insolventierecht van het betreffende rechtsstelsel.

In zijn preadvies voor de Broederschap der Candidaat-Notarissen houdt Köster een 'apologie' voor het gebrekkige rechtssociologische fundament van zijn stellingnames.¹ Een soortgelijke *captatio benevolentiae* dienen wij hier uit te spreken. Met grote regelmaat hanteren wij het argument dat een bepaalde oplossing het best aansluit bij de behoeften van de praktijk. Dergelijke uitspraken zijn meestal gebaseerd op individuele ervaringen van onszelf en anderen, op vermoedens en dikwijls eenvoudigweg op intuïtie. Voor een wetenschappelijke fundering van uitspraken over de hanteerbaarheid, doelmatigheid en efficiëntie van regels inzake de cessie is rechtssociologisch en rechtseconomisch onderzoek vereist.

In het kader van UNCITRAL wordt een verdrag over cessie voorbereid. De titel van het verdrag is nog onzeker: 'Draft Convention on Assignment [in Receivables Financing] [of Receivables in International Trade]'. Dit ontwerp-verdrag bevat zowel regels van materieel recht als regels van internationaal privaatrecht betreffende de overdracht van vorderingen op naam in financiële en commerciële transacties. Omdat de inhoud van het verdrag nog niet vaststaat, zal in dit preadvies geen uitvoerige aandacht aan het ontwerp-verdrag besteed worden. Wel zal af en toe verwezen worden naar bepaalde verdragsregels. Eveneens zal incidenteel naar de UNIDROIT Convention on International Factoring (Ottawa, 28 mei 1988) verwezen worden. Dit ver-

¹ H.K. Köster, Cessie naar huidig en wordend recht, Preadvies Broederschap der Candidaat-Notarissen, 1964, p. 71-72.

drag bevat regels van materieel recht voor factoring-transacties, waaronder regels betreffende de overdracht van vorderingen op naam.

In dit preadvies zullen wij, in overeenstemming met de in Nederland en elders heersende traditie ('Abtretung', 'assignment', 'cession') de levering van een vordering op naam met een eigen benaming – 'cessie' – aanduiden.² De vervreemder wordt cedent, de verkrijger cessionaris en de debiteur van de gecedeerde vordering 'debitor cessus' genoemd. De term 'overdracht' ziet op de overgang van een goed van het vermogen van de vervreemder naar dat van de verkrijger. In dit preadvies zal de term 'eigendom' gehanteerd worden ter aanduiding van het meest volstreckte recht dat men op een vordering kan hebben.

Het belangrijkste thema van dit preadvies zal zijn op welke wijze, zoveel mogelijk binnen de grenzen van het huidige Burgerlijk Wetboek, een complex van regels ontwikkeld kan worden waarmee op een adequate manier de overdracht van vorderingen op naam in een commerciële context behandeld kan worden.

Na een inleidend hoofdstuk (1) wordt een aantal kernproblemen van de overdracht van vorderingen op naam besproken. Achtereenvolgens komen aan de orde: het mededelingsvereiste (2), toekomstige vorderingen (3 en 4), de fiduciaire cessie (5), het bepaaldheidsvereiste (6) en het beding van niet-overdraagbaarheid (7). De daarop volgende hoofdstukken zien op onderwerpen van meer specifieke aard: partiële cessie (8), de overgang van het recht op ontbinding (9) en de overgang van bank- en kredietzekerheden (10).

Niet onvermeld mogen verscheidene Nijmeegse collega's blijven wier opmerkingen op een groot aantal plaatsen tot verbeteringen in de tekst hebben geleid: wij danken N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen, S.C.J.J. Kortmann, R. Nowak en T.H.D. Struycken voor hun bereidheid eerdere concepten inhoudelijk te becommentariëren.

Verhagen was verantwoordelijk voor de hoofdstukken 1 tot en met 6, Rongen voor de hoofdstukken 7 tot en met 10. De in dit preadvies gehanteerde 'wij-vorm' is evenwel geen *pluralis maiestatis*. De huidige tekst is het resul-

² De term 'cessie' wordt in dit preadvies soms ook gebruikt voor situaties waar de akte van cessie al is getekend, maar de levering nog niet voltooid is omdat nog geen mededeling heeft plaatsgevonden.

taat van intensief overleg tussen de twee auteurs, die om deze reden dit preadvies als een gezamenlijk werkstuk presenteren.

H.L.E. Verhagen,
M.H.E. Rongen

Nijmegen, februari 2000

Prof. mr. H.L.E. Verhagen is hoogleraar burgerlijk recht aan de Katholieke Universiteit Nijmegen en advocaat bij Clifford Chance te Amsterdam. Mr. M.H.E. Rongen is universitair docent aan genoemde universiteit. Beide auteurs zijn verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht.

Inhoudsopgave

Inleiding / 5

- 1 **De cessie naar Nederlands recht: vier belemmeringen / 13**
 - 1.1 Inleiding / 13
 - 1.2 Vier belemmeringen / 14
 - 1.3 Internationaal privaatrecht: ontwijking van het Nederlands recht / 16
- 2 **Levering: het mededelingsvereiste / 21**
 - 2.1 Het mededelingsvereiste van oud BW naar nieuw BW / 21
 - 2.2 Aan het mededelingsvereiste verbonden praktische bezwaren / 23
 - 2.3 Het mededelingsvereiste: argumenten pro en contra / 25
 - 2.4 De cessie in Frankrijk en België; UNCITRAL-ontwerp / 28
 - 2.5 Het mededelingsvereiste: voorstel voor wetswijziging / 32
 - 2.6 Mededeling: modaliteiten / 33
- 3 **Toekomstige vorderingen: beschrijving van het geldende recht / 36**
 - 3.1 De cessie bij voorbaat van toekomstige vorderingen / 36
 - 3.2 Jurisprudentie van de Hoge Raad / 37
 - 3.3 Buitenlandse rechtsstelsels / 39
 - 3.4 Interne rechtsvergelijking / 41
 - 3.5 Conclusie / 43
- 4 **Toekomstige vorderingen in de zin van art. 35 Fw / 45**
 - 4.1 Kritiek op de heersende leer / 45
 - 4.2 Bestaande vorderingen naar 'gemeen' recht; de verbindende kracht van de overeenkomst / 51
 - 4.3 Toekomstige vorderingen in de zin van art. 35 lid 2 Fw / 53
 - 4.4 De verhouding tussen art. 35 lid 2 Fw en art. 3:239 lid 1 BW / 54
 - 4.5 Toepassing van het 'grondslag-criterium' op verpanding *en* cessie / 58
 - 4.6 Nadere omschrijving van 'rechtstreeks verkregen uit een reeds bestaande rechtsverhouding'; toekomstige vorderingen buiten insolventie; burgerlijke vruchten / 60

4.6.1	Rechtstreeks verkregen uit een reeds bestaande rechtsverhouding / 60
4.6.2	Toekomstige vorderingen buiten insolventie / 61
4.6.3	Burgerlijke vruchten / 62
4.7	Huurovereenkomsten / 63
4.8	Vorderingen uit andere bron dan overeenkomst / 67
4.9	Conclusie / 69
5	De fiduciaire cessie / 71
5.1	Cessie ten titel van zekerheid / 71
5.2	Fiducia cum amico / 78
5.3	Bescherming tegen insolventie fiduciair rechthebbende: afgescheiden vermogen / 81
6	Het bepaaldheidsvereiste / 85
6.1	Bepaalbaarheid / 85
6.2	Reeds bestaande rechtsverhouding vereist? / 86
6.3	Uitleg van de akte van cessie; specificatie van de gecedeerde vorderingen / 88
6.4	De functie(s) van het bepaaldheidsvereiste: identificatie, of ook bescherming? / 92
7	Onoverdraagbaarheid van vorderingen op grond van een beding van niet-overdraagbaarheid / 96
7.1	Beding van niet-overdraagbaarheid: algemeen / 96
7.2	Dogmatische verklaring voor de absolute werking van het beding van niet-overdraagbaarheid / 98
7.3	Motieven voor een beding van niet-overdraagbaarheid en de wenselijkheid van de absolute werking; uitleg / 101
7.4	Beding van niet-overdraagbaarheid en beslag / 104
7.5	Beding van niet-overdraagbaarheid en verpanding / 105
7.5.1	Algemeen / 105
7.5.2	Relativering van de regel dat alleen overdraagbare goederen vatbaar zijn voor bezwaring met beperkte rechten / 106
7.5.3	De aard en inhoud van een onoverdraagbare vordering behoeft niet aan verpanding in de weg te staan / 108
7.5.4	Vergelijking tussen beslag op en verpanding van een onoverdraagbare vordering / 109
7.5.5	Conclusie / 109
7.6	Geclausuleerde bedingen van niet-overdraagbaarheid / 110
7.7	Cessie van een onoverdraagbare vordering en bekrachtiging op grond van art. 3:58 BW / 112

7.8	De bescherming tegen een beding van niet-overdraagbaarheid: art. 3:36 BW / 113
7.8.1	Art. 3:36 BW / 113
7.8.2	De 'relatieve' werking van art. 3:36 BW / 116
8	Partiële cessie / 119
8.1	Algemeen: twee vormen van partiële cessie / 119
8.2	Het bepaaldheidsvereiste / 120
8.2.1	Algemeen / 120
8.2.2	Zuidgeest/Furness: een derde vorm van partiële cessie? / 121
8.3	De voorrangsregel van Zuidgeest/Furness / 125
8.4	Conclusie / 128
9	Cessie en het recht op ontbinding / 130
9.1	Heersende leer: het recht op ontbinding is geen nevenrecht / 130
9.2	Eigen opvatting: analogische toepassing van art. 6:279 lid 3 BW / 134
10	De overgang van bank- en kredietzekerheidsrechten / 137
10.1	Heersende leer: geen overgang van het bank- of kredietzekerheidsrecht / 137
10.2	HR 16 september 1988, NJ 1989, 10 (Pierson/Onderdrecht) / 139
10.3	HR 14 april 1927, NJ 1927, 763 (NV Bodengravensche Bankvereniging/Kiebert) / 141
10.4	Eigen opvatting: gedeeltelijke overgang van het hypotheekrecht / 142
10.5	Conclusie / 147

Tot besluit / 148

Jurisprudentieregister / 152

1 De cessie naar Nederlands recht: vier belemmeringen

1.1 Inleiding

In de zeventiende eeuw werd door de Engelse commercie, met enige jaloezie, de 'prosperity of the Dutch' gedeeltelijk toegerekend aan het systeem van overdraagbare vorderingen dat hier in tegenstelling tot in Engeland bestond.¹ Het Rooms-Hollandse recht kende inderdaad een flexibel systeem voor de overdracht van vorderingen op naam,² waarin mededeling aan de debitor cessus geen constitutief vereiste was, terwijl de overdraagbaarheid van vorderingen naar common law beperkt was.³ Voor jaloezie aan Engelse zijde is geen reden meer: de situatie is nu eerder omgekeerd. Hoewel het belang van vorderingen als verhandelbare vermogensbestanddelen is toegenomen,⁴ kent het huidige Nederlands recht een aantal belemmeringen die, reeds ieder voor zich maar cumulatief in nog veel grotere mate, een hinderenis vormen voor de verhandelbaarheid van vorderingen. Deze belemmerin-

1 Zie P.S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford 1979, p. 135-136.

2 Voor het Rooms-Hollandse recht stelden juristen als Van Leeuwen, Johannes Voet en Van Bijnkershoeck zich op het standpunt dat de mededeling (*denuntiatio*) slechts diende als mededeling aan de debiteur dat hij aan de cessionaris moest gaan betalen. Zie J. Wiarda, *Cessie of overdracht van schuldvorderingen op naam naar Nederlandsch burgerlijk recht*, diss. UvA, Zwolle 1937 (hierna: 'Wiarda, diss.'), p. 48. Een andere opvatting gold voor het Rooms-Friese recht. Van de Sande en Huber alsmede het Hof van Friesland achtten mededeling nodig voor overdracht van de vordering. Zie J.H.A. Lokin, C.J.H. Jansen, F. Brandsma, *Het Rooms-Friese Recht, De civiele rechtspraktijk van het Hof van Friesland in de 17e en 18e eeuw*, Hilversum, Leeuwarden 1999, p. 78-80.

3 Zie S.J. Bailey, *Assignments of Debts in England from the Twelfth to the Twentieth Century*, *The Law Quarterly Review* [1931], p. 516-535, [1932], p. 248-271, 547-582, in het bijzonder [1932], p. 547-554. Bailey stelt in zijn intrigerende studie: 'The history of this subject shows clearly that the common law Courts obstructed the development of a sound and uniform doctrine of assignment in this country.' ([1932], p. 579). Vergelijk W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht, 1. Inleiding en zakenrecht*, Groningen 1993 (hierna: 'Zwolve, Hoofdstukken'), p. 317-324.

4 'In developed economies the bulk of corporate wealth is locked up in debts.' F. Oditah, *Legal Aspects of Receivables Financing*, Londen 1991 (hierna: 'Oditah, Legal Aspects'), p. vii.

gen vloeien voort uit het fiduciaverbod, het mededelingsvereiste, de kwalificatiemethode die in de jurisprudentie ten aanzien van toekomstige vorderingen gehanteerd wordt, en de (mogelijke) afwezigheid van een afgescheiden vermogen bij de fiducia cum amico.

1.2 Vier belemmeringen

Naar huidig Nederlands recht is, in tegenstelling tot het oude recht (art. 668 BW (oud)), voor de geldigheid van de overdracht mededeling aan de debitor cessus een constitutief vereiste (art. 3:94 lid 1 BW). De mededeling die na de faillietverklaring van de cedent geschiedt, kan geen geldige overdracht meer bewerkstelligen (art. 35 lid 1 Fw). Bij transacties als factoring en securitisatie is het van groot belang dat een eventueel faillissement van de cedent niet aan overdracht van de vorderingen in de weg staat. Een vaststaand feit is evenwel dat de crediteuren van deze vorderingen, om tal van redenen, onder andere van logistieke en commerciële aard, veelal bezwaren hebben tegen mededeling van de cessie aan hun debiteuren.

In geval van securitisatie draagt een onderneming of bank, de 'Originator' genoemd, een 'vorderingenportefeuille' over aan een speciaal voor de transactie opgerichte rechtspersoon, bijvoorbeeld een Nederlandse B.V.' Deze 'effectiserings-BV' koopt de vorderingen van de Originator. De vorderingen worden in de regel aan de effectiserings-BV gecedeerd. De fondsen benodigd voor de verkrijging van de vorderingen worden verworven door de uitgifte van effecten door de B.V. De vorderingen worden 'geëffectiseerd', dat wil zeggen economisch gezien omgezet in effecten. De investeerder in de door de B.V. uitgegeven effecten verwerft een economisch belang in de debiteurenportefeuille van de betreffende onderneming of bank. Meestal wordt overeengekomen dat de cedent de vorderingen blijft innen en de geïnde bedragen zal doorbetalen aan de cessionaris. Partijen komen dan overeen dat slechts indien zich bepaalde gebeurtenissen voordoen, bijvoorbeeld verlaging van de kredietwaardigheid van de cedent of diens faillissement, de cessionaris mededeling zal mogen doen. Bij fac-

5 Zie voor de Nederlandsrechtelijke aspecten van securitisatie, M.H.E. Rongen, 'Enige beschouwingen omtrent asset backed securitisatie' in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Financiering en Aansprakelijkheid, Serie Onderneming en Recht*, deel 1, Zwolle 1994 (hierna: 'Rongen, Enige beschouwingen'), p. 93-108; F.G.B. Graaf, A.R.T. van IJlzinga Veenstra en H.L.E. Verhagen, 'The Netherlands' in: Th. Baums en E. Wymeersch (red.), *Asset-backed Securitization in Europe*, Londen, 's-Gravenhage, Boston 1996 (hierna: 'Graaf/Van IJlzinga Veenstra/Verhagen, Asset-backed Securitization'), p. 143-198; F.G.B. Graaf, *Effectisering van vorderingen (securitisatie)*, in: *Ontwikkelingen in het effectenverkeersrecht, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut*, deel 40, Deventer 1996, p. 86-116; M.H.E. Rongen, *Securitisatie en vermogensafzondering van vorderingsrechten op naam*, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en Effecten, Serie Onderneming en Recht*, deel 13, Deventer 1998 (hierna: 'Rongen, Securitisatie'), p. 419-466.

toring worden vorderingen aan een gespecialiseerde onderneming, de factor of factoringmaatschappij, overgedragen. De overdracht kan er een ten titel van koop zijn, kan financieringsdoeleinden hebben of kan ten titel van beheer zijn. In veel gevallen is het doel van een factoringtransactie hetzelfde als van een effectiseringstransactie: het contant maken van een debiteurenportefeuille.⁶

In de praktijk zoekt men zijn toevlucht in enigszins gekunstelde constructies, waarbij aan de cessionaris ter bescherming tegen insolventie van de cedent een stil pandrecht op de vorderingen wordt verleend.

Aan dit stil pandrecht zijn evenwel nadelen verbonden. Zo kan de curator van de cedent/pandgever op grond van art. 58 Fw van de pandhouder verlangen dat het pandrecht binnen een redelijke termijn wordt uitgeoefend. Als dit niet geschiedt kan de curator dit zelf doen, onder de gehoudenheid de opbrengst aan de pandhouder uit te keren. Dit kan bij een effectiseringstransactie tot grote moeilijkheden aanleiding geven. De rentebetalingen en aflossingen uit hoofde van de door de effectiserings-BV uitgegeven effecten, zijn dikwijls precies gerelateerd aan de betalingen die uit hoofde van de gekochte vorderingen plaatsvinden. De executoriale verkoop van de vorderingen kan dit proces verstoren, terwijl het bovendien maar de vraag is of de executoriale verkoop van de vorderingen voldoende oplevert om de effecten af te lossen.⁷

Naast art. 3:94 lid 1 BW vormt art. 3:84 lid 3 BW een mogelijk obstakel voor de geldige overdracht van vorderingen in het kader van factoring. Verdedigd is dat onder omstandigheden de cessie in het kader van een factoring-arrangement een cessie ten titel van zekerheid zou kunnen zijn, die als zodanig vanwege art. 3:84 lid 3 niet tot overdracht van de vorderingen kan leiden.⁸ Een derde obstakel voor een 'faillissementsbestendige' cessie wordt gevormd door de problematiek van de toekomstige vorderingen. Een cessie bij voorbaat van toekomstige vorderingen 'overleeft' het faillissement van de cedent niet, althans voor zover het gaat om vorderingen die op de dag van faillietverklaring nog toekomstig zijn. In het Nederlands recht wordt eerder dan in andere rechtssystemen aangenomen dat een vordering toekomstig is.⁹

6 Voor factoring naar Nederlands recht, zie J. Beuving, *Factoring*, diss. Nijmegen, *Serie Onderneming en Recht*, deel 4, Zwolle 1996 (hierna: 'Beuving, diss.') en de daar genoemde literatuur. Zie ook J.H. Dalhuisen, *Assignments of Receivables in the World of Modern Finance*, in: E.H. Hondius (red.), *Netherlands Reports to the Fifteenth International Congress of Comparative Law (Bristol 1998)*, Antwerpen, Groningen 1998 (hierna: 'Dalhuisen, Assignments'), p. 269-284.

7 Voor een uitgebreide behandeling van deze constructie, zie Rongen, *Securitisatie*, p. 427-435.

8 Zie hierna § 5.1.

9 Zie hierna hoofdstuk 3 en hoofdstuk 4.

Tenslotte, in geval van een cessie ten titel van beheer wordt door de meeste schrijvers aangenomen dat in het faillissement van de fiduciair rechthebbende de vorderingen deel uitmaken van de failliete boedel.¹⁰ Het gevolg hiervan is dat de voormalig rechthebbende van de vordering, slechts een concurrente vordering tot schadevergoeding ter verificatie kan indienen bij de curator van de fiduciarius, tenzij zijn positie met hulpconstructies (levering onder ontbindende voorwaarde, pandrecht) versterkt is.¹¹

1.3 Internationaal privaatrecht: ontwijking van het Nederlands recht

Het interne Nederlandse recht bevat zoals hierboven besproken een aantal obstakels voor de overdracht van vorderingen bij financieringstransacties. De Hoge Raad is in 1997 de internationale financieringspraktijk te hulp geschoten door cedent en cessionaris toe te staan zelf het op de overdracht van vorderingen op naam toepasselijke recht aan te wijzen.¹² In het arrest Brandsma q.q./Hansa Chemie AG oordeelde de Hoge Raad dat art. 12 lid 1 van het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst¹³ (hierna: EVO) niet alleen ziet op de *obligatoire* overeenkomst *tot* cessie, maar eveneens op de *goederenrechtelijke* (zakelijke) overeenkomst *van* cessie en op de overige vereisten die voor overdracht van een vordering op naam gelden. Het gevolg hiervan is dat een door cedent en cessionaris overeenkomstig art. 3 EVO gemaakte rechtskeuze ook het rechtstelsel aanwijst dat van toepassing is op de overdracht van een vordering op naam. Met andere woorden, kwesties zoals de geldigheid van een fiduciaire cessie en het constitutief karakter van de mededeling voor overdracht worden beheerst door het recht dat partijen (cedent en cessionaris) gekozen hebben.

Steffens heeft verdedigd dat de Hoge Raad een – overigens door haar ongewenst geachte – splitsing aanbrengt in de ‘goederenrechtelijke werking’.¹⁴ De ‘goederenrechtelijke verhouding’ tussen cedent en cessionaris wordt beheerst door het krachtens art. 12 lid 1

EVO toepasselijke recht, terwijl de goederenrechtelijke werking jegens de debitor cessus door het recht toepasselijk op de gecedeerde vordering (het vorderingsstatuut: art. 12 lid 2 EVO) beheerst zou worden. De zinsnede in het arrest van de Hoge Raad waarop Steffens zich beroept (‘werking van deze overgang tegenover andere derden dan de schuldenaar’) sluit aan bij een onderscheid dat zowel in het materiële recht als in het internationaal privaatrecht wordt gemaakt: het onderscheid tussen enerzijds de overdracht van de vordering en anderzijds de verbintenissenrechtelijke gevolgen daarvan voor de debitor cessus. De werking jegens de schuldenaar ziet slechts op de verbintenissenrechtelijke gevolgen van de overgang, derhalve op kwesties als de vraag aan wie betaald dient te worden en welke verweermiddelen de debitor cessus jegens de cessionaris kan invoeren. De overdracht van vorderingen op naam wordt – jegens iedereen – beheerst door het cessiestatuut (art. 12 lid 1 EVO), terwijl de verbintenissenrechtelijke gevolgen daarvan voor de debitor cessus worden beheerst door het vorderingsstatuut (art. 12 lid 2 EVO).¹⁵

Het Hansa-arrest is in de literatuur verdeeld ontvangen. Dit preadvies is niet de plaats om de op het arrest geuite kritiek uitvoerig te behandelen. Toch kunnen wij het niet nalaten om op één punt van kritiek in te gaan.

Het meeste moeite lijkt men te hebben met het feit dat de Hoge Raad de partij-autonomie in het goederenrecht heeft toegelaten. Dit wordt onaanvaardbaar geacht, omdat bij kwesties van goederenrechtelijke aard de belangen van derden zijn betrokken.¹⁶ De introductie van de rechtskeuze bij de cessie is zelfs als ‘een ernstige ondermijning van het Nederlandse goederenrechtelijke systeem’ gezien.¹⁷ De rechtskeuze met ‘derdenwerking’ is evenwel een oprukkend fenomeen dat deel uitmaakt van het huidige Nederlandse internationaal privaatrecht.

De overgang van vorderingen krachtens subrogatie wordt in art. 13 van het EVO aangeknoopt aan het rechtstelsel dat van toepassing is op de overeenkomst tussen de oorspronkelijke crediteur en de gesubrogeerde. Het recht toepasselijk op deze overeenkomst kan door rechtskeuze bepaald worden, waarbij zelfs een partiële rechtskeuze mogelijk is (art. 3 EVO). Uit het arrest Gustafsen/Mosk (HR 24 oktober 1997, NJ 1999, 316, m.nt. ThMdB, JOR 1997/146, m.nt. H.L.E. Verhagen) vloeit voort dat een buitenlandse curator een *obligatoire* overeenkomst slechts overeenkomstig de *lex concursus*

10 Zie o.a. H.J. Snijders, E.B. Rank-Berenschot, Goederenrecht, Studiereeks burgerlijk recht, 2e druk, Deventer 1996, p. 148-154.

11 Zie hierna § 5.2 en 5.3.

12 HR 16 mei 1997, NJ 1998, 585, m.nt. ThMdB, JOR 1997/77, m.nt. H.L.E. Verhagen (Brandsma q.q./Hansa Chemie AG). Zie verder Verbintenissenrecht (Steffens), Art. 12 EVO en de daar genoemde literatuur.

13 Rome, 19 juni 1980 (Trb. 1980, 156).

14 L.F.A. Steffens, NTBR 1997, p. 214. In dezelfde zin D. Rijpma, WPNR 6297 (1997), p. 23-25.

15 Voor verdere argumenten ter staving van deze interpretatie van het arrest, zie R.I.V.F. Bertrams, Reactie op de bijdrage van Rijpma (WPNR 6297) in WPNR 6312 (1998), p. 291-292. In dezelfde zin, De Boer in zijn noot onder het Hansa-arrest (NJ 1998, 585).

16 De Boer in zijn noot onder het Hansa-arrest (NJ 1998, 585).

17 W.A.K. Rank, De (on)hanteerbaarheid van het Nederlandse recht voor de moderne financiële praktijk, oratie Nijmegen 1998, Serie Onderneming en Recht, deel 12, Deventer 1996 (hierna: ‘Rank, oratie’), p. 15.

kan vernietigen indien de overeenkomst ook onder het op de overeenkomst toepasselijke recht vernietigbaar zou zijn. De rechtskeuze voor een bepaald rechtstelsel kan derhalve gevolgen hebben voor derden, in het bijzonder de benadeelde crediteuren van een van de partijen bij de overeenkomst. Het Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts¹⁸ kent de 'settlor' van een trust uitdrukkelijk de bevoegdheid toe het toepasselijke recht op de trust te kiezen (art. 5). Een overeenkomstig het gekozen recht in het leven geroepen trust dient in de verdragsluitende staten erkend te worden. Het belangrijkste gevolg van erkenning is dat de betreffende goederen een afgescheiden vermogen vormen, dat niet vatbaar is voor verhaal door persoonlijke crediteuren van de trustee. De Wet conflictenrecht corporaties stelt de oprichters van een rechtspersoon in staat het recht te kiezen dat de rechtspersoon zal beheersen, door de statutaire zetel van de rechtspersoon in een bepaald land te localiseren en de rechtspersoon volgens het recht van dat land op te richten (art. 2). Evenals een cessie kunnen het in het leven roepen van een trust en het oprichten van een rechtspersoon tot gevolg hebben dat bepaalde goederen niet meer vatbaar zijn voor verhaal door crediteuren van de (al dan niet voormalig) rechthebbende van deze goederen. Het 'Ontwerp Wet conflictenrecht goederenrecht' van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht staat op verscheidene plaatsen de partijen toe zelf het toepasselijke recht aan te wijzen voor kwesties van goederenrechtelijke aard.¹⁹ Overigens kunnen louter contractuele technieken evenzeer gevolgen hebben voor het verhaalsprakelijke vermogen van een partij. Door middel van het derdenbeding en door middel van novatie kan aan een derde een soortgelijke positie toekend worden als die van een cessionaris van een vordering. Dergelijke technieken worden in de praktijk gehanteerd om vorderingen in economisch opzicht 'over te dragen'.

De tijd dat een rechtskeuze slechts gevolgen heeft voor de partijen bij een obligatoire overeenkomst is voorbij. In theorie bestaat de mogelijkheid dat misbruik wordt gemaakt van de mogelijkheid tot rechtskeuze. In het verleden bestond deze vrees ook ten aanzien van de rechtskeuze bij obligatoire overeenkomsten, maar is daar ongegrond gebleken. Doen zich in zeldzame gevallen uitwassen voor dan zal men zien dat er voldoende juridische technieken aanwezig zijn om tot een adequate oplossing te komen, bijvoorbeeld via de 'internationaliteitseis', de openbare orde, de actio pauliana of de onrechtmatige daad.

18 's-Gravenhage 20 oktober 1984, Trb. 1985, 141.

19 Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht, Rapport aan de Minister van Justitie, Internationaal goederenrecht (1998). Zie art. 3 lid 2 (eigendomsvoorbehoud bij exportzaken), art. 7 lid 1 (recht toepasselijk op verzekeringsovereenkomst kan overdracht aan verzekeraar beheersen), art. 8 lid 2 (recht toepasselijk op vervoersovereenkomst vormt goederenrechtelijk regime voor vervoerde zaken), art. 10 lid 2 (recht toepasselijk op overeenkomst tot cessie beheerst overdracht vorderingen op naam) en art. 12 lid 2 (aandelen op naam die aan buitenlandse aandelenbeurs genoteerd zijn).

Kan men aan de toepasselijkheid van het Nederlandse recht ontkomen door bewust aan een cessionaris te cederen die in het buitenland gevestigd is? Men zou bijvoorbeeld de vorderingen kunnen leveren aan een buitenlandse dochter van de wederpartij, of men zou zelfs speciaal voor de transactie een vennootschap naar buitenlands recht kunnen oprichten en vervolgens deze als cessionaris laten optreden. Het gevolg van het Hansa-arrest is dat dit inderdaad kan. Waar de Hoge Raad bij cessie rechtskeuze uitdrukkelijk toestaat, zelfs de mogelijkheid daartoe als argument voor aanknoping aan art. 12 lid 1 EVO aanvoert, kan men moeilijk volhouden dat er sprake is van wetsontduiking als partijen welbewust van die mogelijkheid gebruik maken. Wellicht moet men de grens voor de toelaatbaarheid van een rechtskeuze trekken bij een cessie aan een 'pseudo-buitenlandse' vennootschap, dat wil zeggen een naar buitenlands recht opgerichte vennootschap met een statutaire zetel in het buitenland die haar activiteiten geheel of nagenoeg geheel in Nederland verricht en voorts geen werkelijke band met het land van oprichting heeft (zie art. 1 van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen). In een dergelijke situatie zou men kunnen zeggen dat de voor rechtskeuze vereiste 'internationaliteit' ontbreekt. Overigens zal de wens om het Nederlands recht te ontwijken niet snel het enige motief zijn voor het oprichten van een buitenlandse vennootschap. Aan een dergelijke oprichting zullen veelal mede fiscale, effectenrechtelijke, commerciële of andere motieven ten grondslag liggen.

Het motief voor een bepaalde rechtskeuze kan overigens heel goed een ander zijn dan de wens om het Nederlandse recht te vermijden. Het kan zijn dat het internationaal privaatrecht van het land waar de debitor cessus gevestigd is, inhoudt dat de overdracht van een vordering op naam wordt beheerst door het vorderingsstatuut of door het recht van het land waar de debitor cessus gevestigd is. De door de Hoge Raad aanvaarde mogelijkheid van rechtskeuze stelt partijen in staat de erkenning van de cessie in de betrokken landen te verzekeren, door bijvoorbeeld te kiezen voor het recht dat op de gecedeerde vordering van toepassing is, of voor het recht van het land waar de debitor cessus gevestigd is.

De mogelijkheid van rechtskeuze voor de overdracht van vorderingen op naam bestaat ook indien de cedent en de cessionaris in hetzelfde land gevestigd zijn, maar de debitor cessus gevestigd is in een ander land. Waar het object van de goederenrechtelijke overeenkomst een (eventueel door buitenlands recht beheerste) vordering op een in het buitenland gevestigde debitor cessus is, dient men deze rechtshandeling als een internationale rechtsverhouding te kwalificeren, waarvoor rechtskeuze mogelijk is.²⁰ Ook in

20 In r.o. 3.4.1 van het Hansa-arrest gaat de Hoge Raad weliswaar uit van de situatie zoals die in het geding was, waarin een cessie was 'overeengekomen tussen rechtspersonen die niet in hetzelfde land gevestigd zijn'. Met De Boer (NJ 1998, 585) achten wij het onwaarschijnlijk dat de Hoge Raad hiermee de cessie door rechtspersonen die in hetzelfde land gevestigd zijn, heeft willen uitzonderen. Anders P. Vlas, in zijn noot bij het Hansa-arrest in: AA 47 (1998), p. 213. Voor een bespreking van de mogelijkheden die het Hansa-arrest biedt bij securitisation, zie Rongen, Securitisation, p. 436-441.

deze situatie dienen partijen de vrijheid te hebben om, bijvoorbeeld door een keuze voor het vorderingsstatuut of voor het recht van het land waar de debitor cessus gevestigd is, de afdwingbaarheid van de cessie veilig te stellen.

In internationale transacties kan men derhalve door keuze voor een ander rechtstelsel het Nederlandse mededelingsvereiste en het fiduciaverbod ontwijken. Hieraan kan worden toegevoegd dat de Hoge Raad enige jaren geleden beslist heeft dat de vraag 'of cessie van toekomstige vorderingen mogelijk is' beheerst wordt door het vorderingsstatuut (HR 11 juni 1993, NJ 1993, 776). De vatbaarheid van toekomstige vorderingen voor cessie wordt derhalve beheerst door het recht toepasselijk op de overeenkomst tussen cedent en debitor cessus. De vraag of een vordering toekomstig is wordt vanzelfsprekend ook beheerst door het vorderingsstatuut. Dit betekent dat in een aantal gevallen de vraag of een vordering toekomstig is ook aan het Nederlands recht onttrokken kan worden door middel van een rechtskeuze in de overeenkomst van cedent en debitor cessus.

Bij transacties waarin daarentegen alle elementen met Nederland verbonden zijn, bestaat de mogelijkheid om het Nederlands recht te ontwijken niet. Rank heeft terecht geconcludeerd dat dit leidt tot rechtsongelijkheid.²¹ Buitenlandse banken kunnen zich door Nederlands recht beheerste vorderingen op een Nederlandse debiteur door een Nederlandse cedent laten overdragen, eventueel tot zekerheid, zonder dat hiervoor mededeling noodzakelijk is. In een zuiver interne situatie vallen daarentegen de geceerde vorderingen mogelijkerwijs in de failliete boedel van de cedent, omdat mededeling nog niet heeft plaatsgevonden, omdat de vorderingen nog toekomstig zijn of omdat de overdracht ongeldig is op grond van art. 3:84 lid 3 BW. In geval van een cessie ten titel van beheer vallen de geceerde vorderingen mogelijkerwijs in de failliete boedel van de cessionaris.²² In de hieronder volgende hoofdstukken zullen wij ingaan op deze aspecten van de cessie naar Nederlands recht.

²¹ Rank, oratie, p. 15.

²² De mogelijkheid om vorderingen ten titel van trust over te dragen wordt hierna in § 5.3 besproken.

2 Levering: het mededelingsvereiste

2.1 Het mededelingsvereiste van oud BW naar nieuw BW¹

Het Burgerlijk Wetboek van 1838 kende voor de cessie een regeling die afweek van de Code civil. Art. 668 lid 1 BW (oud) bepaalde, in aansluiting op het Rooms-Hollandse recht, dat cessie plaatsvond door middel van een (onderhandse of authentieke) akte. Hoewel in rechtspraak en literatuur soms anders geleerd werd, werd vanaf HR 24 mei 1911, W. 9145 vrijwel algemeen aangenomen dat overdracht plaatsvond op het moment van het verlijden van de akte van cessie.² De door art. 668 lid 2 BW (oud) vereiste betekening of erkenning diende slechts ter bescherming van de cessionaris en de debitor cessus.³

In het Franse recht bepaalt art. 1689 Cc dat *tussen partijen* een vordering op naam wordt overgedragen door middel van een overeenkomst tussen cedent en cessionaris.⁴ Een afzonderlijke leveringshandeling is niet noodzakelijk. Jegens *derden* heeft de cessie slechts gevolg, indien betekening ('signification') heeft plaatsgevonden, of indien de cessie door de debitor cessus in een authentieke akte erkend is (art. 1690 Cc). Onder derden in het Franse recht is niet alleen te verstaan de debitor cessus, maar ieder ander dan de cedent en de cessionaris. Hiertoe behoren derhalve ook de crediteuren van de cedent en die van de cessionaris.⁵ Hoewel wordt aangenomen dat de vordering op het moment van het totstandkomen van de overeenkomst van cessie van het vermogen van

¹ De tekst van dit hoofdstuk is deels een bewerking van H.L.E. Verhagen, Het mededelingsvereiste bij cessie, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, Serie Onderneming en Recht, deel 17, Deventer 1997 (hierna: 'Verhagen, Het mededelingsvereiste'), p. 163-178.

² Zie voor een beschrijving van deze ontwikkeling Wiarda, diss., p. 186-194.

³ Zie Wiarda, diss., p. 196.

⁴ De cessie naar Frans recht wordt uitvoerig behandeld door Zwolve, Hoofdstukken, p. 283-299. Rechtsvergelijkende beschouwingen over de cessie treft men aan in L.F.A. Steffens, Overgang van vorderingen en schulden in het Nederlandse internationaal privaatrecht, diss. Leiden, Deventer 1997, p. 11-64.

⁵ H.L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, Leçons de droit civil, Tome II, premier volume, 8e druk, Parijs 1991 (hierna: 'Mazeaud/Chabas'), nrs. 1261-1267.

de cedent overgaat naar het vermogen van de cessionaris,⁶ zijn de vorderingen tot het moment van betekening of erkenning vatbaar voor verhaal door crediteuren van de cedent.⁷ Nadat de cedent failliet is verklaard, heeft betekening of erkenning geen gevolg meer: de vorderingen blijven verhaalsobject voor de faillissementscrediteuren.⁸ Het doel van de vormvereisten die art. 1690 Cc voor een volledig effectieve overdracht van vorderingen stelt, is tweeledig: bescherming van de debitor cessus en publiciteit. Hierbij wordt er in het bijzonder ten aanzien van het tweede element aan getwijfeld of dit doel wel goed verwezenlijkt wordt door de in art. 1690 Cc gestelde vormvereisten.⁹ De zogenaamde 'cession Daily', waarvoor mededeling geen constitutief karakter heeft, wordt hierna besproken (§ 2.4).

Nadat de negentiende-eeuwse Duitse literatuur afgerekend had met de door Mühlbruch gevestigde heersende opvatting dat vorderingen niet overdraagbaar waren, werd aanvankelijk de mededeling nog gezien als voorwaarde voor een volledige overgang van de vordering.¹⁰ Rond 1880 werd deze opvatting verlaten: in het Duitse Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) heeft de mededeling dan ook nog slechts de functie te verhinderen dat de debiteur bevrijdend kan betalen aan de cedent.¹¹ Door de overeenkomst van cessie wordt ingevolge § 398 van het Bürgerliches Gesetzbuch de vordering aan de cessionaris overgedragen.¹² De vordering bevindt zich al voordat mededeling heeft plaatsgevonden, in het vermogen van de cessionaris en is niet meer vatbaar voor verhaal door de crediteuren van de cedent. Het toekennen van een constitutief karakter aan de mededeling voor de overdracht van een vordering werd door de ontwerpers van het BGB noch op theoretische gronden noodzakelijk, noch op praktische gronden wenselijk geacht.¹³ Enkele commentatoren op de eerste lezing van het ontwerp-BGB wilden overigens wel degelijk een dergelijk karakter aan het mededelingsvereiste toekennen.¹⁴ In de tweede lezing van het ontwerp-BGB is men evenwel blijven vasthouden aan de regel dat de overeenkomst van cessie de vordering volledig doet overgaan in het vermogen van de cessionaris. Het werd onder meer onbillijk geacht dat een cessionaris, die vaak uit 'loyalen Grunden' geen mededeling doet, slechts een concurrente vordering in het faillissement van de cedent zou hebben. Bovendien werd de mededelingseis als onpraktisch beschouwd.¹⁵

6 Zie Encyclopédie Dalloz (Civ.), Cession de Créance (A. Rieg) (hierna: 'Encyclopédie Dalloz (Rieg)'), nr. 123.

7 Encyclopédie Dalloz (Rieg), nrs. 164-175; Mazeaud/Chabas, nr. 1265.

8 Encyclopédie Dalloz (Rieg), nr. 239.

9 Encyclopédie Dalloz (Rieg), nr. 137.

10 Vgl. H. Coing, *Europäisches Privatrecht*, Band II, 19. Jahrhundert, München 1989, p. 470.

11 Zie K. Luig, *Zur Geschichte der Zessionslehre*, Köln-Graz 1966, p. 79-92. Voor de cessie naar Duits recht zie tevens Zwolve, Hoofdstukken, p. 299-317.

12 Vgl. Roth, in: H. Heinrichs (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3e druk, München 1994 (hierna: 'Münchener Kommentar (Roth)'), § 398, RdNr. 2, 12 en 89.

13 Zie Luig, *Zur Geschichte der Zessionslehre*, p. 132.

14 Zie Luig, *Zur Geschichte der Zessionslehre*, p. 135-136.

15 Zie Luig, *Zur Geschichte der Zessionslehre*, p. 137.

Naar Engels recht vereist een 'statutory assignment' van 'choses in action' (onlichamelijke goederen: vorderingen op naam, aandelen op naam, rechten uit hoofde van een trust, etc.), geregeld in Section 136 van de Law of Property Act 1925, onder meer (schriftelijke) mededeling aan degene jegens wie de rechten uitoefenbaar zijn. In geval van een niet medegedeelde cessie wordt de cessionaris evenwel beschermd. Deze bescherming komt erop neer dat naar 'equity' de cessionaris als eigenaar van de vordering wordt beschouwd op het moment van totstandkoming van de cessie-overeenkomst. De cessie is perfect zonder dat hiervoor mededeling aan de debitor cessus noodzakelijk is. Dit geldt niet alleen in de verhouding cedent - cessionaris, maar in het bijzonder ook jegens de faillissementscurator van de cedent en jegens crediteuren met een executoriale titel.¹⁶

In art. 3:94 lid 1 BW is de formele betekening vervangen door de informele mededeling. Voor de erkenning is geen plaats meer ingeruimd. De mededeling is tot constitutief vereiste voor de overdracht van de vordering gemaakt. Het belangrijkste rechtsgevolg van deze vernieuwing is dat ten opzichte van het Burgerlijk Wetboek van 1838 bij een 'stille' (niet medegedeelde) cessie de positie van de cessionaris verzwakt is. Door het tekenen van de akte van cessie vindt nog geen overdracht plaats, terwijl mededeling van de cessie na faillietverklaring (of surseance-verlening) van de cedent geen overdracht meer kan bewerkstelligen (art. 23 en art. 35 lid 1 Fw).

2.2 Aan het mededelingsvereiste verbonden praktische bezwaren

In art. 3:94 lid 1 BW is mededeling tot een constitutief vereiste voor overdracht van de vordering gemaakt. De cessie dient nu derhalve vóór de faillietverklaring van de cedent medegedeeld te worden aan de debitor cessus, wil de vordering niet deel gaan uitmaken van de failliete boedel. De mededeling van de cessie blijkt in de praktijk op grote bezwaren te stuiten. Wij noemen de twee belangrijkste. De mededelingseis van art. 3:94 lid 1 BW zorgt voor logistieke problemen. Steeds meer komen - in het bijzonder in het kader van factoring en securitisation - zogenaamde 'bulk-cessies' voor, waarbij een groot aantal vorderingen gecedeerd wordt. Hierbij is het veelal praktisch bezwaarlijk of te kostbaar om mededeling van de cessie aan alle debiteuren te doen, zeker wanneer men daarbij ook nog eens het 'documentatierecht' van art. 3:94 lid 3 BW in ogenschouw neemt.

16 Zie A.S. Burrows, in: H.G. Beale (red.), *Chitty on Contracts*, Vol 1, General Principles, 28e druk, Londen 1999 (hierna: 'Chitty'), nrs. 20-007, 20-016 (statutory assignment), 20-020 (equitable assignment) en 20-056/065 (tegenstelbaarheid aan curator en crediteuren). Zie ook Zwolve, Hoofdstukken, p. 317-339.

In de literatuur wordt soms opgemerkt dat het vaak wel meevalt met de praktische bezwaren: men kan immers in de factuur of het rekeningafschrift mededeling doen.¹⁷ Afgezien van het feit dat dit bij geautomatiseerde administratiesystemen wel degelijk praktische moeilijkheden kan opleveren, dient opgemerkt te worden dat bij veel contracten geen periodieke verzending van rekeningafschriften of facturen plaatsvindt. Zelfs indien dergelijke documenten wel periodiek verzonden worden kan de periode tussen het tekenen van de akte van cessie en de eerstvolgende verzending voor de cessionaris een onaanvaardbaar insolventierisico met zich brengen.

Het is voorts een vaststaand gegeven dat veel ondernemingen niet wensen dat bekend wordt dat hun handelsvorderingen aan een derde zijn overgedragen, of dat de betalingen niet meer via hen geschieden. De voorkeur van beide partijen gaat vaak uit naar een arrangement waarbij de onderneming die haar handelsvorderingen stil gecedeerd heeft, de vorderingen blijft innen voor de cessionaris. Slechts voor het geval dat het 'misgaat' met de onderneming (in het bijzonder bij dreigende insolventie) wordt mededeling aanvaardbaar geacht. Hierbij spelen factoren een rol als de vrees dat de markt gaat twijfelen aan de kredietwaardigheid van de onderneming, het feit dat debiteuren zich liever niet geconfronteerd zien met een nieuwe crediteur en de wens de debiteurenadministratie door de cedent te laten blijven voeren. De ervaring leert tot dusver dat een aanmerkelijk deel van effectiserings-transacties waarschijnlijk geen doorgang zal vinden indien mededeling ab initio onvermijdelijk is.

In de wettelijke regeling van het stil pandrecht is met de aan mededeling verbonden praktische bezwaren rekening gehouden. Niet alleen vormen deze bezwaren een reden waarom het huidige BW de mogelijkheid van een stil pandrecht kent,¹⁸ bovendien geldt dat, tenzij anders is overeengekomen, de pandhouder slechts mededeling mag doen indien de debiteur is tekortgeschoten (of dreigt tekort te schieten) in de nakoming van zijn verplichtingen (art. 3:239 lid 3 BW). De Hoge Raad is zich eveneens bewust van de nadelen die voor de pandgever aan mededeling verbonden zijn. Eén van de redenen waarom in het arrest Mulder q.q./CLBN (HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471, m.nt. WMK) wordt aangenomen dat de pandhouder na inning van de verpande vordering door de curator zijn aan het pandrecht verbonden voorrang op het geïnde dient te behouden is te 'voorkomen dat stil pandhouders

17 R.D. Vriesendorp, 44 AA (1995), p. 611; T.H.D. Struycken, Het bepaaldheidsvereiste in ontwikkeling, in: Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, p. 140.

18 Zie W.H.M. Reehuis, Stille verpanding van roerende zaken en vorderingen volgens het NBW, diss. Groningen, Arnhem 1987 (hierna: 'Reehuis, diss.'), nr. 315.

– teneinde hun positie met het oog op een mogelijk faillissement van hun pandgevers veilig te stellen – voortijdig mededeling gaan doen'. Bij een cessie wordt de cessionaris naar huidig recht evenwel gedwongen, in geval van de dreiging van een faillissement van de cedent, mededeling te doen, wil hij zijn positie veilig stellen.

2.3 Het mededelingsvereiste: argumenten pro en contra

Het constitutieve karakter van de mededeling is een van de ingrijpendste wijzigingen die het nieuwe BW geïntroduceerd heeft. In de parlementaire geschiedenis treft men hiervoor slechts een summiere motivering aan.¹⁹

Het stelsel van art. 3:94 lid 1 BW kwam Meijers als het 'meest doelmatig' voor. Hij achtte een gelijke regeling van de verpanding en de overdracht van vorderingen op haar plaats.²⁰ Omdat Meijers het gewenst achtte 'dat er van overdracht iets naar buiten blijkt, zodat niet een betekening nog na de faillietverklaring van de overdrager geldig kan geschieden', werd in het Ontwerp-Meijers het stelsel zoals dat voor verpanding gold verkozen boven het stelsel van art. 668 BW (oud). In het huidige Burgerlijk Wetboek bestaat evenwel tussen de levering en verpanding van vorderingen een discrepantie. De pandhouder wordt in geval van niet-mededeling toch de mogelijkheid geboden een absoluut recht te verwerven, terwijl de cessionaris een dergelijke mogelijkheid niet heeft. Het is immers mogelijk om een stil pandrecht op vorderingen te vestigen, door het registreren van een onderhandse akte of

19 Het constitutieve karakter van de mededeling wordt bekritiseerd door C.Æ. Uniken Venema, Overdracht en verpanding van rechten in het Ontwerp-B.W., WPNR 4529-4534 (1958), p. 158-159, 169; H.J. Pabbruwe, Cessie tot zekerheid van toekomstige vorderingen, in: Op de grenzen van komend recht (Beekhuis-bundel), Deventer 1969, p. 190-191; W.A.K. Rank, Het mededelingsvereiste bij cessie nader beschouwd, in: B.W.-krant jaarboek 1992, Arnhem 1992, p. 9-16, p. 14; Rongen, Enige beschouwingen, p. 105-106; Graaf/Van IJlzinga Veenstra/Verhagen, Asset-backed Securitization, p. 160; Verhagen, Het mededelingsvereiste, p. 163-178; Dalhuisen, Assignments, p. 270, 276-277; Rank, oratie p. 39-43; G. van Solinge, Afsplitsing van vorderingen, in: Onderneming en Effecten, p. 467-509, p. 509.

20 Parl. Gesch. Boek 3, p. 392. Dit werd overigens in het Ontwerp-Meijers niet geheel gerealiseerd. Het Ontwerp-Meijers kende een regeling voor een *stil pandrecht* op bedrijfsvorderingen, verleend aan een kredietinstelling (art. 3:9.2.3 OM), waarbij vorderingen zonder mededeling aan de debiteuren van de verpande vorderingen konden worden verpand. Een vergelijkbare mogelijkheid bestond er niet voor de *cessie* van vorderingen.

het verlijden van een notariële akte (art. 3:239 BW).²¹ Niets rechtvaardigt dit verschil in behandeling van cessie en verpanding, zeker niet het argument dat in de parlementaire geschiedenis gehanteerd wordt. In de Memorie van Antwoord II bij art. 3:239 BW leest men:

‘terwijl het alleszins verdedigbaar schijnt dat bij cessie, waardoor een recht in een ander vermogen overgaat, aan de eis van mededeling aan de schuldenaar meer betekenis wordt toegekend dan bij verpanding, waardoor het goed enkel binnen hetzelfde vermogen met een beperkt recht – en dat wel een zekerheidsrecht – wordt belast’.²²

Betekent dit dat er zwaardere eisen gesteld dienen te worden aan de beschikkingshandeling, omdat er sprake is van overdracht in plaats van vestiging van een beperkt recht? De parlementaire geschiedenis lijkt ervan uit te gaan dat overdracht per definitie bezwaarlijker is dan verpanding. De vrijwel onbegrensde mogelijkheid om een pandrecht te vestigen voor toekomstige vorderingen laat zien dat dit niet zo is. Wat voor belang is ermee gediend om bij cessie wel en bij verpanding niet mededeling te eisen, zeker als men zoals wij hierna zullen suggereren, de stille cessie aan dezelfde vormvereisten zou onderwerpen als de stille verpanding?

Door mededeling als constitutief vereiste voor de levering te stellen, zouden vanwege de ermee gepaard gaande publiciteit, schijncessies en meervoudige cessies (door dezelfde cedent) worden tegengegaan.²³ Dit argument is evenmin overtuigend. De aan de mededeling verbonden publiciteit is hier van beperkte waarde. Betwijfeld moet worden of de debitor cessus de aangewezen persoon is om als ‘hypotheekbewaarder’ op te treden. De administratie van de debitor cessus kan onbetrouwbaar zijn, waardoor hij niet meer op de hoogte is van de eerdere cessie. Hij kan zelfs samenspannen met de cedent.²⁴ Het fixeren van de datum van de cessie – een aan mededeling verbonden

21 Van Solinge heeft op de mogelijkheid gewezen om door middel van splitsing van vennootschappen (art. 2:334a-334ii BW) vorderingen in het kader van een securitisatietransactie te doen overgaan, zonder dat hiervoor mededeling aan de debiteuren van die vorderingen nodig is. Zie Van Solinge, Afsplitsing van vorderingen, p. 467-509.

22 Parl. Gesch. Boek 3, p. 763. Een merkwaardige oplossing is te vinden in het nieuwe BW voor de Nederlandse Antillen en Aruba: voor de gewone cessie is mededeling een constitutief vereiste voor overdracht (art. 3:94 lid 1), terwijl voor de cessie ten titel van zekerheid mededeling geen constitutief karakter heeft (art. 3:94 lid 3). Hiernaast bestaat de mogelijkheid om een stil pandrecht te vestigen op vorderingen (art. 3:239). Zie verder P.C. Slangen, Goederenrechtelijke zekerheid op vorderingen op naam naar huidig en toekomstig Nederlands-Antilliaans en Arubaans recht, Account Dossier, Nr. 37 (1999), p. 22-28.

23 In deze zin Köster, Preadvies Broederschap Candidaat-Notarissen, p. 87-88, 90-91.

24 Uniken Venema, WPNR 4532 (1958), p. 159; Rongen, Enige beschouwingen, p. 106.

voordeel – laat zich veel doeltreffender realiseren door de akte van cessie te registreren bij de Inspectie der registratie en successie (zie § 2.5).

Een aan publiciteit verbonden voordeel zou kunnen zijn dat crediteuren een inschatting kunnen maken van de omvang van het voor verhaal vatbare vermogen van de cedent. Vooral bij ondernemingen is de mededeling echter een gebrekkig mechanisme om deze aan publiciteit verbonden functie te vervullen. Overdrachten van vorderingen op naam die werkelijk substantiële gevolgen hebben voor de executiewaarde van het vermogen van een debiteur zullen in de regel een groot aantal vorderingen betreffen. Bij ‘bulk-cessies’ in het kader van factoring en securitisation zal navraag door de cessionaris bij de debiteuren in de regel op praktische of financiële gronden uitgesloten zijn.²⁵ Onder het huidige recht laat zich bovendien door navraag bij de debiteuren alleen vaststellen of de vorderingen gecedeerd zijn. Dit wil bij een ontkennend antwoord echter nog niet zeggen dat de vorderingen ook voor verhaal vatbaar zullen zijn: zij kunnen immers stil verpand zijn. Hecht men werkelijk grote waarde aan de mogelijkheid voor crediteuren om vast te kunnen stellen welke vorderingen voor verhaal vatbaar zijn, dan kan men alleen door middel van de registratie van de cessie en de verpanding in openbare registers een effectief stelsel van publiciteit in het leven roepen. Hier zijn echter weer de nodige bezwaren aan verbonden, onder andere administratieve rompslomp, kenbaarheid voor concurrenten en schending van de privacy van de gecedeerde debiteuren, die wij in het kader van dit preadvies niet kunnen bespreken.²⁶

In de Memorie van Antwoord II wordt gesteld dat het in art. 3:94 lid 1 BW gekozen stelsel de beste waarborgen biedt ten aanzien van het antwoord op de vraag of een vordering al dan niet is overgedragen.²⁷ Hier wordt door de minister op enigszins paternalistische wijze aan toegevoegd: ‘Het belang om de mededeling aan de derde uit te stellen zal niet licht zeer gewichtig kun-

25 Rongen, Enige beschouwingen, p. 106.

26 Vgl. Köster, Preadvies Broederschap Candidaat-Notarissen, p. 97-98. Positief t.o.v. een registratiestelsel, zoals dat van Article 9 van de Amerikaanse Uniform Commercial Code, staat T.H.D. Struycken, AA 47 (1998), p. 65-84. In Annex 2 behorende bij het UNCITRAL-ontwerp wordt de mogelijkheid geopend voor een registratiestelsel (zie hierna). Afwijzend tegenover Article 9 UCC staat J.H. Dalhuisen, Security and Ownership Based Funding Techniques, European Business Law Review 1998, p. 46-47. Vergelijk ook J.H.A. Lokin, C.J.H. Jansen, Tussen droom en daad, Zwolle 1995, p. 84-87, in het bijzonder het daar (p. 85) opgenomen citaat van Buining (Handelingen NJV 1956-I, p. 92).

27 Parl. Gesch. Boek 3, p. 396.

nen zijn.²⁸ Uit de vorige paragraaf moge blijken dat het tegendeel het geval is.

Köster noemt nog als aan de mededeling verbonden voordelen dat de crediteuren van de cedent minder risico hebben van vergeefs aangewende executiekosten en dat de debitor cessus een duidelijker houvast heeft ten aanzien van het moment waarop hij de cessionaris als crediteur moet beschouwen.²⁹ Het eerste voordeel is voor het huidige recht van betrekkelijke waarde, gezien de mogelijkheid van stille verpanding, terwijl men bij een regeling van een stille cessie de inningsbevoegdheid van de cessie, net zoals bij de stille verpanding, aan mededeling zou kunnen koppelen.

2.4 De cessie in Frankrijk en België; UNCITRAL-ontwerp

Wij hebben reeds opgemerkt dat in een aantal Europese rechtssstelsels (Duitsland, Engeland) de cessionaris in geval van een 'stille' cessie beschermd wordt bij insolventie van de cedent, doordat mededeling geen constitutieve eis is voor overdracht van een vordering. Zelfs in rechtssstelsels waar dit laatste wel het geval is kan men een tendens waarnemen om in bepaalde gevallen de cessionaris te beschermen in geval van een stille cessie. Zo worden in Frankrijk de door art. 1690 Cc gestelde eisen als ernstige belemmeringen gezien voor de overdracht van vorderingen in een commerciële context. Niet alleen is mededeling of erkenning nodig, deze zijn bovendien aan formaliteiten gebonden (betekening door middel van een deurwaarder of het verlijden van een notariële akte). Teneinde aan de eisen van het commerciële rechtsverkeer tegemoet te komen, heeft de Franse wetgever een tweetal wettelijke regelingen geïntroduceerd, waarin de overdracht van bepaalde soorten vorderingen vereenvoudigd wordt. De Loi Dailly maakt een vereenvoudigde en snellere overdracht en verpanding van handelsvorderingen aan kredietinstellingen mogelijk.³⁰ Dit geschiedt door middel van het ondertekenen van een cessie-lijst ('bordereau'). Nadat het bordereau door de cedent getekend en door de cessionaris gedateerd is, vindt overdracht van de vordering plaats, zonder dat hiervoor mededeling aan, of erkenning door, de debitor cessus vereist is.³¹ De mededeling, die niet aan een bepaalde vorm gebonden is, dient slechts om te bewerkstelligen dat de debitor cessus aan de cessionaris betaalt.³²

28 Parl. Gesch. Boek 3, p. 396.

29 Köster, Preadvies Broederschap Candidaat-Notarissen, p. 90-91.

30 Loi no 1 du 2 janvier 1981. Zie Mazeaud/Chabas, nr. 1268-2; Encyclopédie Dalloz (Rieg), nr. 339; Ph. Malaurie, L. Aynès, Droit civil, Les suretés, 8e druk, Parijs 1996, nr. 530.

31 Mazeaud/Chabas, nr. 1268-2, noot 3; Encyclopédie Dalloz (Rieg), nr. 339.

32 Encyclopédie Dalloz (Rieg), nr. 340.

De tweede wettelijke regeling is de wet van 23 december 1988 betreffende 'titrisation' (securitisation). Een belangrijk verschil met de Loi Dailly is dat onder de wet betreffende titrisation mededeling aan de debiteuren vereist is teneinde overdracht van de vorderingen te doen plaatsvinden, zij het dat de mededeling vormvrij is.³³ Naar Frans recht en Belgisch recht is subrogatie (art. 1249 e.v. Cc, art. 1249 e.v. Belgisch BW) een interessant alternatief voor een 'stille' overdracht van vorderingen. De koper van vorderingen kan via subrogatie bewerkstelligen dat de vorderingen overgaan naar zijn vermogen zonder dat hiervoor mededeling aan de debiteuren nodig is.³⁴ Naar *huidig Nederlands* recht is subrogatie geen alternatief voor een stille cessie. In transacties zoals factoring en securitisation zou de beoogde verkrijger van de vorderingen slechts subrogeren in de rechten van de crediteur, indien de verkrijger met elk van de debiteuren een overeenkomst tot subrogatie zou sluiten en de crediteur hiervan op de hoogte is (art. 6:150 BW). Met andere woorden niet alleen mededeling aan, maar zelfs medewerking van, de debiteuren zou vereist zijn.³⁵

Bijzondere aandacht verdient het Belgische recht. Tot 1994 waren de bepalingen inzake cessie van het Belgische Burgerlijk Wetboek gelijk aan die van de Franse Code civil. Om vorderingen immuun voor verhaal door de crediteuren van de cedent te maken, was derhalve betekening of erkenning nodig. Waar de Franse wetgever specifieke uitzonderingen heeft geformuleerd voor bepaalde transacties, is de Belgische wetgever radicaler te werk gegaan. Art. 1690 BW zelf is veranderd en ontdaan van de stringente vormvereisten die het stelde aan de volledige overdracht van vorderingen.³⁶ Dit is geschied teneinde securitisationstransacties naar Belgisch recht mogelijk te maken.³⁷ Onder het nieuwe art. 1690 BW vindt overdracht van de vordering plaats op het moment van totstandkoming van de overeenkomst van cessie. Art. 1690 lid 1 Belgisch BW luidt:

'De overdracht van schuldvordering kan worden ingeroepen tegen andere derden dan de gecedeerde schuldenaar door het sluiten van de overeenkomst van overdracht.'

33 Zie de bijdrage van A. Couret, in: Baums/Wymeersch, Asset-backed Securitization in Europe (France), p. 73-80.

34 Zie A. Wymeersch, in: Baums/Wymeersch, Asset-backed Securitization in Europe (Belgium), p. 33-35. Vgl. Zwolve, Hoofdstukken, p. 297.

35 Vgl. Graaf/Van IJlzinga Veenstra/Verhagen, Asset-backed Securitization, p. 150-151.

36 Wet van 6 juli 1994, B.S. 15 juli 1994. Zie E. Dirix e.a., Overdracht en inpandgeving van schuldvorderingen (Dirix), 1995, in het bijzonder p. 3-36. Zie ook E. Dirix, Nieuw recht in België omtrent de cessie en inpandgeving van schuldvorderingen en de bankhypotheek, WPNR 6228 (1996), p. 456-460. Tevens is een regeling voor een stil pandrecht in het BW opgenomen: art. 2075 Belgisch BW.

37 Overdracht en inpandgeving van schuldvorderingen (Dirix), nr. 5; Dirix, WPNR 6228 (1996), p. 456.

Dit geldt niet alleen in de verhouding cedent-cessionaris, maar ook jegens derden, in het bijzonder de schuldeisers van de cedent. Mededeling of erkenning is enkel nodig om te bewerkstelligen dat de debiteur nog slechts aan de cessionaris bevrijdend kan betalen.³⁸

In één situatie is de mededeling of erkenning goederenrechtelijk relevant. In geval van dubbele cessie heeft de eerste (te goeder trouw) medegedeelde of erkende cessie voorrang (art. 1690 lid 3 Belgisch BW). Dirix heeft verdedigd dat art. 1690 lid 3 Belgisch BW analogisch toegepast dient te worden in geval van beslag of faillissement. Dirix stelt dat 'het vereiste van de kennisgeving (of de erkenning) van de overdracht ook bepalend is voor het beslechten van het conflict tussen de cessionaris en alle andere derden die op de schuldvordering concurrente aanspraken kunnen doen gelden en met name bij beslag en faillissement.' Dit zou betekenen dat een aan de mededeling voorafgaand beslag of faillissement aan de cessionaris tegengeworpen zou kunnen worden. Dirix verkondigt overigens – hij geeft dit zelf ook aan – een minderheidsstandpunt. De meerderheidsvisie is dat uit art. 1690 lid 1 Belgisch BW afgeleid moet worden dat de overdracht van een vordering tegenstelbaar is aan een latere beslaglegger of aan de failliete boedel van de cedent, ongeacht of mededeling van de cessie heeft plaatsgevonden.³⁹

In art. 10 van het UNCITRAL-ontwerp is bepaald dat overdracht van de vordering plaatsvindt door en op het moment van het totstandkomen van de overeenkomst van cessie. De functie van de mededeling is beperkt tot die van betaalopdracht aan de gecedeerde debiteur (art. 18 en 19).

Hieraan dient evenwel te worden toegevoegd dat ingevolge art. 40 de verdragssluitende staten kunnen kiezen welke 'priority rules' de betreffende staat wenst over te nemen. De Annex bij het ontwerp-verdrag bevat hiervoor alternatieve regelingen. De eerste regeling is gebaseerd op een registratie-systeem, dat erop neerkomt dat de eerst geregistreerde cessie voorgaat (art. 1 en 2 van de Annex). Dit betekent onder meer dat de cessionaris beschermd wordt tegen een later beslag of faillissement, indien de registratie van de cessie anterior is aan het beslag of de faillietverklaring (art. 2 van de Annex). De tweede regeling waarvoor een verdragssluitende staat kan kiezen is dat de rangorde bepaald wordt door de datum waarop de overeenkomst van cessie tot stand is gekomen (art. 6 en 7). Hier geldt dat indien door middel van de overeenkomst van cessie de vorderingen zijn overgedragen, een later gelegd beslag ten laste van de cedent of de faillietverklaring van de cedent de overdracht niet kan frustreren. In beide regelingen is mededeling aan de debitor cessus niet bepalend voor de tegenstelbaarheid van de cessie aan derden. In de definitie van 'factoring contract' in art. 1 lid 2 van het Fac-

toring-verdrag is de mededeling als bestanddeel opgenomen. Dit is gezien het feit dat in de meeste gevallen de factor de vorderingen zal innen begrijpelijk.

Vastgesteld kan worden dat art. 3:94 lid 1 BW ingaat tegen ontwikkelingen in de rechtsstelsels van naburige landen, waarin men gepoogd heeft de commerciële overdracht van vorderingen op naam te vergemakkelijken. Opmerkelijk is dat in de Franse rechtsfamilie het mededelingsvereiste teruggedrongen wordt, teneinde tegemoet te komen aan de eisen van het moderne handels- en kredietverkeer. Het verst is hier België gegaan, door de algemene regeling van cessie (art. 1689 e.v. Belgisch BW) fundamenteel te herzien ten faveure van het consensuele stelsel. In Frankrijk heeft men gekozen voor een regeling met een beperkter toepassingsgebied. Ook in andere rechtsstelsels, bijvoorbeeld in Italië, treft men regelingen aan die voor commerciële transacties relevante mitigaties van het mededelingsvereiste bevatten.⁴⁰ In een aantal rechtsstelsels, waaronder die van de Anglo-Amerikaanse en de Duitse rechtsfamilies, is mededeling überhaupt geen vereiste voor overdracht.

Het is merkwaardig dat in Nederland de ontwikkeling omgekeerd verlopen is. In Nederland hebben wij het consensuele stelsel van het Burgerlijk Wetboek van 1838 juist verlaten en in het nieuwe Burgerlijk Wetboek mededeling tot een vereiste voor overdracht gemaakt.⁴¹ Waar Kötz in zijn *Europäisches Vertragsrecht* opmerkt dat in die rechtsstelsels waarin naar gemeen recht de mededeling constitutief is, de wetgever wettelijke uitzonderingen heeft gecreëerd voor bepaalde commerciële leveringen van vorderingen, had hij voor Nederland een uitzondering dienen te maken.⁴² Het nieuwe Burgerlijk Wetboek had dan ook, indien de wetgever het Nederlands recht op dit onderwerp had laten aansluiten bij Europese ontwikkelingen, het stelsel van het Burgerlijk Wetboek van 1838 intact moeten laten en slechts de door art. 668 lid 2 BW (oud) gestelde vormvereisten (betekening, erkenning bij authentieke akte) moeten afschaffen.

38 Dit is de heersende mening; zie Overdracht en inpandegeving van schuldvorderingen (Dirix), nr. 21.

39 Zie Overdracht en inpandegeving van schuldvorderingen (Dirix), nr. 21-26 en de daar genoemde literatuur. Zie tevens Dirix, WPNR 6228 (1996), p. 458.

40 Art. 5 van de Wet 52 van 21 februari 1991, inzake factoring, heeft met betrekking tot handelsvorderingen die aan een financiële instelling worden overgedragen, het mededelingsvereiste afgeschaft. Zie de bijdrage van d'Ambrosio, in: Baums/Wymeersch, *Asset-backed Securitization in Europe*, p. 138.

41 Vgl. Zwale, Hoofdstukken, p. 297-299.

42 H. Kötz, *Europäisches Vertragsrecht I*, Tübingen 1996, p. 423.

2.5 Het mededelingsvereiste: voorstel voor wetwijziging

Wij zouden de beschreven discrepantie tussen cessie en verpanding uit de wet verwijderd willen zien, en wel door aan art. 3:94 BW een nieuw lid toe te voegen dat als volgt zou kunnen luiden:

“Tegen een of meer bepaalde personen uit te oefenen rechten kunnen, onverminderd het bepaalde in lid 1, ook worden geleverd door een daartoe bestemde authentieke of geregistreerde onderhandse akte, zonder mededeling aan de personen tegen wie deze rechten moeten worden uitgeoefend, mits deze rechten op het tijdstip van de levering reeds bestaan of rechtstreeks zullen worden verkregen uit een op dat tijdstip bestaande rechtsverhouding.”

Een dergelijke wetwijziging is eenvoudig te realiseren. Het stelsel van art. 3:94 BW zou aldus hetzelfde worden als dat van art. 3:239 BW. Een in de parlementaire geschiedenis en literatuur genoemd voordeel van de mededeling als constitutief vereiste voor overdracht, het voorkomen van antedatering, wordt op deze wijze zelfs beter gerealiseerd dan onder het huidige art. 3:94 BW.

In de regeling van de door ons gesuggereerde mogelijkheid van stille cessie is het vereiste opgenomen dat het te cederen vorderingsrecht ten tijde van de cessie reeds bestaat of rechtstreeks zal worden verkregen uit een op dat tijdstip reeds bestaande rechtsverhouding (art. 3:239 BW). In een eerdere publicatie heeft Verhagen verdedigd dat er geen reden is om een stille cessie op dit punt anders te behandelen dan een mededeelde cessie.⁴³ Nu zouden wij, vooral vanwege de door ons in hoofdstuk 4 voorgestelde benadering van de problematiek van de levering van toekomstige vorderingen, een gelijke regeling van stille verpanding en stille cessie willen voorstellen.⁴⁴

Wij prefereren de Belgische weg, aanpassing van het gemene recht, boven de weg die de Franse wetgever gekozen heeft. De door ons voorgestelde wetwijziging biedt een adequate regeling voor de overdracht van vorderingen op naam in het algemeen. Het introduceren van een specifieke wettelijke regeling, waarin bijvoorbeeld het mededelingsvereiste wordt afgeschaft voor de cessie van handelsvorderingen of voor de cessie aan kredietinstellingen, heeft een aantal nadelen. Het leidt tot rechtsongelijkheid en tot verbrokkeling van het rechtssysteem. Het kan leiden tot allerlei afgrenzingsproblemen, zoals nu het geval is bij art. 2a van de Wet toezicht

⁴³ Verhagen, Het mededelingsvereiste, p. 177.

⁴⁴ Vgl. Rank, oratie, p. 42. Zie verder hierna § 4.3 e.v.

effectenverkeer ('uitschakeling' van art. 3:84 lid 3 BW voor repurchase transacties).⁴⁵ Wanneer zich nieuwe soorten transacties voordoen is de kans aanwezig dat deze niet onder de specifieke wet vallen, zodat weer wetwijziging noodzakelijk wordt. Niettemin, mocht wijziging van art. 3:94 lid 1 BW niet realiseerbaar blijken te zijn, dan wordt het wenselijk om een bijzondere wet tot stand te brengen, waarin het mededelingsvereiste voor bepaalde transacties wordt afgeschaft.

2.6 Mededeling: modaliteiten

In art. 3:94 lid 1 BW wordt voor de levering van vorderingen op naam mededeling van de akte van cessie aan de debiteur van de gecedeerde vordering vereist. De mededeling kan door de cedent of door de cessionaris, of door hen gezamenlijk, geschieden en is vormvrij (art. 3:37 lid 1 BW). In de praktijk zal de mededeling inhouden dat de vorderingen aan een bepaalde cessionaris gecedeerd zijn. De mededeling kan inhouden dat de overdracht van de vordering onmiddellijk plaatsvindt, maar ook dat de overdracht op een bepaald tijdstip in de toekomst zal plaatsvinden, of zelfs op een nader aan te geven tijdstip. Een dergelijke mededeling is voldoende om te zijner tijd overdracht te bewerkstelligen, wanneer aan de overige vereisten voor overdracht voldaan is. De debiteur die zich over de modaliteiten van de levering meer informatie wil verschaffen, kan op grond van art. 3:94 lid 3 BW een uittreksel van de akte van cessie verlangen. Hij zal pas aan de cessionaris behoeven te betalen, indien hij op de hoogte is gesteld van het tijdstip van de overdracht. De mededeling kan aan de akte van cessie vooraf gaan.⁴⁶ Mededeling en akte vormen samen een geheel, een 'meerledige' rechtshandeling die uit twee componenten bestaat. De mededeling kan heel goed aan de akte vooraf gaan, als de hierna getekende akte maar aansluit op de eerder gedane mededeling.

De akte van cessie kan een onderhandse akte zijn, die eenzijdig door de cedent is opgemaakt. Voldoende is dat de cessionaris de akte aanvaard heeft. De aanvaarding kan vormvrij geschieden⁴⁷ en bovendien aan de akte voorafgaan.⁴⁸ De titel van cessie

⁴⁵ Over (het ontwerp voor) deze bepaling, zie W.A.K. Rank, Repo's en repowet: van de regen in de drup?, in: Onderneming en Effecten, p. 411-418, wiens analyse wij overigens niet geheel onderschrijven.

⁴⁶ Parl. Gesch. Boek 3, p. 398.

⁴⁷ Zie HR 30 november 1956, NJ 1957, 81. In dezelfde zin Asser-Mijnssen-De Haan, nr. 355; Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht, nr. 259. Anders voor het oude recht, Wiarda, diss., p. 155.

⁴⁸ Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht, nr. 259.

behoeft niet in de akte vermeld te worden,⁴⁹ al zal dit in de praktijk meestal wel geschieden. In de akte moeten de vorderingen met voldoende bepaaldheid zijn omschreven: zie hierna hoofdstuk 6.

Een in de algemene voorwaarden van de cedent opgenomen verklaring dat de cedent zich het recht voorbehoudt de vorderingen in de toekomst aan een derde over te dragen, is geen mededeling in de zin van art. 3:94 lid 1 BW. Wil de mededeling werkelijk een component van de levering zijn, dan is in ieder geval vereist dat de mededeling op overdracht gericht is. Hiervoor is echter niet nodig dat op het moment van de mededeling reeds duidelijk is dat de akte van cessie 'met zekerheid en binnen afzienbare tijd tot stand zal komen'.⁵⁰ Pas ten tijde van de voltooiing van de levering, in geval van een eerder gedane mededeling dus: ten tijde van het tekenen van de akte, dient aan de overige vereisten voor overdracht voldaan te zijn. Op dat moment, niet eerder, dient er een titel voor de cessie alsmede beschikkingsbevoegdheid te zijn. Zolang de debiteur geen informatie is verschaft over de tekening van de akte, kan hij blijven betalen aan de cedent (art. 6:34 BW). Komt de akte er uiteindelijk toch niet, dan heeft dit vanzelfsprekend tot gevolg dat er geen overdracht plaatsvindt.

Is het mogelijk om aan het door art. 3:94 lid 1 BW gestelde mededelingsvereiste te voldoen door het plaatsen van een advertentie in een of meer landelijke dagbladen? Struycken heeft geopperd dat deze mogelijkheid bestaat.⁵¹ Volgens Struycken heeft het mededelingsvereiste twee functies. De mededeling heeft op de eerste plaats de functie de debiteur te informeren over het feit dat hij dient te betalen aan de cessionaris. Daarnaast is de mededeling een publiciteitsmaatregel, die de overdracht van de vordering kenbaar maakt voor derden. Struycken acht het denkbaar dat een algemene mededeling in dagbladen voldoende is om overdracht te bewerkstelligen, terwijl voor de verandering van de persoon aan wie de betaling verschuldigd is, meer nodig is. Mede op grond van art. 6:34 BW zou de debiteur ondanks overdracht van de vordering aan de cedent kunnen blijven betalen, totdat hem specifieke informatie over de cessie verschaft is. Struyckens suggestie is moeilijk verenigbaar met het huidige art. 3:94 lid 1 BW, dat in samenhang met art. 3:37 lid 3 BW met zich brengt dat de mededeling de debiteur moet hebben bereikt. Slechts wanneer dit laatste het geval is, hetgeen meestal moeilijk bewijsbaar zal zijn, kan de advertentie overdracht van de vordering bewerk-

stelligen. Aan de mededeling per advertentie is derhalve een aanzienlijk risico verbonden. De ecartering van de praktische bezwaren die aan het mededelingsvereiste verbonden zijn kan dan ook beter geschieden door de door ons in § 2.5 voorgestelde wetswijziging, dan door de door Struycken gesuggerende interpretatie van art. 3:94 lid 1 BW, waarvan Struycken overigens zelf al aangeeft dat een nieuw arrest van de Hoge Raad nodig is om de voor de praktijk wenselijke zekerheid te verkrijgen.

In het huidige Burgerlijk Wetboek is in tegenstelling tot het Burgerlijk Wetboek van 1838 geen plaats meer ingeruimd voor de erkenning van de cessie door de debitor cessus. De reden hiervoor is dat de wetgever van oordeel was dat het niet in de macht van de debitor cessus mag staan het moment van overdracht van de vordering te bepalen, mogelijk tegen de wens van cedent en cessionaris.⁵² Wij zijn het hier mee eens: het is aan de cedent en de cessionaris te bepalen wanneer overdracht plaatsvindt. Weliswaar zou men dit ook kunnen bereiken in een systeem waarin erkenning wel tot overdracht leidt, namelijk door in de overeenkomst van cessie te stipuleren wanneer de overdracht plaatsvindt. De huidige oplossing is evenwel eenvoudiger en verdient daarom de voorkeur.

49 In deze zin Rb. Rotterdam 19 augustus 1999, JOR 1999/267.

50 Rank, B.W.-krant jaarboek 1992, p. 15.

51 WPNR 6351 (1999).

52 Parl. Gesch. Boek 3, p. 396.

3 Toekomstige vorderingen: beschrijving van het geldende recht

3.1 De cessie bij voorbaat van toekomstige vorderingen

In art. 3:97 van het huidige Burgerlijk Wetboek vindt de mogelijkheid van levering bij voorbaat van toekomstige *goederen* haar uitdrukkelijke wettelijke grondslag. De cessie bij voorbaat van toekomstige vorderingen is derhalve mogelijk. De leveringshandeling kan nu reeds verricht worden en heeft tot gevolg dat wanneer de vordering ontstaat, automatisch overdracht plaatsvindt. Het voor cessie geldende mededelingsvereiste brengt mede dat er onder het huidige BW in ieder geval een beperking geldt voor de cessie bij voorbaat. Men kan alleen toekomstige vorderingen cederen op debiteuren waarvan men de identiteit al kent. Toekomstige vorderingen op nog onbekende debiteuren kunnen niet bij voorbaat gecedeerd worden.¹ Is de toekomstige debiteur al wel bekend (bijvoorbeeld een vaste zakenrelatie), dan is slechts vereist dat de vordering in de akte van cessie met voldoende bepaaldheid is omschreven (art. 3:84 lid 2 BW). Zoals in hoofdstuk 6 beschreven zal worden, levert dit bepaaldheidsvereiste niet veel restricties op voor de cessie van toekomstige vorderingen.

In het Belgische, Franse en Duitse recht wordt de levering bij voorbaat van toekomstige vorderingen erkend.² Hetzelfde geldt voor het Factoringverdrag (art. 5(b)) en het UNCITRAL-ontwerp (art. 9). Naar Engels recht kunnen alleen bestaande vorderingen gecedeerd worden, waarbij vorderingen uit ten tijde van de cessie bestaande contracten als bestaande vorderingen worden aangemerkt. Een toekomstige vordering kan alleen voorwerp zijn van een overeenkomst tot cessie ('agreement to assign'). Indien de toekomstige vordering echter voldoende bepaalbaar is, vindt in 'equity' van rechtswege overdracht van de vordering plaats, zodra deze ontstaat. Er is derhalve geen afzonderlijke cessie door de cedent noodzakelijk indien de vordering ontstaat. 'The effect of

this equitable principle is that the assignee's interest is more than a mere matter of contract, even before the chose in action comes into existence.'³

In geval van een dubbele cessie bij voorbaat wordt de vordering verkregen door degene aan wie de vordering als eerste bij voorbaat gecedeerd is (art. 3:97 lid 2 BW). Deze prioriteitsregel is ook van toepassing op bezwaren bij voorbaat alsmede op beslag op toekomstige vorderingen. Zo kan een cessie bij voorbaat niet afdoen aan de rechten van degene aan wie de vorderingen eerder bij voorbaat verpand zijn of aan degene die eerder derdenbeslag heeft gelegd op de toekomstige vorderingen, terwijl op zijn beurt de cessionaris beschermd wordt tegen een na de cessie bij voorbaat gevestigd pandrecht of gelegd beslag.⁴

Vooraf vanwege art. 35 lid 2 Fw, dat bepaalt dat goederen die op de dag van faillietverklaring van de cedent nog toekomstig zijn, bij hun ontstaan in de faillissementsboedel vallen, is de vraag wanneer men een vordering als toekomstig moet kwalificeren, van het grootste belang. Het is deze vraag die centraal staat in dit deel van het preadvies.

3.2 Jurisprudentie van de Hoge Raad

In het Fijn van Draat-arrest (HR 29 december 1933, NJ 1934, 343, m.nt. PS) besliste de Hoge Raad dat levering van een vordering slechts mogelijk is 'indien de vordering bij het aangaan der akte van overdracht reeds bestaat'. De Hoge Raad besliste dat voor toepassing van de wettelijke bepalingen inzake overdracht een vordering geacht moet worden te bestaan 'indien zij haar onmiddellijke grondslag vindt in een rechtsverhouding, waarin hij, die de vordering overdraagt, dan reeds tot den schuldenaar staat'. Een jaar eerder had de Hoge Raad voor derdenbeslag op loonvorderingen al overwogen dat de vordering bij het leggen van het beslag bestaat indien zij haar onmiddellijke grondslag vindt in de ten tijde van het beslag bestaande rechtsverhouding (HR 25 februari 1932, NJ 1932, 301, m.nt. PS). Geheel in de lijn van de eerdere arresten werden in het arrest De Boer/Haskeveenpolder (HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848, m.nt. EMM) huurvorderingen beschouwd als vorderingen die onmiddellijk bij het totstandkomen van de huurovereenkomst ontstaan, ook voor zover zij betrekking hebben op toekomstige perioden.

1 Art. 3:94 lid 2 BW ziet slechts op *bestaande* vorderingen, waarvan de debiteur onbekend is, bijvoorbeeld een vordering uit onrechtmatige daad op een nog onbekende dader.

2 Zie Overdracht en in pandgeving van vorderingen op naam (Verbeke), nr. 110; Encyclopédie Dalloz (Rieg), nr. 82; Münchener Kommentar (Roth), § 398, RdNr. 75-84.

3 Zie Chitty, nr. 20-028-20-032, in het bijzonder 20-032.

4 Zie HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172, m.nt. HJS; HR 10 januari 1992, NJ 1992, 744, m.nt. HJS.

In het arrest Solleveld II (HR 24 oktober 1980, NJ 1981, m.nt. WMK) besliste de Hoge Raad dat ook *toekomstige* vorderingen bij voorbaat geleverd kunnen worden. Aan de levering van toekomstige vorderingen wordt dezelfde voorwaarde gesteld als in het Fijn van Draat-arrest, namelijk dat de vorderingen hun onmiddellijke grondslag dienen te hebben in een rechtsverhouding die ten tijde van het verlijden van de akte van cessie reeds bestaat. Vorderingen die voortvloeien uit een ten tijde van de cessie reeds bestaande rechtsverhouding kunnen derhalve worden gecedeerd. Dit wil evenwel niet zeggen dat de cessionaris de vordering steeds zal verkrijgen. In het SOS/ABN-arrest (HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615, m.nt. WMK) overwoog de Hoge Raad uitdrukkelijk dat vorderingen die hun onmiddellijke grondslag vinden in een reeds bestaande rechtsverhouding, niet reeds op die grond als bestaand kunnen worden aangemerkt. Toekomstige vorderingen dienen volgens de Hoge Raad onderscheiden te worden van reeds bestaande vorderingen onder een opschortende tijdsbepaling, vorderingen onder opschortende voorwaarde en vorderingen tot periodieke betalingen. Hierbij werd overwogen dat de cessie van een vordering die ten tijde van de faillietverklaring nog toekomstig is, vanwege het ontbreken van beschikkingsbevoegdheid (art. 23 Fw) niet tegen de boedel kan worden ingeroepen. De cessionaris wordt, wanneer de bij voorbaat gecedeerde vordering pas ontstaat na faillietverklaring van de cedent, geen rechthebbende van die vordering. Een zelfde regel geldt in geval van surseance van betaling.⁵

In het arrest WUH/Emmerig q.q. (HR 30 januari 1987, NJ 1987, 530, m.nt. G) wordt het criterium voor bestaande vorderingen van het arrest SOS/ABN nog wat aangescherpt. De Hoge Raad geeft nu de volgende omschrijving van nog niet opeisbare bestaande vorderingen:

‘terstond bij het sluiten van een overeenkomst reeds hun bestaan aanvangende vorderingen onder opschortende voorwaarde of tijdsbepaling of tot terstond vaststaande periodieke betalingen’.

De Hoge Raad concludeert in het WUH-arrest dat vorderingen uit hoofde van een huurovereenkomst niet tot deze categorie van bestaande vorderingen behoren. Huurvorderingen kunnen niet geacht worden te zijn ontstaan op het tijdstip waarop de huurovereenkomst (al dan niet voor bepaalde tijd) tot stand komt, omdat het ontstaan van deze vorderingen afhankelijk is

5 HR 15 maart 1991, NJ 1992, 605 (Veenendaal q.q./Hogeslag).

‘van toekomstige, vooralsnog onzekere omstandigheden waaronder in het bijzonder de daadwerkelijke verschaffing van het huurgenot, onderscheidenlijk het na faillietverklaring nog resterende deel van het huurgenot, waarvoor de betreffende termijn de tegenprestatie vormt’.

In HR 25 maart 1988, NJ 1989, 200, m.nt. WMK (Staal Bankiers/Ambags q.q.) oordeelde de Hoge Raad dat een vordering tot uitkering van de waarde van het maatschapsaandeel van een gefailleerd vennoot pas ontstaat, indien de vereiste wilsverklaringen van de debiteuren (i.c. de uitoefening van een ‘optie’ door de overige maten) is afgelegd. Worden deze wilsverklaringen pas afgelegd nadat het faillissement van de betreffende vennoot is uitgesproken, dan valt de vordering in de boedel. De Hoge Raad heeft in HR 5 januari 1990, NJ 1990, 325 (Dubbeld/Laman) geoordeeld dat een vordering tot betaling van een contractuele boete geen reeds bestaande voorwaardelijke vordering is, maar pas ontstaat indien wanprestatie gepleegd is.

3.3 Buitenlandse rechtsstelsels

In het Belgische, Franse, Duitse en Engelse recht worden vorderingen die voortvloeien uit reeds bestaande rechtsverhoudingen, als bestaande vorderingen aangemerkt. De overdracht van dergelijke vorderingen wordt dan ook niet belemmerd door een tussentijds faillissement van de cedent. ‘The assignability of rights under existing contracts seems to be universally recognised’, schrijft Kötz in zijn bijdrage aan de International Encyclopedia of Comparative Law.⁶

Uit de hieraan voorafgaande passage in de bijdrage van Kötz blijkt dat ‘assignability’ niet alleen ziet op de mogelijkheid om vorderingen uit hoofde van bestaande contracten te cederen, maar betrekking heeft op de geldige overdracht van deze vorderingen, waaraan een tweede cessie, een later beslag of een later faillissement van de cedent niet af kan doen. Alleen waar het gaat om zekerheidscessies kan het zijn dat aan bepaalde registratievereisten voldaan moet zijn.

De Belgische en Franse benadering is dat de vordering ‘in de kiem’ ontstaat zodra de hieraan ten grondslag liggende rechtsverhouding is ontstaan. In de Belgische literatuur overheerst dan ook de zienswijze dat ‘een schuldvoordering bestaat zodra de oorzaak van de vordering ontstaat, dit is het rechtsfeit,

6 R. David e.a. (ed.), International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. VII, Contracts in General, Chapter 13, Rights of Third Parties, Third Party Beneficiaries and Assignment, 1992 (hierna: ‘Kötz, International Encyclopedia’), Nr. 81.

de rechtshandeling of de toestand die rechtstreeks aan de vordering ten grondslag ligt, zoals overeenkomst, testament, ongeval of fout'.⁷ Naar Duits recht kunnen toekomstige vorderingen bij voorbaat gecedeerd worden, mits de vorderingen voldoende bepaald zijn. Mededeling aan de debitor cessus is niet noodzakelijk. Voor zover het gaat om vorderingen die voortvloeien uit ten tijde van de cessie reeds bestaande rechtsverhoudingen is de heersende mening dat in geval van een cessie van nog niet 'volkomen' vorderingen een later faillissement van de cedent niet aan de overdracht in de weg kan staan.⁸

Over het theoretische fundament van deze conclusie bestaat verschil van mening. Veelal wordt de verklaring hiervoor gezocht in het zogenaamde 'Anwartschaft'. Indien de cedent toekomstige vorderingen uit een reeds bestaande rechtsverhouding cedeert, bijvoorbeeld een huurovereenkomst, verkrijgt de cessionaris een 'Anwartschaft auf den künftigen Erwerb des Rechts'. Het Anwartschaft verschaft de cessionaris reeds ten tijde van de cessie bij voorbaat een rechtens beschermde eigendomsverwachting. Een Anwartschaft kan slechts uit een reeds bestaande rechtsverhouding voortvloeien en ontstaat derhalve niet indien vorderingen uit nog te sluiten overeenkomsten bij voorbaat gecedeerd worden. Wordt in dergelijke gevallen de cedent failliet verklaard voordat de vordering of de onderliggende overeenkomst ontstaan is, dan verhindert de door het faillissement in het leven geroepen beschikkingsonbevoegdheid van de cedent dat overdracht van de vorderingen plaatsvindt.⁹ Volgens Roth is evenwel de oplossing niet zozeer te vinden in het Anwartschaft, als wel in de waardering van de betrokken belangen, waarvan het tegengaan van uitholling van het verhaalsaansprakelijke vermogen van de cedent er één is. Roth zoekt aansluiting bij de regeling van de verpanding van vorderingen, die slechts verpanding van vorderingen uit reeds bestaande rechtsverhoudingen toelaat. Aan deze regeling ligt volgens Roth de idee ten grondslag dat de macht van een rechtssubject om over toekomstig vermogen te beschikken, niet voorbij vorderingen uit reeds bestaande rechtsverhoudingen mag reiken. De conclusie die Roth hieruit trekt is dat, in overeenstemming met de heersende mening, de faillissementsbestendigheid van een cessie van vorderingen op naam aan hetzelfde criterium van de reeds bestaande rechtsverhouding getoetst dient te worden.¹⁰

In het Engelse recht worden vorderingen die voortvloeien uit een reeds gesloten contract als bestaande vorderingen aangemerkt. Dergelijke vorderingen worden geacht ten tijde van de contractssluiting te ontstaan, ongeacht of de vorderingen al opeisbaar zijn, ongeacht of de crediteur zelf nog

moet presteren en ongeacht of nog aan een bepaalde voorwaarde (die *niet* van de wil van partijen afhankelijk is: vergelijk Staal Bankiers/Ambags q.q.) voldaan moet zijn. Het feit dat de hoogte van de vordering nog onzeker is, of dat onzeker is dat de vordering opeisbaar wordt omdat deze afhankelijk is van het verrichten van de wederprestatie, verhindert niet dat de vordering als bestaand gekwalificeerd kan worden. De reden waarom ook dergelijke niet-opeisbare vorderingen als bestaande vorderingen worden aangemerkt is dat zij zijn gebaseerd op een bestaande verbintenis. Als bestaande vorderingen worden door de rechtspraak aangemerkt: rentevorderingen uit hoofde van een geldlening voor bepaalde tijd, vorderingen voor toekomstige huurtermijnen, vorderingen in verband met een contract van aanneming van werk en vorderingen uit hoofde van contracten die verplichten tot toekomstige leveringen of tot andere prestaties.¹¹ In 'equity' kunnen zelfs volstrekt toekomstige vorderingen faillissementsbestendig gecedeerd worden, mits de vorderingen voldoende bepaalbaar zijn.¹²

In het UNCITRAL-ontwerp wordt een 'future receivable' weinigzeggend omschreven als 'a receivable that arises after the conclusion of the contract of assignment' (art. 6(b)). Nadere criteria ter bepaling van het tijdstip van ontstaan worden niet gegeven. Art. 10 bepaalt dat een toekomstige vordering ten tijde van de overeenkomst van cessie geacht moet worden te zijn overgedragen.

3.4 Interne rechtsvergelijking¹³

De contractsoverneming wordt door de wetgever niet gezien als een vorm van levering. De contractsoverneming is een meezijdige niet-obligatoire overeenkomst, waarvoor noch de regels van afdeling 3.4.2 (overdracht) gelden, noch die van art. 35 Fw.¹⁴ Wanneer bijvoorbeeld verhuurder V zijn rechtsverhouding met huurder H door middel van contractsoverneming op X doet overgaan, zal een later faillissement van V geen afbreuk doen aan de gerechtigdheid van X tot de huurvorderingen. De huurovereenkomst bestaat nu tussen X en H. Ook al zou men huurvorderingen als toekomstige vorderingen aanmerken, wanneer deze vorderingen ontstaan, ontstaan zij direct in het vermogen van X. De 'bron' van de vorderingen bevindt zich nu

7 Overdracht en in pandgeving van schuldvorderingen (Verbeke), nr. 108. Vgl. voor het Franse recht, Zwolve, Hoofdstukken, p. 295-296.

8 Münchener Kommentar (Roth), § 398, RdNr. 80-82; H. Kaduk, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse (hierna: 'Staudinger (Kaduk)'), § 398, Rz 50-59.

9 Staudinger (Kaduk), § 398, Rz 50-56.

10 Münchener Kommentar (Roth), § 398, RdNr. 80-83.

11 Zie Chitty, nr. 20-28; Odith, Legal Aspects, p. 28-29.

12 Zie Chitty, nr. 20-032.

13 Voor de nu te bespreken alternatieven voor cessie, zie reeds Rongen, Securitisation, p. 419-466, alsmede de daar genoemde literatuur.

14 J.J. van Hees, Leasing, diss. Nijmegen, Serie Onderneming en Recht, deel 8, Deventer 1997 (hierna: 'Van Hees, diss.'), p. 117, 120.

bij X en V's faillissement is irrelevant geworden. Noch art. 3:84 BW noch art. 35 lid 2 Fw staat hieraan in de weg. De juridisch-technische verklaring voor dit verschil in behandeling van de cessie van huurvorderingen en de overneming van een huurovereenkomst ligt natuurlijk in de zojuist beschreven overgang van de 'bron' van de huurvorderingen. Men kan zich evenwel afvragen of dit verschil in behandeling gerechtvaardigd is en of niet door middel van een andere benadering van het begrip 'toekomstige vordering' de regeling van de cessie op dit punt meer in overeenstemming moet worden gebracht met die van de contractsoverneming.

Eerder hebben wij gezien dat de nadelen die verbonden zijn aan het mededelingsvereiste niet door middel van subrogatie vermeden kunnen worden.¹⁵ Daarentegen kan wel van deze constructie gebruik gemaakt worden om een oplossing te bereiken voor de problematiek van de toekomstige vorderingen. Subrogatie behelst een vorm van overgang van vorderingen, waarop art. 35 lid 2 Fw niet van toepassing is. Met andere woorden, ook ten aanzien van vorderingen die eerst na de faillietverklaring van de rechthebbende van de vordering ontstaan is subrogatie mogelijk.

In situaties van middellijke vertegenwoordiging vormt de toekomstigheid der vorderingen geen obstakel voor de overgang krachtens art. 7:420 BW. Indien tussenpersoon T in eigen naam maar voor rekening van principaal P met huurder D een huurovereenkomst aangaat en vervolgens failliet, zal P op grond van art. 7:420 BW alle huurvorderingen die zullen voortvloeien uit deze overeenkomst op zich kunnen doen overgaan. Art. 35 Fw staat hier niet aan in de weg, aangezien art. 7:420 niet de overdracht van een vordering behelst, maar (evenals subrogatie) de overgang der vordering.

Men zou hooguit kunnen stellen dat art. 7:420 slechts op bestaande vorderingen ziet en dat steeds wanneer een nieuwe vordering ontstaat uit hoofde van de voor rekening van P gesloten overeenkomst nieuwe verklaringen aan T en D noodzakelijk zijn. Dit zou in geval van huurovereenkomsten met zich brengen, indien men op grond van het WUH-arrest zou aannemen dat periodiek nieuwe vorderingen ontstaan, dat (in de regel) maandelijks verklaringen aan T en D zouden moeten worden gezonden. Met deze administratieve rompslomp is geen enkel redelijk belang gediend en wij zouden deze dan ook als overbodig willen bestempelen. Met andere woorden, een enkele verklaring aan tussenpersoon en derde heeft tot gevolg dat op grond van art. 7:420 BW alle vorderingen voortvloeiende uit de voor rekening van de principaal gesloten overeenkomst op P (zullen) overgaan, ongeacht of het bestaande of toekomstige vorderingen betreft.

¹⁵ Zie evenwel de door Rongen beschreven hoofdelijkheidsconstructie. Rongen, *Securitisatie*, p. 451-459.

In geval van middellijke vertegenwoordiging staat derhalve het faillissement van de fiduciair eigenaar van de vordering (de tussenpersoon) er niet aan in de weg dat de belanghebbende bij de vorderingen rechthebbende wordt van deze vorderingen.

Met name Blom en Zwitser hebben het derdenbeding aanbevolen als alternatief voor cessie.¹⁶ Zwitser plaatst terecht vraagtekens bij de verschillen in rechtsgevolgen die naar huidig recht tussen cessie en derdenbeding bestaan en heeft bepleit om de regeling van de cessie beter te laten aansluiten bij die van het derdenbeding. Een huurovereenkomst zou een derdenbeding kunnen inhouden, dat in bepaalde gevallen (bijv. insolventie van de verhuurder) de koper van de vorderingen een zelfstandig vorderingsrecht geeft tot inning van de huurpenningen, waarbij dan de verhuurder zijn vorderingsrechten verliest. Een van de voordelen die aan deze constructie verbonden zou kunnen zijn is dat art. 35 lid 2 Fw niet van toepassing is. Er is immers geen sprake van overdracht van huurvorderingen: de toekomstige huurvorderingen ontstaan direct in het vermogen van de koper van de vorderingen.

In alle zojuist beschreven constructies is art. 35 lid 2 Fw niet van toepassing en gaan vorderingen die na faillietverklaring van de oorspronkelijk rechthebbende ontstaan geen deel uitmaken van de failliete boedel. Gelijkschakeling van cessie met de zojuist beschreven rechtsfiguren zou tot gevolg hebben dat een tussentijds faillissement van de betreffende partij in alle gevallen van overgang (contractsoverneming, middellijke vertegenwoordiging, subrogatie en cessie) niet in de weg zou staan aan de verkrijging van vorderingen die ontstaan uit een reeds bestaande overeenkomst.

3.5 Conclusie

Op grond van het Fijn van Draat-arrest kon een vordering als reeds bestaand worden aangemerkt, indien zij haar onmiddellijke grondslag vond in een ten tijde van de levering bestaande rechtsverhouding. Dezelfde benadering wordt gevolgd in een aantal belangrijke Europese rechtsstelsels: vorderingen uit hoofde van een reeds bestaande rechtsverhouding kunnen faillissementsbestendig overgedragen worden. Het Nederlands recht leidt bij aan de cessie verwante rechtsfiguren tot hetzelfde resultaat. De met het Sol-

¹⁶ Zie R. Zwitser, *Het (fiduciair) derdenbedingen van (toekomstige) vorderingen*, WPNR 6128 (1994), p. 199-204. Zie tevens Zwitser, *NJB* 1995, p. 581 e.v.; Blom, *Zekerheidscessie en stille verpanding van toekomstige vordering*, p. 21-22; WPNR 5875 (1988), p. 301. Zie ook P. Werdmuller, *Derdenbeding als alternatief voor cessie*, AA 46 (1997), p. 36-43.

leveld-II-arrest aanvangende jurisprudentie van de Hoge Raad is evenwel de andere richting opgegaan. In het volgende hoofdstuk zullen wij betogen dat dit een onwenselijke richting is en dat ook hier het 'oude' recht (Fijn van Draat-arrest) beter was dan het nieuwe.

4 Toekomstige vorderingen in de zin van art. 35 Fw

4.1 Kritiek op de heersende leer

De richtlijn die in de literatuur in navolging van Kleijn wel gehanteerd wordt, is de volgende. Een vordering dient als toekomstig gekwalificeerd te worden, indien het ontstaan van de vordering afhankelijk is van een *intern* element, gerelateerd aan de debiteur of de crediteur, zoals het werkelijk verrichten van de overeengekomen wederprestatie door de cedent (bij duur-overeenkomsten) of het doen van een wilsverklaring door de debitor cessus. Daarentegen zou het gaan om een bestaande vordering onder tijdsbepaling of voorwaarde wanneer het ontstaan van de vordering afhankelijk is van een *extern* element dat nog vervuld moet worden.¹

Het 'criterium-Kleijn' is vanwege zijn vaagheid in ieder geval niet in staat voldoende zekerheid vooraf te bieden voor de zo belangrijke kwestie van de overdracht van nog 'onvolkomen' vorderingen.² Ten aanzien van tal van vorderingsrechten bestaat verschil van mening. Zijn bijvoorbeeld de vorderingen van de licentiegever uit hoofde van een softwarelicentie bestaande of toekomstige vorderingen? Men zou kunnen zeggen dat het om toekomstige vorderingen gaat, nu de verplichting van de licentiehouder om de licentievergoeding te betalen in de regel afhankelijk zal zijn van het adequaat functioneren van de software gedurende de licentietermijn. Zijn de vorderingen van de verzekerde uit hoofde van de verzekeringsovereenkomst toekomstige vorderingen, nu de afdwingbaarheid van de vorderingen afhankelijk is van betaling der verzekeringspremie door de verzekerde? Of moet men zeg-

¹ Zie noot Kleijn onder HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615. Zie verder W.H. van Boom, Toekomstigheid van vorderingen, WPNR 6108 (1993), p. 699-703, WPNR 6109 (1993), p. 721-724.

² In dezelfde zin, M.A. Blom, Zekerheidscessie en stille verpanding van toekomstige vorderingen, NIBE-Bankjuridische Reeks (hierna: 'Blom, Zekerheidscessie'), p. 9-10; N.E.D. Faber, Enige beschouwingen over het ontstaan van regresvorderingen, NTBR 1995, p. 35-40; Van Hees, diss., p. 126.

gen dat het hier om bestaande vorderingen gaat, nu de vordering tot uitkering afhankelijk is van een extern element (de verwezenlijking van het verzekerd risico)?

Van Boom suggereert de volgende indeling: 'zodra de premie over een bepaald tijdvak betaald is, *ontstaat* er een voorwaardelijke vordering tot betaling van de penningen met betrekking tot een in dat tijdvak eventueel te verwezenlijken risico; met betrekking tot nog niet betaalde tijdvakken is er een toekomstige vordering tot betaling van de penningen met grondslag in de verzekeringsovereenkomst.'³ Op basis van het criterium-Kleijn kan men inderdaad tot deze conclusie komen. Voor ons toont het voorbeeld van verzekeringsovereenkomsten evenwel aan tot wat heilloze resultaten het criterium-Kleijn leidt. Er is een bestaande verzekeringsovereenkomst krachtens welke de verzekeraar gehouden is tot uitkering indien het verzekerd risico zich verwezenlijkt en krachtens welke de verzekerde gehouden is tot premiebetaling. Dit rechtvaardigt, zoals wij hierna zullen uitwerken, dat men alle vorderingen uit hoofde van de verzekeringsovereenkomst als bestaande vorderingen aanmerkt, ongeacht of zij betrekking hebben op een periode waarvoor al premie betaald is.

Gaat het om toekomstige vorderingen wanneer in het kader van een koopovereenkomst de levering van de gekochte zaken en de betaling van de koopprijs in termijnen plaatsvindt? Hoe is de situatie wanneer een koopovereenkomst wordt gesloten onder de opschortende voorwaarde dat de levering en betaling van de koopprijs slechts zullen geschieden wanneer de verkoper op een bepaald tijdstip in de toekomst nog in leven is?⁴ Zijn periodiek opeisbare rentevorderingen bestaande of toekomstige vorderingen?⁵ Hoe zit het met regresvorderingen: gaat het hier om bestaande vorderingen onder opschortende voorwaarde van de tot regres leidende betaling aan de derde, of ontstaan deze vorderingen pas indien de betaling werkelijk verricht is?⁶ Van der Grinten concludeert terecht in zijn noot in de NJ onder het WUH-arrest dat een antwoord op dergelijke vragen niet uit het WUH-arrest valt af te leiden.

3 Van Boom, WPNR 6109 (1993), p. 722.

4 In zijn conclusie bij het WUH-arrest laat AG Bloembergen het antwoord op deze vraag in het midden.

5 De volgende auteurs nemen aan dat mogelijk sprake is van een toekomstige vordering: S.C.J.J. Kortmann, 38 AA (1989), p. 59; W.C.L. van der Grinten, NJ 1987, 530. Anders A.J. Tekstra, NJB 1990, p. 743 en Mijnsen/Schut, Bezit, levering en overdracht, 3e druk, Zwolle 1991, p. 139.

6 Voor een uitvoerige verhandeling over het toekomstig karakter van regresvorderingen, zie Faber, NTBR 1995, p. 35-40. Zie tevens H.J. Sniijders, NJ 1995, 342; E. Loesberg, in: *Onderneming en Effecten*, p. 532.

Door Reehuis wordt gesteld dat indien weliswaar sprake is van een reeds bestaande rechtsverhouding, maar desondanks nog aan één of meer *vereisten* voor het ontstaan van de vordering dient te worden voldaan, slechts sprake is van een toekomstige vordering.⁷ Hier rijst de moeilijkheid dat het lastig is een vereiste voor het *ontstaan* van een vordering te onderscheiden van een vereiste voor het *opeisbaar* worden. Wat onderscheidt een vereiste van een opschortende voorwaarde of tijdsbepaling, nu het in beide gevallen om (zekere of onzekere) toekomstige gebeurtenissen kan gaan? In het arrest Staal Bankiers/Ambags q.q. werden de faillietverklaring van de betreffende vennoot, het besluit van de overige vennoten de maatschap voort te zetten en de uitoefening van het recht het maatschapsaandeel van de gefailleerde vennoot over te nemen door de Hoge Raad als vereisten voor het ontstaan van de vordering beschouwd, terwijl men deze gebeurtenissen evengoed als opschortende voorwaarden kan beschouwen.

In de literatuur wordt wel aangenomen dat vanwege het WUH-arrest vorderingen uit andere duurovereenkomsten eveneens als toekomstige vorderingen dienen te worden aangemerkt.⁸ Het is maar de vraag of dit steeds zo is. Weliswaar kan de bevoegdheid om nakoming te vorderen ook bij deze overeenkomsten afhangen van het werkelijk verrichten van de wederprestatie, dit kan evenwel bij alle wederkerige overeenkomsten waarbij beide partijen nog dienen te presteren het geval zijn (opschortingsrechten). Men kan zich afvragen of in de literatuur wel altijd voldoende belang wordt toegekend aan de slotoverweging van het arrest, waarin de Hoge Raad stelt dat het in het arrest bereikte resultaat voortvloeit 'uit de aard van de huurovereenkomst, zoals deze onder meer tot uitdrukking komt in bepalingen als de art. 1584 eerste lid, 1586, 1588, 1589 en 1591 BW'. Op basis van deze bepalingen heeft de Hoge Raad waarschijnlijk geconcludeerd dat bij huurovereenkomsten de vorderingen van de verhuurder nog 'verdiend' dienen te worden: pas als gepresteerd is, door het verschaffen van huurgenot over de betreffende periode, ontstaat de vordering tot de wederprestatie. De analyse kan evenwel bij andere duurovereenkomsten (bij huur overigens ook) heel goed een andere zijn. In geval van duurovereenkomsten zal er veelal voor ieder der partijen een voortdurende verbintenis bestaan, 'die verplicht tot opeenvolgende of voortdurende prestaties'.⁹ Het ligt voor de hand aan te nemen dat met dergelijke bij de totstandkoming van de overeenkomst ontstane voortdurende verbintenissen vorderingsrechten corresponderen die

7 Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht, nr. 322. Vgl. HR 25 maart 1988, NJ 1989, 200 (Staal Bankiers/Ambags q.q.), r.o. 3.2 en de noot van Kleijn bij dit arrest onder 3.

8 Zie bijvoorbeeld Asser-Mijnsen-De Haan, nr. 303; Blom, WPNR 5856 (1988), p. 24; Van Boom, WPNR 6109 (1993), p. 723; Faber, NTBR 1995, 36; Van Hees, diss., p. 127.

9 Asser-Hartkamp 4-I, nr. 43.

onmiddellijk bij de contractssluiting hun aanvang nemen. Het feit dat een partij niet gehouden is te presteren wanneer de wederpartij wanprestatie pleegt, zal veelal berusten op een aan deze partij toekomend opschortingsrecht. Het bestaan van een opschortingsrecht veronderstelt het bestaan van de betreffende verbintenis en daarmee van de vordering. In de meeste gevallen zal uit de wettelijke regeling die voor de betreffende overeenkomst geldt, niet afgeleid kunnen worden welke analyse gevolgd dient te worden en bestaat derhalve de nodige onzekerheid.

De analyse van de Hoge Raad in het WUH-arrest dat de vorderingen pas ontstaan als de tegenprestatie werkelijk verricht wordt, volgt niet dwingend uit het systeem van de wet. Vgl. Meijers, in zijn noot bij De Boer/Haskeveenpolder: 'Het bij een wederkerige overeenkomst beschouwen van de eene prestatie als een 'voorwaarde' voor het verschuldigd zijn van de andere prestatie, zoodat eerst met de vervulling dier voorwaarde de vordering ontstaat, is m.i. een opvatting, die onze wet vreemd is.' In De Boer/Haskeveenpolder (HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848) lijkt de Hoge Raad er zelfs vanuit te gaan dat er sprake is van één vordering voor het gehele tijdens de huurperiode verschuldigde bedrag, die periodiek en in termijnen opeisbaar is. De Hoge Raad overweegt: 'dat door het sluiten eener huurovereenkomst voor den huurder ontstaat de verbintenis tot betaling van de overeengekomen huurtermijnen op de bij de overeenkomst vastgestelde vervaldagen en voor den verhuurder een vordering dienovereenkomstig, terwijl in ons recht geenerlei bepaling belet, dat de verhuurder over die vordering, waarvan hij, op het ogenblik eener cessie, tot het gehele bedrag de eenig gerechtigde is, ten volle beschikt door die voor alle termijnen aan een derde over te dragen'.

Men kan met evenveel recht zeggen dat de huurder een bestaande voortdurende verbintenis heeft tot het periodiek betalen van de huurpenningen, waarmee bestaande vorderingen van de verhuurder tot periodieke betalingen corresponderen, en dat de huurder zich op een opschortingsrecht kan beroepen indien de verhuurder in gebreke is met het verschaffen van het huurgenot. In HR 6 juni 1997, NJ 1998, 128, m.nt. PAS (Van Bommel/Ruijgrok-Ballering) lijkt de Hoge Raad van deze constructie uit te gaan. De Hoge Raad oordeelde dat de huurder krachtens het hem toekomende opschortingsrecht gerechtigd is betaling van de huurpenningen op te schorten, indien de zaak zodanige gebreken vertoont dat deze voor hem geheel of gedeeltelijk onbruikbaar is geworden (r.o. 3.4). De analyse die hier blijkbaar gehanteerd wordt door de Hoge Raad is dat ondanks dat de verhuurder aan de huurder in feite geen huurgenot heeft verschaft, de verhuurder toch een vorderingsrecht heeft tot betaling van de huurpenningen. De reden waarom de huurder uiteindelijk niet hoeft te betalen, is niet gelegen in het niet-ontstaan van de huurvorderingen, maar in een aan de huurder toekomend opschortingsrecht. Het arrest heeft betrekking op een situatie waarin de storing in het huurgenot veroorzaakt werd doordat de verhuurde zaak ernstige gebreken vertoonde. Wij zien niet goed in waarom in deze situatie de huurvorderingen wel geacht moeten worden te zijn ontstaan, terwijl dit in andere gevallen waarin geen huurgenot verschaft wordt niet het geval zou zijn.

Overigens kunnen partijen zelf invloed uitoefenen op het moment van ontstaan van de vorderingen. Wanneer partijen bij een duurovereenkomst vooruitbetaling van de tegenprestatie overeenkomen, ontstaat de vordering op de datum dat (vooruit)betaald moet worden.¹⁰ Men zou bijvoorbeeld kunnen stipuleren dat de huur aan het begin van elk jaar verschuldigd is, maar in maandelijkse termijnen betaald kan worden. De huurvordering ontstaat dan aan het begin van het jaar, voor het gehele bedrag dat voor dat jaar verschuldigd is.

Er bestaat op dit moment derhalve ten aanzien van tal van overeenkomsten onzekerheid over de mogelijke toekomstigheid van de vorderingen die hieruit voortvloeien. Slechts stap voor stap, aan de hand van aan de Hoge Raad voorgelegde casusposities, zal grotere zekerheid verkregen kunnen worden over de vraag welke vorderingen als bestaand of als toekomstig dienen te worden beschouwd. Dit is een voor de praktijk uiterst ongelukkige situatie. De vraag of een cessie van nog niet 'volkomen' vorderingen het faillissement van de cedent zal 'overleven', is van cruciaal belang wanneer men bezig is een transactie te structureren waarbij vorderingen overgedragen worden. In veel gevallen kan men op deze vraag geen duidelijk antwoord geven.¹¹ De gebrekkige hanteerbaarheid van het huidige systeem is al genoeg reden om te concluderen dat het onbevredigend is. Er zijn echter nog andere bezwaren verbonden aan het huidige systeem.

In het WUH-arrest heeft de Hoge Raad ondubbelzinnig vorderingen uit huurovereenkomsten als toekomstig gekwalificeerd, voor zover deze vorderingen betrekking hebben op nog te verschaffen huurgenot. Gaat het daarentegen om een overeenkomst van huurkoop dan kunnen de vorderingen op de huurkoper als reeds bestaande vorderingen worden gekwalificeerd. Dit wordt onder anderen verdedigd door Van Hees, die opmerkt dat de verplichting van de huurverkoper beperkt is tot het ter beschikking stellen van het lease-object, waarbij van een voortdurende verplichting tot het verrichten van prestaties geen sprake is.¹² Op basis van de bestaande jurisprudentie ligt het voor de hand tot deze conclusie te komen. Naar onze mening gaat het hier evenwel om een arbitrair onderscheid, dat geen deel van

¹⁰ Van der Grinten, noot in NJ 1987, 530 (WUH/Emmerig q.q.); Van Hees, diss., p. 127. Voorzigtiger, Blom, WPNR 5856 (1988), p. 23; Van Boom, WPNR 6109 (1993), p. 723, met verwijzing naar Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1253, waar de vraag of dit toelaatbaar is aan de rechter wordt overgelaten.

¹¹ In vergelijkbare zin, Blom, Zekerheidscessie, p. 1, 7 en 10.

¹² Van Hees, diss., p. 128.

ons positief recht zou moeten uitmaken. Het juridische karakter van de lease-overeenkomst zou niet beslissend dienen te zijn voor het antwoord op de vraag of de lease-vorderingen faillissementsbestendig gecedeerd kunnen worden. Hier komt nog bij dat het niet altijd eenvoudig is om vast te stellen of men met een financial lease (huurkoop) of een operational lease (huur) van doen heeft.¹³ Er is een 'grijze' categorie van lease-overeenkomsten, waarvan het juridische karakter moeilijk vaststelbaar is.

Stel dat lessor A een lease-overeenkomst aangaat met lessee B voor een looptijd van 3 jaar, waarbij maandelijks een bedrag van f. 1000 verschuldigd is. A verkoopt en cedeert de vorderingen aan C. voor een bedrag van f. 32.000. De lessee heeft een optie om het lease-object bij het einde van de lease te kopen. Wanneer de lease-overeenkomst als een huurovereenkomst gekwalificeerd dient te worden, zijn de vorderingen die op dag 1 gecedeerd worden toekomstige vorderingen. In het WUH-arrest overweegt de Hoge Raad immers dat ook wanneer het gaat om een overeenkomst voor bepaalde tijd de huurvorderingen niet gelijk kunnen worden gesteld met bestaande vorderingen. Indien daarentegen de lease-overeenkomst als een huurkoop beschouwd moet worden, kunnen de vorderingen van A op B op dag 1 als reeds bestaande vorderingen worden gecedeerd.¹⁴

Wij zien niet in waarom in geval van een operational lease (huur) de opbrengsten van de vorderingen, waarvoor een reële koopprijs betaald is, naar de boedel zouden moeten vloeien, terwijl deze in geval van een financial lease (huurkoop) naar de cessionaris gaan. In beide gevallen gaat het eigenlijk om hetzelfde: er worden vorderingen in verband met periodieke betalingen gecedeerd met een bepaalde totale 'nominale' waarde. De vraag of er een voortdurende verplichting tot het verrichten van prestaties is, zou op de geldigheid van de overdracht geen invloed mogen hebben. In geval van een cessie ten titel van koop vormen de vorderingen zelf de wederprestatie voor de betaalde koopsom. Tegenover de vervreemding staat een voor die vervreemding verschuldigde koopprijs die min of meer equivalent zal zijn aan de economische waarde van de vervreemde goederen. Waar deze koopprijs aan de boedel ten goede komt, is het billijk dat de koper rechthebben de wordt van alle gekochte vorderingen, voor zover deze hun grondslag hebben in een ten tijde van de cessie reeds bestaande huurovereenkomst. De curator dient het huurgenot ten koste van de boedel te verschaffen, dat is

13 Vgl. K. Breken, Leasing, in: J. Meijer Timmerman Thijssen e.a. (red.), Financiering van de onderneming, Deventer 1995, p. 311-328; Van Hees, diss., p. 21-24; J.J. van Hees, R.M. Hermans, S.C.J.J. Kortmann, Vermogensrechtelijke aspecten van leasing, Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, 1997, p. 6-15.

14 Van Hees, diss., p. 128.

waar, maar hiervoor is in het verleden wel een reële tegenprestatie ontvangen. De uitkomst van de traditionele interpretatie van het WUH-arrest in geval van de koop van vorderingen dient dan ook als buitengewoon ongelukkig te worden beschouwd.

4.2 Bestaande vorderingen naar 'gemeen' recht; de verbindende kracht van de overeenkomst

Het theoretische fundament van het argument dat in het WUH-arrest gehanteerd wordt – de vordering ontstaat nog niet, omdat haar ontstaan afhankelijk is van onzekere omstandigheden, in het bijzonder het werkelijk verrichten van de wederprestatie – is aanvechtbaar. Dirix vraagt zich terecht af of de zienswijze dat een vordering pas ontstaat als de daarvoor verrichte wederprestatie werkelijk verricht is, wel recht doet aan de verbindende kracht van de overeenkomst. Het staat een partij immers niet vrij de overeengekomen prestatie niet te verrichten. In navolging van de Franse rechtspraak betoogt Dirix dat er sprake is van een '*existence en germe*' van de vorderingen, zodra de overeenkomst totstandgekomen is.¹⁵ De overeenkomst roept voor elke partij een verbintenis in het leven die de verplichting met zich brengt de overeengekomen prestatie te verrichten. Het feit dat de afdwingbaarheid van deze vorderingsrechten afhankelijk kan zijn van toekomstige factoren als het werkelijk verrichten van de wederprestatie, het uitoefenen van een optie en het plegen van wanprestatie doet hier niet aan af. In geval van contractuele vorderingen bepaalt de *totstandkoming* van de overeenkomst of een vordering ontstaat, niet de *nakoming* ervan.

De verbindende kracht van de overeenkomst rechtvaardigt onzes inziens dat vorderingen die hun oorzaak (bron) vinden in een bestaande overeenkomst in beginsel als bestaande vorderingen worden aangemerkt. Hiervoor is irrelevant of de wederprestatie nog verricht dient te worden. Evenmin doet het er toe dat de vordering voorwaardelijk is, dat de hoogte van de vordering onzeker is¹⁶ (bijv. variabele rentevorderingen) of dat de mogelijkheid bestaat dat de vordering komt te vervallen, bijvoorbeeld als gevolg van tussentijdse beëindiging.¹⁷ Het feit dat de mogelijkheid bestaat dat het contract tussentijds beëindigd wordt, door ontbinding wegens wanprestatie of

15 E. Dirix, Overdracht van en beslag op toekomstige schuldvorderingen, in: In het nu, wat worden zal (lib. am. Schoordijk), Deventer 1991, p. 42-43. In dezelfde zin, Overdracht en inpandgeving van schuldvorderingen (Verbeke), nr. 108.

16 Zie HR 11 oktober 1985, NJ 1986, 68 (Kramer q.q./NMB).

17 In dezelfde zin, Van Hees, diss., p. 129.

krachtens een contractueel beding, doet niet af aan de kwalificatie als bestaand. De tussentijdse beëindiging heeft slechts tot gevolg dat de reeds gecedeerde vorderingen ophouden te bestaan.¹⁸

Zojuist hebben wij betoogd dat de verbindende kracht van de overeenkomst voldoende rechtvaardiging biedt om vorderingen die uit reeds bestaande overeenkomsten voortvloeien, als bestaande vorderingen aan te merken. Dit is slechts anders indien de gebondenheid van de debiteur en daarmee het ontstaan van de verbintenis afhankelijk zijn van de wilsverklaring van de debiteur van de gecedeerde vordering of een daarmee gelijk te stellen handeling. Voordat de wilsverklaring is uitgebracht, is de debiteur immers tot niets gehouden en heeft de crediteur niet eens een voorwaardelijke vordering. Mede gezien het arrest Staal Bankiers/Ambags q.q. dient derhalve op de zojuist gesuggereerde hoofdregel een aan de wilsverklaring van de gecedeerde debiteur gerelateerde uitzondering geformuleerd te worden. Ook al vindt een vordering haar oorzaak in een reeds bestaande overeenkomst, wanneer haar opeisbaar worden afhankelijk is van een wilsverklaring van de debiteur, ontstaat de vordering pas op het moment dat deze wilsverklaring wordt uitgebracht.

Een vordering waarvan het opeisbaar worden afhankelijk is van een wilsverklaring door de *crediteur*, bijvoorbeeld uit hoofde van een optie-contract, is daarentegen een bestaande vordering. Het arrest Staal Bankiers/Ambags q.q. staat onzes inziens hieraan niet in de weg: het optie-contract creëert een voorwaardelijke gehoudenheid voor de debiteur om te presteren. Als de crediteur contractueel gerechtigd is de optie uit te oefenen en dat vervolgens ook doet, moet de debiteur nakomen. Wanneer de debitor cessus schuldenaar is van een alternatieve verbintenis, in die zin dat hij kan kiezen of hij prestatie X of Y verricht, is het hiermee corresponderende vorderingsrecht van de cedent naar onze mening ook naar huidig recht een bestaande vordering. De debiteur is in ieder geval tot prestatie verplicht, zij het dat de inhoud van de prestatie nog niet vaststaat.

Wij zouden derhalve in beginsel alle vorderingen die hun grondslag vinden in een reeds bestaande overeenkomst als bestaande vorderingen willen aanmerken. Op deze hoofdregel dient evenwel een uitzondering geformuleerd te worden: het ontstaan van de vordering is afhankelijk van de wilsverklaring van de debiteur. Deze benadering sluit goed aan bij die van rechtsstelsels van naburige landen (België, Frankrijk, Duitsland, Engeland) en bij de regeling van aan de cessie verwante rechtsinstituten in het Nederlandse recht

(contractsoverneming, subrogatie, derdenbeding, middellijke vertegenwoordiging). Onze benadering biedt bovendien, zoals wij hierna (§ 4.4) zullen uiteenzetten, een goed compromis voor de tegengestelde belangen van enerzijds de cedent en de cessionaris bij een flexibele en goed hanteerbare regeling van de levering van vorderingen op naam en anderzijds van de overige crediteuren van de cedent bij het voorkomen van een uitholling bij voorbaat van het verhaalsaansprakelijke vermogen van de cedent.

Wij realiseren ons dat de door ons voorgestelde benadering niet geheel in overeenstemming is met de jurisprudentie van de Hoge Raad en dat bovendien andere benaderingswijzen ten aanzien van het onderscheid tussen bestaande en toekomstige vorderingen denkbaar zijn. Mede om deze reden zullen wij in de volgende paragraaf verdedigen dat het onderscheid tussen bestaande en toekomstige vorderingen zoals dat naar 'gemeen recht' geldt, niet beslissend dient te zijn voor de toepassing van art. 35 lid 2 Fw.

4.3 Toekomstige vorderingen in de zin van art. 35 lid 2 Fw

Het in het WUH-arrest geformuleerde criterium is praktisch slecht hanteerbaar, leidt tot willekeurige resultaten, wijkt af van in het buitenland gehanteerde benaderingen en leidt tot resultaten die niet stroken met die van aan de cessie verwante rechtsfiguren van Nederlands recht. Het onderscheid tussen bestaande en toekomstige vorderingen is niet vruchtbaar gebleken voor een adequate regeling van de overdracht en de verpanding van vorderingen op naam. Het onderscheid tussen bestaande en toekomstige vorderingen heeft, zeker indien het gebaseerd is op het criterium-Kleijn, te weinig onderscheidend vermogen om hanteerbaar te zijn. Het biedt bovendien geen inhoudelijke rechtvaardiging voor het antwoord op de vraag of gecedeerde of verpande vorderingen tot de failliete boedel van de cedent gaan behoren, en de toepassing van het onderscheid in de huidige jurisprudentie leidt tot onevenwichtige resultaten. Om deze reden zouden wij dit onderscheid willen verlaten als de beslissende factor voor de vraag of vorderingen faillissementsbestendig gecedeerd kunnen worden en op zoek willen gaan naar een ander criterium.

Het begrip 'toekomstig goed' in art. 35 lid 2 FW is 'contextueel bepaald'.¹⁹ Evenals andere begrippen kan aan het begrip 'toekomstig goed' in het kader

¹⁹ Van Galen/Van Apeldoorn, in: Grensoverschrijdende insolventieprocedures, Preadviezen NVIR 1998, Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht 117, p. 104. In dezelfde zin, Van Galen, WPNR 6225/6226 (1996), p. 394.

¹⁸ Volgens Oditah is dit naar Engels recht niet zeker. Zie Oditah, Legal Aspects, p. 29.

van de faillissementswet een specifieke betekenis toekomen. In verscheidene arresten heeft de Hoge Raad aan een term een andere inhoud gegeven dan deze term in het 'gemene' recht heeft. Een bekend voorbeeld hiervan is de interpretatie die de Hoge Raad in het kader van art. 54 Fw heeft gegeven aan het begrip 'schuldoverneming'. De aanvaarding van een opdracht tot girale betaling door een bank en de daarop volgende debitering van de rekening worden door de Hoge Raad beschouwd als een 'schuldoverneming' in de zin van art. 54 Fw, waarbij de Hoge Raad expliciet erkent dat 'van een schuldoverneming in de eigenlijke betekenis van het woord geen sprake [is]'.²⁰

De betekenis die wij bij vorderingen aan de term 'toekomstig goed' in de zin van art. 35 lid 2 Fw zouden willen geven is die van een vordering zonder grondslag in een ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding. Alleen dergelijke 'absoluut' toekomstige vorderingen zijn toekomstige goederen in de zin van art. 35 lid 2 Fw. Daarentegen zijn 'relatief' toekomstige vorderingen, dat wil zeggen vorderingen die rechtstreeks worden verkregen uit een reeds bestaande rechtsverhouding, bestaande goederen voor de toepassing van deze bepaling.

Meestal wordt de term 'absoluut' toekomstige goederen gehanteerd voor goederen die nog niet bestaan en de term 'relatief' toekomstige goederen voor goederen die al wel bestaan maar nog niet aan de vervreemder toebehoren.²¹ Wij zouden voor deze goederen de termen 'objectief' toekomstig respectievelijk 'subjectief' toekomstig willen hanteren, termen die ook exacter aangeven waarin het element van de toekomstigheid is gelegen. 'Absoluut' toekomstige vorderingen zijn in onze optiek vorderingen zonder grondslag in een reeds bestaande rechtsverhouding, terwijl 'relatief' toekomstige vorderingen wel een zodanige grondslag hebben.

4.4 De verhouding tussen art. 35 lid 2 Fw en art. 3:239 lid 1 BW

Het door ons voorgestelde criterium voor toepassing van art. 35 lid 2 Fw is ontleend aan het vereiste dat in de wet is opgenomen voor de vestiging van een stil pandrecht op vorderingen (art. 3:239 lid 1 BW). Wij hebben om de volgende reden aansluiting gezocht bij de regeling van de stille verpanding. Waar de wetgever, met de paritas creditorum voor ogen, een specifieke wettelijke bepaling voor de stille verpanding van vorderingen formuleert, zou men erop moeten kunnen vertrouwen dat het met inachtneming van deze bepaling gevestigde pandrecht adequate zekerheid biedt in de situatie waar-

in men het vooral nodig heeft: het faillissement van de pandgever. Het zou niet zo moeten zijn dat wanneer een belangrijk deel van de vorderingen die aan het criterium van art. 3:239 lid 1 BW voldoen, als gevolg van art. 35 lid 2 Fw alsnog in de boedel zou vallen, omdat vanwege de afhankelijkheid van de vordering van een 'intern element' (criterium-Kleijn), de vordering in het kader van art. 35 lid 2 Fw als een toekomstig goed zou moeten worden aangemerkt. In onze benadering kan hetzelfde criterium gehanteerd worden, ter beantwoording van enerzijds de vraag of stille verpanding mogelijk is en anderzijds de vraag of deze verpanding tot een separatistenpositie in het faillissement van de pandgever leidt. Relatief toekomstige vorderingen kunnen bij voorbaat verpand worden; een dergelijke verpanding heeft tot gevolg dat in een later uitgesproken faillissement van de pandgever de pandhouder de aan een pandrecht verbonden voorrang verkrijgt.

Men zou tegen deze redenering kunnen aanvoeren dat het geenszins vanzelfsprekend is dat alle beschikkingshandelingen waarvan het objectieve recht toestaat dat zij nu verricht kunnen worden, ook in een later faillissement de beoogde rechtsgevolgen hebben. Het is inderdaad bij roerende zaken zo dat het recht in ruime mate beschikkingshandelingen bij voorbaat toestaat, terwijl dit nog niet betekent dat dergelijke handelingen steeds aan de failliete boedel tegengeworpen kunnen worden. Er is evenwel een belangrijk verschil tussen de mogelijkheid van de verpanding van roerende zaken en die van de stille verpanding van vorderingen. De beperking tot reeds bestaande rechtsverhoudingen betekent dat slechts binnen bepaalde grenzen beschikt kan worden over vorderingen. Ten aanzien van roerende zaken kan men veel verder gaan: alle roerende zaken die de beschikker zal verkrijgen kunnen in beginsel bij voorbaat geleverd of verpand worden.

Bovendien zullen bij voorbaat geleverde roerende zaken veelal 'subjectief' toekomstig zijn: zaken die toebehoren aan een ander dan de vervreemder. Relatief toekomstige vorderingen behoren reeds 'in de kiem' toe aan de crediteur: deze is partij bij de overeenkomst waaruit de vorderingen zullen ontstaan. In tegenstelling tot bij subjectief toekomstige zaken is bij relatief toekomstige vorderingen voor verkrijging van de goederen niet een (obligatoire en goederenrechtelijke) rechtshandeling met een derde nodig. Met andere woorden, de relatie van een beschikker tot de goederen waarover bij voorbaat beschikt wordt is bij relatief toekomstige vorderingen een nauwere dan die van de vervreemder bij subjectief toekomstige zaken. Interessant in dit opzicht is de zienswijze van Houwing, die inhoudt dat de 'zakelijke werking van de overdracht van een vordering berust op den rechthebbende toekomstige beschikkingsbevoegdheid over de vordering. Deze bevoegdheid ontstaat bij een vordering uit overeenkomst door

20 HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 449, m.nt. JBMV (AMRO/THB).

21 Zie o.a. Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht, nr. 20.

en met de overeenkomst, die immers de schuldeischer de bevoegdheid geeft, een ander in zijn plaats te stellen.' (cursivering toegevoegd).²²

Het is dan ook in het bijzonder bij roerende zaken dat art. 35 lid 2 Fw een zelfstandige functie vervult naast de vereisten die gelden voor overdracht,²³ door voor faillissementssituaties grenzen te stellen aan de ruime mogelijkheid van overdracht van toekomstige zaken en aldus de uitholling bij voorbaat van het verhaalsaansprakelijke vermogen van de debiteur te voorkomen. Aan de door ons voorgestelde benadering ten aanzien van vorderingen op naam is een dergelijke bescherming inherent.²⁴

In art. 35 lid 2 Fw wordt gesteld dat goederen die op de dag van faillietverklaring nog toekomstig zijn, deel gaan uitmaken van de boedel. Deze bepaling heeft een rechtspolitieke achtergrond. Zij beoogt een grens te stellen aan het op ruime schaal leveren en verpanden van toekomstige goederen: voorkomen dient te worden dat de boedel benadeeld wordt doordat een of meer bepaalde crediteuren separatist zijn met betrekking tot goederen die na de faillietverklaring van de beschikker verkregen worden.²⁵ In de woorden van de wetgever:

*'Het gaat uit van de gedachte dat de boedel niet moet kunnen worden benadeeld door een zodanige levering van goederen die de schuldenaar op de dag van faillietverklaring zelf nog niet verkregen heeft. De regel moet vooral in verband worden gezien met de ruime schaal waarop in afdeling 3.9.2 nieuw B.W. het bij voorbaat bezitloos verpanden van toekomstige goederen wordt toegelaten. Dit zou bezwaren gaan opleveren, als het pandrecht zelfs ten aanzien van na de faillietverklaring door de schuldenaar verkregen goederen nog werking kan hebben.'*²⁶ (cursivering toegevoegd).

De wetgever had dus blijkbaar vooral de vuistloze ('bezitloos') verpanding van *roerende zaken* op het oog, bij het invoeren van art. 35 lid 2 Fw.

22 Ph. A.N. Houwing, Praeadvies over Overdracht van toekomstige rechten, Broederschap van Candidaat-Notarissen 1940, p. 83.

23 Bij registergoederen heeft men evenmin art. 35 lid 2 BW nodig, teneinde de overige faillissementscrediteuren te beschermen tegen bij voorbaat verrichte beschikkingshandelingen. Deze zijn immers niet mogelijk bij registergoederen (art. 3:97 lid 1 BW, art. 3:260 jo. art. 3:98 BW).

24 In vergelijkbare zin, voor het Duitse recht, Münchener Kommentar (Roth), § 398, RdNr. 80-83 (zie hierboven § 3.3).

25 Zie Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 381; Asser-Mijnssen-De Haan, nr. 299; Struysen, Het bepaaldheidsvereiste in ontwikkeling, p. 136-137 en WPNR 6366 (1999), p. 581.

26 Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 381.

De wetgever staat de stille verpanding van vorderingen op naam toe, indien de vorderingen rechtstreeks zullen worden verkregen uit een reeds bestaande rechtsverhouding. Deze beperking was aanvankelijk niet in de wet opgenomen: art. 3.9.2.3 (eindtekst 1980) bepaalde eenvoudigweg dat vorderingen op naam door middel van een authentieke akte of een geregistreerde onderhandse akte verpand konden worden. Het vereiste dat de verpande vorderingen rechtstreeks dienen te worden verkregen uit ten tijde van de vestiging reeds bestaande rechtsverhoudingen is pas bij de invoeringswetgeving in de wet opgenomen, als remedie tegen:

*'de thans vrijwel onbeperkte mogelijkheid overeenkomstig artikel 3.9.2.3 op toekomstige vorderingen stil pandrecht te vestigen, hetgeen ten koste zou kunnen gaan van de gewone schuldeisers die in de praktijk in belangrijke mate op derdenbeslag zijn aangevoelen.'*²⁷

Aldus heeft de wetgever welbewust de mogelijkheid van stille verpanding van vorderingen aan banden gelegd, teneinde de verhaalsmogelijkheden van de overige crediteuren te beschermen. Dezelfde functie wordt door art. 35 lid 2 Fw vervuld ten aanzien van de levering en verpanding van roerende zaken.

Art. 3:239 lid 1 BW heeft dezelfde ratio als art. 35 lid 2 Fw. Beide bepalingen kunnen als een wettelijke uitwerking van het beginsel der paritas creditorum worden gezien. Wij zouden art. 3:239 lid 1 BW in verhouding tot art. 35 lid 2 Fw als een soort 'lex specialis' willen beschouwen:²⁸ voldoet een verpanding aan het criterium van art. 3:239 lid 1 BW dan is er geen sprake van een toekomstig goed in de zin van art. 35 lid 2 Fw. Slechts vorderingen die een grondslag ontberen in een op de faillissementsdatum reeds bestaande rechtsverhouding, zijn toekomstige goederen in de zin van art. 35 lid 2 Fw. Absoluut toekomstige vorderingen worden getroffen door art. 35 lid 2 Fw, relatief toekomstige vorderingen niet.

Men zou overigens nog verder kunnen gaan en als regel kunnen formuleren dat bij vorderingen alle beschikkingshandelingen bij voorbaat faillissementsbestendig kunnen geschieden. In de parlementaire geschiedenis wordt immers opgemerkt dat bij openbare verpanding en cessie het vereiste van een reeds bestaande rechtsverhouding niet

27 Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1337.

28 Voor zover men art. 35 lid 2 Fw wil zien als een uitwerking van art. 23 Fw, geldt dat art. 3:239 lid 1 BW ook ten opzichte van art. 23 Fw heeft te gelden als een lex specialis.

hoeft te gelden, omdat de mededeling 'reeds een praktisch voldoende belangrijke beperking van de verpanding of cessie van toekomstige vorderingen zal opleveren'.²⁹ Met andere woorden, ook aan de voor cessie en openbare verpanding geldende vereisten is een beperking inherent, die het zou kunnen rechtvaardigen dat wat goederenrechtelijk kan, ook in faillissement stand houdt. De beperking die geldt voor de mogelijkheid van stille verpanding is echter gelegen in een eigenschap waaraan de vordering dient te voldoen: zij dient voort te vloeien uit een reeds bestaande rechtsverhouding. Bij de cessie en de openbare verpanding is de beperking niet gelegen in een eigenschap van de vordering, maar juist in de leveringshandeling zelf.

4.5 Toepassing van het 'grondslag-criterium' op verpanding en cessie

Wij zijn van mening dat wat art. 3:239 lid 1 BW toestaat, ook in geval van faillissement van de pandgever zou moeten standhouden. Dit zou betekenen dat degene aan wie voor de faillietverklaring vorderingen uit reeds bestaande rechtsverhoudingen (bestaande en relatief toekomstige vorderingen) verpand zijn, in het faillissement van de pandgever als pandhouder separatist is. Dezelfde bescherming dient toe te komen aan de verkrijger van relatief toekomstige vorderingen. De cessionaris van vorderingen die voortvloeien uit ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhoudingen wordt in onze benadering derhalve rechthebbende van de vorderingen. Er is geen goede reden om de verkrijger van dergelijke vorderingen op een andere wijze te behandelen dan de rechthebbende van een stil pandrecht. Er is weliswaar een verschil tussen de stille verpanding enerzijds en de cessie en openbare verpanding anderzijds. In tegenstelling tot bij stille verpanding is voor de overdracht en openbare verpanding van vorderingen die ontstaan uit later gesloten overeenkomsten geen nieuwe levering of vestiging vereist.

Als voor de faillietverklaring ontstane vorderingen kunnen niet alleen vorderingen worden aangemerkt die voortvloeien uit ten tijde van de cessie reeds bestaande overeenkomsten, maar ook vorderingen uit onderliggende overeenkomsten die gesloten zijn in het tijdvak tussen de cessie bij voorbaat en de dag van faillietverklaring. Dergelijke vorderingen zijn toekomstige vorderingen ten tijde van de cessie bij voorbaat, maar worden bestaande vorderingen zodra de betreffende onderliggende overeenkomst tot stand komt.

Dit betekent evenwel niet dat de cedent door middel van één leveringshandeling alle vorderingen uit na de cessie gesloten overeenkomsten faillissementsbestendig kan overdragen. Mededeling aan de debitor cessus blijft immers vereist, met als gevolg dat in de regel alleen de cessie bij voorbaat van

vorderingen uit overeenkomsten met bestaande handelsrelaties in overdracht resulteert. Hier geldt dat de mededeling 'reeds een praktisch voldoende belangrijke beperking van de verpanding of cessie van toekomstige vorderingen zal opleveren'.³⁰

Een voordeel dat aan onze benadering verbonden is dat deze resulteert in een consistente regeling van de verhaalsmogelijkheden van crediteuren in en buiten faillissement. Zowel bij individueel verhaal (beslag) als bij collectief verhaal (faillissement) is de prioriteitsregel beslissend voor de vraag of de concurrente crediteuren zich op de vorderingen kunnen verhalen. Noch een individueel beslag noch het algemene faillissementsbeslag kan afbreuk doen aan de rechten van degene aan wie eerder een relatief toekomstige vordering gecedeerd of verpand is.

Stel dat de cedent A vorderingen uit reeds bestaande rechtsverhoudingen verkocht en gecedeerd heeft aan cessionaris B. Crediteuren X, Y en Z kunnen zich niet door middel van een na de cessie gelegd executoriaal beslag op deze vorderingen verhalen. Wanneer men deze vorderingen evenwel als toekomstige vorderingen aanmerkt, kunnen X, Y en Z door het aanvragen van A's faillissement wel degelijk bewerkstelligen dat de vorderingen vatbaar worden voor (collectief) verhaal. Die vorderingen die op de dag van faillietverklaring nog toekomstig zijn vallen immers vanwege art. 35 lid 2 Fw in de failliete boedel. Wij zien niet in waarom het belang van de gezamenlijke crediteuren van A (X, Y en Z) ineens zou moeten prevaleren boven dat van de individuele crediteur B.³¹ Een dergelijk resultaat zou kunnen leiden tot 'trigger-happy' crediteuren, die eerder dan normalerwijze het geval zou zijn zouden aansturen op een faillissement van hun debiteur. Neemt men aan dat vorderingen die voortvloeien uit ten tijde van de cessie bestaande overeenkomsten bestaande vorderingen zijn dan wordt dit onbillijk resultaat vermeden. De vorderingen bevinden zich immers reeds ten tijde van de cessie in het vermogen van cessionaris B.

Wij zouden derhalve in het kader van toepassing van art. 35 lid 2 Fw alle vorderingen die hun grondslag vinden in een reeds bestaande rechtsverhouding (bestaande en relatief toekomstige vorderingen) als bestaande vorderingen willen aanmerken. De leer in de arresten van de Hoge Raad, dat het feit dat een vordering haar grondslag heeft in een reeds bestaande rechtsverhouding nog niet betekent dat de vorderingen voor toepassing van art. 35 lid 2 Fw als bestaande goederen gelden, zou derhalve verlaten dienen te worden.³²

³⁰ Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1338.

³¹ In dezelfde zin, J.H.M. van Swaaij, Beschikken en rechtsovergang, diss. Groningen, 's-Gravenhage 2000 (hierna: 'Van Swaaij, diss.'), p. 240.

³² In het bijzonder HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615 SOS/ABN; HR 30 januari 1987, NJ 1987, 530 (WUH/Emmerig q.q.).

²⁹ Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1338.

4.6 Nadere omschrijving van 'rechtstreeks verkregen uit een reeds bestaande rechtsverhouding'; toekomstige vorderingen buiten insolventie; burgerlijke vruchten

4.6.1 *Rechtstreeks verkregen uit een reeds bestaande rechtsverhouding*

Het is voldoende dat de vordering 'rechtstreeks zal worden verkregen uit' een reeds bestaande rechtsverhouding. Het is niet noodzakelijk dat de betreffende overeenkomst werkelijk de bron is van de met de vordering corresponderende verbintenis. Men dient de 'reeds bestaande rechtsverhouding' niet te vereenzelvigen met de bron van de betreffende verbintenis.³³

In zijn conclusie bij het arrest Staal Bankiers/Ambags q.q. betoogde AG Mok dat de vordering tot betaling van de waarde van het maatschapsaandeel niet haar uitsluitende grondslag had in de maatschapsovereenkomst. De vordering vond volgens de Advocaat-Generaal mede haar grondslag in 'een nieuwe rechtsverhouding, nl. de voortzetting van de maatschap tussen de overige vennoten'. De Hoge Raad lijkt het oordeel van het Hof dat de vordering wel haar grondslag in de (oorspronkelijke) maatschapsovereenkomst had, te onderschrijven. Wij zouden de vordering zeker voor toepassing van art. 35 lid 2 Fw als bestaand willen aanmerken; zelfs al zou zij *mede* haar grondslag vinden in een nieuwe rechtsverhouding.

Uit het arrest Solleveld II blijkt dat de kredietgever de vorderingen op de kredietnemer reeds kan cederen of verpanden, voordat de individuele overeenkomsten van verbruikleen tot stand zijn gekomen. In het arrest Solleveld II werd in het kader van de vraag naar de mogelijkheid van verpanding van vorderingen uit hoofde van een overeenkomst *van* verbruikleen, de onmiddellijke grondslag in een reeds bestaande rechtsverhouding mede gevonden in een overeenkomst waarin de uitlener zich jegens een derde verplicht had tot het verstrekken van de geldlening aan de inlener.

In geval van een door een bank aan een kredietnemer beschikbaar gestelde kredietfaciliteit wordt er een raamovereenkomst gesloten die de verplichting voor de bank meebrengt (meestal tot een bepaald maximum) individuele overeenkomsten van verbruikleen aan te gaan indien de kredietnemer dit wenst. Alle vorderingen die zullen ontstaan in het kader van een dergelijke raamovereenkomst, dienen bij toepassing van art. 35 lid 2 Fw als reeds bestaande vorderingen aangemerkt te worden. De gevolgen hiervan voor de boedel behoeven niet ernstig te zijn. De failliet verliest immers vanwege art. 23 Fw de beschikking en het beheer over zijn vermogen en zal na zijn faillietverklaring geen nieuwe geldleningen kunnen verstrekken. Wanneer de curator het bedrijf van de bank wil voortzetten en kredietnemers toestaat geld op te nemen onder bestaande kredietfaciliteiten is het gevolg hiervan wel dat de hieruit voortvloeiende vorderingen aan

de cessionaris van de vorderingen gaan toebehoren. Wil de curator dit resultaat vermijden, dan zal hij de bestaande faciliteiten dienen te beëindigen en nieuwe kredietfaciliteiten dienen aan te gaan.

Vorderingen van een rekeninghouder op de bank tot uitkering van toekomstige rekening-courant saldi zijn toekomstige vorderingen. De vordering tot betaling van het saldo vindt niet haar rechtstreekse oorzaak in de rekening-courant-verhouding, maar is de resultante van de verrekening van vorderingen die partijen over en weer op elkaar hebben.³⁴ De individuele, in rekening-courant geboekte, vorderingen die de rekeninghouder op de bank heeft, dienen hun grondslag te hebben in een ten tijde van de cessie bestaande rechtsverhouding, teneinde aangemerkt te kunnen worden als reeds bestaande vorderingen. Vorderingen tot betaling van rekening-courant saldi die het gevolg zijn van crediteringen die plaatsvinden nadat de rekeninghouder failliet is verklaard, vallen vanwege art. 35 lid 2 Fw in de failliete boedel. Een eerdere cessie door de rekeninghouder van de vorderingen tot uitkering van het saldo kan dit niet verhinderen.

4.6.2 *Toekomstige vorderingen buiten insolventie*

De door ons voorgestelde benadering heeft betrekking op art. 35 lid 2 Fw, dat zowel in geval van faillissement als in geval van surseance van betaling geldt. Vorderingen die naar gemeen recht toekomstige vorderingen zijn, kunnen in het kader van toepassing van art. 35 lid 2 als bestaande vorderingen aangemerkt worden.

Uit onze benadering vloeit bijvoorbeeld voort dat vorderingen waarvan het ontstaan afhankelijk is van een wilsverklaring van de debiteur in de context van art. 35 lid 2 Fw ook als bestaande vorderingen kunnen worden aangemerkt, zelfs al wordt de betreffende wilsverklaring (zoals in het arrest Staal Bankiers/Ambags q.q.) na de faillietverklaring van de cedent gedaan.

Dit betekent *niet* dat vorderingen die ten tijde van faillietverklaring naar gemeen recht nog toekomstig zijn, op de faillissementsdatum ineens verkregen worden. Het gevolg is dat deze vorderingen indien zij (volgens gemeen recht) ten tijde van het faillissement in het vermogen van de failliet ontstaan, op grond van de voor faillietverklaring verrichte beschikkingshandeling van rechtswege – net zoals bij subrogatie in toekomstige vorderingen – overgaan in het vermogen van de cessionaris.

Wat geldt indien er geen sprake is van insolventie van de cedent? In derge-

33 Vergelijk W.H.M. Reehuis, Cessie van toekomstige vorderingen naar huidig en komend recht, Groninger Opmerkingen en Mededelingen VI (1989), p. 74: 'Daarnaast lijkt de 'grondslag' van de vordering een ruimer begrip te zijn dan de 'bron' daarvan.'

34 Zie HR 10 januari 1975, NJ 1976, 249, m.nt. BW (Giro/Standaardfilms).

lijke situaties blijven de gewone regels gelden voor de bepaling van het bestaan van een vordering. Voor de verhouding tussen de cessionaris en de andere crediteuren die door middel van executoriaal derdenbeslag verhaal willen nemen op vorderingen van de cedent die voortvloeien uit reeds bestaande rechtsverhoudingen, zijn de resultaten evenwel dezelfde als in geval van faillissement. De prioriteitsregel van art. 3:97 lid 2 BW heeft tot gevolg dat bij een later gelegd beslag de cessionaris voorgaat, terwijl bij een eerder gelegd beslag de beslaglegger de sterkste rechten kan doen gelden. Het antwoord op de vraag of de vordering die verkregen wordt uit een bestaande rechtsverhouding een bestaande of een toekomstige vordering is, doet er hier niet toe. In andere opzichten is het antwoord op deze vraag wel van belang. In het kader van nakoming, verrekening e.d. kan het van belang zijn of een vordering reeds bestaat of niet.

Het al dan niet toekomstig zijn van een vordering kan overigens ook in faillissement van belang zijn, bij kwesties als verificatie en verrekening. De vraag of ook hier een 'contextuele' interpretatie wenselijk is gaat het bestek van dit preadvies te buiten.³⁵

Het bestaan van een vordering kan ook van belang zijn wanneer een verhuurde zaak vervreemd wordt nadat de huurvorderingen gecedeerd zijn. Beschouwt men de huurvorderingen als bestaande vorderingen dan zal de cessionaris voorgaan,³⁶ terwijl verdedigbaar is dat de koper van de verhuurde zaak de huurvorderingen verwerft indien men deze als ten tijde van de cessie toekomstige vorderingen aanmerkt.³⁷

4.6.3 Burgerlijke vruchten

De huurvordering is een burgerlijke vrucht van de verhuurde zaak. Het recht op rente is een burgerlijke vrucht van de hoofdvordering. Uit art. 3:9 lid 4 BW lijkt te volgen dat dergelijke vorderingen pas ontstaan, indien zij opeisbaar worden. Art. 3:9 lid 4 BW bepaalt immers dat een burgerlijke vrucht pas een zelfstandig recht wordt door haar opeisbaar worden. De toe-

35 Zie hierover G.A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de Faillissementsboedel*, diss. Nijmegen, Serie Onderneming en Recht, deel 9, Deventer 1997, in het bijzonder, p. 5-81. Boekraad wijst overigens een gedifferentieerde interpretatie van het begrip toekomstige vordering af (diss., p. 18-19).

36 Zie HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848 (De Boer/Haskeveenpolder).

37 Zie over deze problematiek, mede in het licht van HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172, m.nt. HJS (Van Berkel/Tribosa), o.a. A.L.M. van Mierlo, WPNR 6014 (1991), p. 509-514; M.A. Blom, Kwartaalbericht Nieuw BW 1991, p. 69-78; H.J. Snijders, B.W.-krant jaarboek 1992, p. 17-30; Van Swaaij, diss., p. 253-270.

lichting bij art. 3:9 lid 4 BW gaat ervan uit dat de nog niet vervallen burgerlijke vruchten toekomstige goederen zijn.³⁸

Het bepaalde in art. 3:9 lid 4 BW is, voor zover het de burgerlijke vruchten betreft, de opvolger van art. 557 BW (oud). Dit laatste artikel bepaalde dat burgerlijke vruchten tot het tijdstip van opeisbaarheid een 'gedeelte der zaak' uitmaakten, behoudens 'bijzondere wetsbepalingen of overeenkomsten'. Voor het oude recht werd aangenomen dat burgerlijke vruchten ook reeds voor opeisbaar worden tot zelfstandige rechten konden worden gemaakt door ze te cederen.³⁹

Wij zouden voor het huidige recht willen aannemen dat door de cessie van het recht op rente of het recht op de huurpenningen deze vorderingen aan het recht van vruchttrekking van de eigenaar van het goed dat de vruchten genereert worden onttrokken. Daarmee alleen is evenwel nog niet gezegd dat deze vorderingen door de cessie ook bestaande vorderingen zijn geworden. Of het recht op rente en het recht op huur voor toepassing van art. 35 lid 2 Fw bestaande of toekomstige vorderingen zijn, moet aan de hand van het door ons voorgestelde criterium worden beoordeeld. In onze benadering kan het recht op rente (ook buiten faillissement) reeds voor het tijdstip van opeisbaarheid als een bestaande vordering worden aangemerkt; de rentevordering ontstaat immers uit een reeds bestaande overeenkomst waaruit voor de schuldenaar een gebondenheid tot betaling van rente voortvloeit.

4.7 Huurovereenkomsten

Hetgeen wij in dit hoofdstuk hebben verdedigd is voor het merendeel moeilijk verenigbaar met het WUH-arrest. Om deze reden besteden wij hier aandacht aan de behandeling van beschikkingen over huurvorderingen die opkomen tijdens het faillissement van de verhuurder.

In zijn conclusie bij het arrest stelde Advocaat-Generaal Bloembergen dat het volgende 'ongelukkige beeld' zou ontstaan, indien men tot de conclusie

38 Opgemerkt wordt dat 'het recht op nog niet vervallen burgerlijke vruchten kan worden overgedragen door cessie bij voorbaat van de toekomstige vorderingen ter zake van deze vruchten'. Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 96.

39 Zie J. Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 5e stuk, Zakenrecht, Haarlem 1940, nr. 71; Asser-Beelkhuys-Mijnssen 3-I, Zwolle 1985, nr. 101 en Pitlo-Brahn, *Het Zakenrecht*, Arnhem 1987, p. 16. Zie ook HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848.

zou komen dat de cessionaris gerechtigd zou zijn tot de na de faillissementsdatum opeisbaar wordende huurvorderingen:

'De curator verschaft dan huurgenot uit de boedel, maar de daar tegenover staande huurpenningen komen niet in de boedel terecht.'

Met andere woorden, waar de lasten van de huurovereenkomst op de boedel rusten, dienen ook de lusten van de overeenkomst voor de boedel te zijn. Dezelfde gedachte kan men ontwaren in een arrest dat geen betrekking heeft op de cessie van toekomstige huurvorderingen, maar op de verrekening daarvan met vorderingen die de huurder (een bank) uit hoofde van verstrekte geldleningen op de verhuurder had (HR 22 december 1989, NJ 1990, 661, m.nt. PvS (Tiethoff q.q./NMB)).

Een op dezelfde gedachte gebaseerde regel vindt men in het Engelse recht. Wanneer het gaat om een cessie tot *zekerheid* van vorderingen uit hoofde van een contract waarvoor de failliet nog moet presteren om deze opeisbaar te maken, bijvoorbeeld nog bouwwerkzaamheden moet verrichten, gaat de opbrengst naar de failliete boedel.⁴⁰ De reden hiervoor is dat het vermogen van de failliet op een onredelijke wijze verminderd zou worden indien de failliete boedel werkzaamheden zou moeten verrichten om de vorderingen te 'verdienen', ten koste van de faillissementscrediteuren en dit louter erin zou resulteren dat de vordering in het 'zekerheidsnet' van de geseceureerde vordering zou verdwijnen.⁴¹ Huurvorderingen lijken overigens niet onder deze uitzondering te vallen.⁴²

Wij hebben reeds opgemerkt dat in geval van een cessie ten titel van koop de waarde van de over en weer verschuldigde prestaties min of meer gelijk zal zijn. Dit is één van de rechtvaardigingsgronden voor het resultaat dat huurvorderingen die na de datum van faillissement opkomen, niet tot de failliete boedel gaan behoren, maar worden verkregen door de cessionaris. Wanneer de waarde van de verpande vorderingen min of meer gelijk is aan de hoogte van de verstrekte financiering is de situatie nauwelijks anders dan in geval van een vorderingenkoop. Ook hier rechtvaardigt de equivalentie van de prestaties dat de pandhouder zich als separatist kan verhalen op de vorderingen.

40 Chitty, nr. 20-059.

41 Ph. R. Wood, *Comparative Law of Security and Guarantees*, Londen 1995, p. 42: "This is because the assets of the bankrupt would be unfairly depleted if the post-bankruptcy estate, at the cost of the general body of creditors, carried out work in order to earn the debt and that resulted in the debt being swept into the security net of the secured creditor."

42 Vergelijk *Re Davis & Co*, ex p Rawlings (1889) 22 QBD 193 (CA), genoemd door Wood, *Comparative Law of Security and Guarantees*, p. 42.

ringen. Dit is in nog grotere mate het geval indien de huurvorderingen voortvloeien uit de exploitatie van het object dat door de pandhouder gefinancierd is. In de huidige economie maken veel ondernemingen gebruik van kostbare productie- of andere bedrijfsmiddelen, die snel technisch verouderen en mede hierom dikwijls door middel van leasing-constructies gefinancierd worden. Mede vanwege deze snelle veroudering bieden zekerheidsrechten op de aangeschafte vaste activa niet voldoende verhaalsmogelijkheden voor de financier van dergelijke activa. De verwachte inkomstenstroom die door de vaste activa gegenereerd zal worden, is dikwijls een veel interessanter object van zekerheid. Zou deze inkomstenstroom evenwel gebaseerd zijn op huurovereenkomsten, dan zou zij vanwege het WUH-arrest in de boedel vloeien en daarom geen goed zekerheidsobject zijn voor de financier.

Gaat het om verpanding van huurvorderingen ter securering van alle huidige en toekomstige vorderingen, dan blijft het pandrecht op de verpande vorderingen rusten en kunnen nieuwe vorderingen die tijdens het faillissement ontstaan, onder dit pandrecht gebracht worden.⁴³ Hier kan men zich afvragen of de *paritas creditorum* niet te zeer in het gedrang komt indien de pandhouder zich ten nadele van de overige faillissementscrediteuren met voorrang kan blijven verhalen op vorderingen die tijdens het faillissement opkomen.

Wij zijn overigens van oordeel dat huurvorderingen idealiter een adequaat object van zekerheid zouden zijn. Dit zou financieringstransacties op basis van huurvorderingen aanzienlijk faciliteren, hetgeen ten goede zou komen aan zowel de financiers als de kredietnemers zelf.⁴⁴ Men zou hier tegen kunnen aanvoeren dat het WUH-arrest welis-

43 Het arrest NCM/Knottenbelt q.q. (HR 4 november 1994, NJ 1995, 627, m.nt. PvS) waarin de Hoge Raad de pandhouder niet toestond na de faillietverklaring verkregen vorderingen onder het pandrecht te brengen, ziet vermoedelijk slechts op door art. 54 Fw bestreken situaties. Met andere woorden, in geval van een pandrecht voor alle huidige en toekomstige vorderingen is het de pandhouder wel degelijk toegestaan het pandrecht uit te oefenen voor vorderingen die pas na faillissement ontstaan, maar voortvloeien uit reeds voor de faillietverklaring tussen de debiteur en pandhouder bestaande rechtsverhoudingen. Slechts wanneer een derde na (of in het zicht van) faillissement vorderingen aan de pandhouder cedeert, kan het pandrecht voor de nieuw verkregen vorderingen niet worden uitgeoefend. Vgl. M.H.E. Rongen, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Vertegenwoordiging en Tussenpersonen*, Serie Onderneming en Recht, deel 15, Deventer 1999, p. 339-340, 341-343, alsmede de daar genoemde literatuur.

44 Vergelijk Blom, *Zekerheidscessie*, p. 1-2, 27-28. Vergelijk Köster, *Preadvies Broederschap Candidaat-Notarissen*, p. 117-118, wiens kritiek op een al te ruime mogelijkheid van cessie (ten titel van zekerheid) zich richt op de cessie van vorderingen uit ten tijde van de cessie nog niet gesloten overeenkomsten.

waar een bezwaarlijke situatie oplevert voor de financier, maar dat hier betere verhaalsmogelijkheden voor de overige crediteuren tegenover staan. Men dient evenwel niet uit het oog te verliezen dat de relatie van een financier met een debiteur vaak een veel meer intensieve, langdurige of risicovolle is dan die van de debiteur met zijn overige crediteuren. Een overeenkomst van geldlening wordt dikwijls voor langere tijd aangegaan en verschaft de debiteur de financiële middelen om bedrijfsmiddelen aan te schaffen, personeel in dienst te nemen en crediteuren te betalen. Leveranciers gaan in de regel korte-termijn-transacties aan met hun afnemers, met kortlopende vorderingen, die bovendien door middel van een eigendomsvoorbehoud gecureerd kunnen worden. Loonvorderingen van werknemers zijn meestal kortlopend en zijn bovendien veelal versterkt met een voorrecht (art. 3:288e BW).⁴⁵

Wanneer er rechtspolitieke redenen van faillissementsrecht (*paritas creditorum*, goed beheer van tot de boedel behorende zaken, voortzetting van de onderneming) zijn om de opbrengst van vorderingsrechten uit na de faillietverklaring doorlopende huurovereenkomsten naar de failliete boedel te doen vloeien, dan is het zuiverder en duidelijker dit te doen berusten op een bepaling in de faillissementswet, in plaats van op het leerstuk van de toekomstige vorderingen. De prijs die onder het huidige systeem betaald wordt voor dit resultaat is te hoog: ten aanzien van tal van vorderingen waarbij van de doorlopende 'uitholling' van de boedel geen sprake is (bijvoorbeeld verzekeringsvorderingen, regresvorderingen, opties), bestaat niettemin onzekerheid over het al dan niet toekomstige karakter van de vorderingen. Men kan beter een bepaling in de faillissementswet opnemen waaruit ondubbelzinnig volgt dat huuropbrengsten van tot de boedel behorende goederen eveneens tot de boedel behoren, ondanks de cessie of de verpanding van de huurvorderingen. Een alternatief is dat men, zoals in de nieuwe Duitse Insolvenzordnung is geschied, de curator in het faillissement van de verhuurder de wettelijke bevoegdheid geeft de huurovereenkomst op te zeggen, waarbij voor bepaalde vormen van financiering op basis van huurvorderingen een uitzondering geformuleerd zou kunnen worden.

De nieuwe Duitse Insolvenzordnung (1999) bevat een regeling die afbreuk doet aan de rechten van degene aan wie huurvorderingen gecedeerd zijn. De tegenstelbaarheid aan de faillissementsboedel van beschikkingshandelingen ten aanzien van vorderingen uit hoofde van huur- en pachtovereenkomsten betreffende onroerende zaken worden door § 110 Abs. 1 InsO in grote mate beperkt. Slechts vorderingen die de maand volgend op het faillissement betreffen, worden nog verkregen door de cessionaris. Voor

45 Vergelijk H. Klarer, Die Globalzession von Debitorenforderungen als wirksames und notwendiges Sicherungsmittel und ihre Behandlung im Konkurs, Schweizerische Juristenzeitung 94 (1998), p. 355.

verrekening met dergelijke vorderingen geldt een soortgelijke beperking (§ 110 Abs. 3 InsO). Bovendien heeft de curator ingevolge § 103 Abs. 1 InsO de mogelijkheid huurovereenkomsten op te zeggen krachtens welke de failliet als verhuurder van roerende zaken optreedt. Aldus heeft de curator, in tegenstelling tot in het Nederlands recht – art. 39 Fw ziet alleen op huurovereenkomsten waarbij de failliet huurder is – de mogelijkheid het ontstaan van huurvorderingen te beletten door de huurovereenkomst te beëindigen. Deze regeling vormt een belemmering voor de financiering op basis van leasing, omdat een faillissementsbestendige cessie ten titel van zekerheid niet meer mogelijk zou zijn. Dit is nooit de bedoeling van de wetgever geweest, maar is echter bij de beraadslagingen kennelijk over het hoofd gezien. De wetgever heeft om deze reden nog voor de inwerkingtreding van de nieuwe Insolvenzordnung een novelle tot stand gebracht, die geleid heeft tot het huidige § 108 Abs. 2 InsO, waardoor nu een faillissementsbestendige financiering van lease-contracten mogelijk is. De cessie tot zekerheid van lease-vorderingen kan overigens alleen faillissementsbestendig geschieden indien aan twee voorwaarden is voldaan: het lease-object zelf moet ook tot zekerheid zijn overgedragen aan de financier en bovendien moet deze de aanschaf of fabricage van het lease-object gefinancierd hebben. Slechts indien aan deze voorwaarden voldaan is, kan de curator de lease niet opzeggen en is het voortbestaan van de lease en daarmee van de gecedeerde vorderingen verzekerd.⁴⁶

4.8 Vorderingen uit andere bron dan overeenkomst

Ten aanzien van vorderingen die niet uit overeenkomst maar rechtstreeks uit de wet voortvloeien kunnen wij kort zijn: dergelijke vorderingen ontstaan pas als het betreffende rechtsfeit zich heeft voorgedaan. De vordering tot schadevergoeding of ongedaanmaking ontstaat pas als de onrechtmatige daad is gepleegd, de ongerechtvaardigde verrijking zich heeft voorgedaan of de prestatie onverschuldigd is verricht. In geval van onrechtmatige daad zou men de nuance kunnen aanbrengen dat het handelen in strijd met een rechtsplicht het rechtens relevante moment voor het ontstaan van de vordering is: dit handelen doet de rechtsverhouding ontstaan tussen laedens en gelae-deerde, waaruit de vordering tot schadevergoeding voortvloeit.⁴⁷ Hierbij zou het voor het bestaan van de vordering niet uitmaken of de schade zich reeds

46 Zie H. Mohrbuter (red.), Handbuch der Insolvenzverwaltung, 7e dr. Keulen (etc), p. 108-126; H. Haarmeyer, W. Wutzke, K. Förster, Handbuch zur Insolvenzordnung InsO/EGInsO, 2e dr. München 1998, p. 410-411; D. Eckmann, A. Flessner e.a., Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, p. 366-369.

47 Vgl. Van Boom, die vanaf dit moment de vordering als een toekomstige vordering met grondslag beschouwt. De vordering ontstaat pas, aldus Van Boom, indien voldaan is aan alle vereisten (inclusief het ontstaan van schade) voor aansprakelijkheid. WPNR 6108 (1993), p. 702. Vgl. tevens C.J.M. Klaassen, A.J. Akkermans, Het moment van ontstaan van schade, Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, 1997.

gemanifesteerd heeft of niet. De tussen laedens en gelaedeerde bestaande rechtsverhouding rechtvaardigt, in ieder geval voor toepassing van art. 35 lid 2 Fw, de aanname dat er sprake is van een reeds bestaande vordering. Deze rechtsverhouding brengt met zich dat voor de laedens de verplichting ontstaat schadevergoeding te betalen, indien blijkt dat het onrechtmatig handelen schade veroorzaakt heeft bij de gelaedeerde. In HR 24 mei 1991, NJ 1992, 246, m.nt. PvS (Ontvanger/Amro) overwoog de Hoge Raad evenwel met betrekking tot een vordering uit onrechtmatige daad:

‘Voor het ontstaan van een vordering tot schadevergoeding is vereist dat schade is geleden.’

De vraag is of men dit arrest, dat een bijzonder geval van verrekening na beslag betrof, zo moet lezen dat ook in geval van een cessie van een vordering uit onrechtmatige daad, de vordering pas geacht kan worden te zijn ontstaan indien de schade is geleden.

Dit zou tot onwenselijke resultaten leiden. Stel B heeft een onrechtmatige daad begaan jegens A. De onrechtmatige daad is op 20 november 1998 gepleegd. Op 2 januari 1999 verkoopt en cedeert A de vordering op B aan C. Ten tijde van de cessie kan nog niet vastgesteld worden of A schade heeft geleden. A wordt failliet verklaard. De vraag rijst nu of de curator met een beroep op art. 35 lid 2 Fw de vordering als behorende tot de boedel kan beschouwen. Indien men het moment van het ontstaan van de schade beslissend zou achten zou bij de *vaststelling achteraf* dat de schade op 1 januari 1999 is ontstaan de vordering door de cessionaris verkregen zijn, terwijl bij de vaststelling dat de schade op 3 januari is ontstaan de vordering deel zou gaan uitmaken van de boedel. In beide gevallen gaat het om een constatering achteraf, die geen invloed zou mogen hebben op de vraag of de cessionaris de vordering verkrijgt. Het zou voldoende moeten zijn dat onderzocht wordt of een onrechtmatige daad gepleegd is. Dat nog niet vaststaat of schade geleden is zou er niet toe mogen doen. Het onderscheid tussen nog niet vaststelbare schade waarvan achteraf blijkt dat zij op de datum van cessie reeds bestond en pas na die datum ontstane schade zou geen invloed mogen hebben op de overdracht van de vordering.

Een soortgelijke benadering zouden wij willen hanteren bij wettelijke regresvorderingen. Wanneer iemand zich borg stelt voor de schulden van een debiteur ontstaat er onmiddellijk een rechtsverhouding tussen borg en debiteur, die met zich brengt dat de borg in geval van betaling regres kan nemen op de debiteur. De regresvordering ontstaat derhalve op het moment van borgstelling en niet pas wanneer de borg een betaling verricht die zijn interne draagplicht overschrijdt.

Gaat het om een contractuele regresvordering, bijvoorbeeld omdat de borg zich krachtens een overeenkomst van opdracht borg heeft gesteld jegens de crediteur van de opdrachtgever, dan is deze overeenkomst de rechtsverhouding waaruit de regresvordering voortvloeit. Onze benadering van de wettelijke regresvordering leidt tot het wenselijk resultaat dat de cessie van wettelijke regresvorderingen op dezelfde wijze behandeld wordt als de cessie van contractuele regresvorderingen.

Ten aanzien van vorderingen die voortvloeien uit een publiekrechtelijke rechtsverhouding kan hetzelfde uitgangspunt gehanteerd worden als bij vorderingen uit hoofde van contractuele rechtsverhoudingen. Dit betekent dat vorderingen die direct verkregen worden uit ten tijde van de cessie reeds bestaande publiekrechtelijke rechtsverhoudingen, als reeds bestaande vorderingen kunnen worden aangemerkt. Het gaat het bestek van dit preadvies te buiten om hier gedetailleerde beschouwingen aan te wijden.⁴⁸ Voor iedere publiekrechtelijke regeling afzonderlijk zal onderzocht dienen te worden aan welke vereisten voldaan dient te zijn om tot de conclusie te komen dat de relatie van de betrokkenen zich zodanig verdicht heeft dat van een rechtens relevante verhouding gesproken kan worden waaruit bestaande of relatief toekomstige vorderingen voortvloeien.⁴⁹

4.9 Conclusie

Wat is een eenvoudig en helder criterium op grond waarvan men met een grote mate van waarschijnlijkheid vooraf kan constateren of een vordering in geval van faillissement deel gaat uitmaken van de failliete boedel van de cedent, zonder dat door dit criterium de billijkheid of het systeem van de wet in het gedrang komt? Het criterium dat wij voorstellen is het ‘grondslag-criterium’: vorderingen die rechtstreeks zullen worden verkregen uit een voor de insolventie van de cedent reeds bestaande rechtsverhouding, worden niet getroffen door art. 35 lid 2 Fw. Dit is een goed hanteerbaar criterium dat partijen in staat stelt ten tijde van de cessie te bepalen of een vordering faillissementsbestendig gecedeerd of verpand kan worden. De door ons voorgestelde benadering komt niet alleen overeen met die van andere Europese rechtsstelsels, maar sluit bovendien goed aan bij de regeling van een aantal aan cessie verwante rechtsinstituten (contractsoverneming, middellijke vertegenwoordiging, subrogatie, derdenbeding) in het Nederlandse

⁴⁸ Vgl. Van Boom WPNR 6108 (1993), p. 702-703.

⁴⁹ Zie HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615, m.nt. WMK (SOS/ABN) (bijdrage uit Visserijfonds); HR 16 juni 1995, NJ 1996, 508, m.nt. WMK (Ontvanger/Rabobank IJmuiden) (vordering op fiscus in verband met negatieve aanslag Inkomstenbelasting voortvloeiend uit WIR).

recht. De benadering biedt een goed compromis tussen het belang van de verkrijger van de vorderingen om ook in geval van faillissement van de vervreemder eigenaar van de vorderingen te zijn, en het belang van de overige crediteuren van de vervreemder bij het voorkomen van een uitholling bij voorbaat van het verhaalsaansprakelijke vermogen van de vervreemder.

5 De fiduciaire cessie

5.1 Cessie ten titel van zekerheid

Een belangrijk bezwaar van Meijers tegen fiduciaire eigendom ten titel van zekerheid was dat hierbij een overbedeling aan bevoegdheden plaatsvond die in strijd was met dwingende bepalingen betreffende pand en hypotheek. Bij fiduciaire overdrachten wordt het eigendomsrecht gebruikt voor doeleinden waarvoor het niet bedoeld is: 'Wie een goed tot zekerheid van een schuld wil overdragen, moet een pandrecht vestigen'.¹

In het Sogelease-arrest (HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119, m.nt. WMK (Kee-reweer q.q./Sogelease B.V.)) overwoog de Hoge Raad dat door de eerste grond voor ongeldigheid van art. 3:84 lid 3 BW (fiducia cum creditore) slechts getroffen wordt een beoogde overdracht op grond van een rechtshandeling die 'ertoe strekt de wederpartij in diervoege een zekerheidsrecht op het goed te verschaffen dat deze in zijn belangen als schuldeiser ten opzichte van andere schuldeisers wordt beschermd'. De kern van zodanige bescherming is volgens de Hoge Raad gelegen in 'de bevoegdheid zich met voorrang boven andere schuldeisers op het goed te verhalen, hetgeen de bevoegdheid tot toeëigening uitsluit'. De Hoge Raad geeft vervolgens een omschrijving van een voor overdracht ongeldige titel, die als volgt luidt:

'een overeenkomst die de bevoegdheden van degene aan wie het goed wordt overgedragen, in geval van wanprestatie van zijn wederpartij beperkt tot het recht het hem overgedragen goed te gelde te maken ten einde zich uit de opbrengst daarvan te bevredigen onder gehoudenheid een eventueel overschot aan zijn wederpartij ten goede te doen komen'.

Alleen een overdracht 'ten titel van verhaal' is ongeldig vanwege art. 3:84 lid 3 BW. Daarentegen wordt een overdracht die berust op een rechtshandeling

1 Parl. Gesch. Boek 3, p. 317.

die strekt tot een 'werkelijke overdracht' niet getroffen door art. 3:84 lid 3. Dit is het geval indien de rechtshandeling de strekking heeft:

'het goed zonder beperkingen op de verkrijger te doen overgaan – en deze aldus meer te verschaffen dan enkel een recht op het goed, dat hem in zijn belang als schuldeiser beschermt'.

De Hoge Raad voegt hier nog aan toe dat de volgende karakteristieken van een rechtshandeling niet verhinderen dat deze de strekking heeft een werkelijke overdracht te bewerkstelligen: het feit dat de overeenkomst is aangegaan 'in verband met de verstreking van enigerlei vorm van krediet aan de overdrager', de aanwending van de verkregen gelden en het feit dat het onderhoud en risico van het overgedragen goed voor rekening van de overdrager blijven. De wet laat dergelijke constructies toe, ook al is het de bedoeling van partijen de verkrijger 'tevens een vorm van zekerheid te bieden'. De Hoge Raad overweegt bovendien dat het toeëigeningsverbod van art. 3:235 BW niet ziet op situaties waar 'het goed van de aanvang af toebehoort aan de credietverstrekker'. Bijkomende omstandigheden, 'waaruit moet worden afgeleid dat de bedoeling tot ontduiking van de in art. 3:84 lid 3 vervatte regeling voorzat', kunnen volgens de Hoge Raad meebrengen dat de overdracht alsnog ongeldig is.

De in andere rechtsstelsels gehanteerde criteria ter bepaling van het zekerheidskarakter van een cessie zijn niet zonder meer bruikbaar bij de beantwoording van de vraag of een cessie vanwege art. 3:84 lid 3 BW niet tot een geldige overdracht leidt. In een aantal rechtsstelsels leidt een cessie ten titel van zekerheid niet tot ongeldigheid van de overdracht, maar slechts tot de toepasselijkheid van bepaalde regels die voor een gewone cessie niet gelden. In het Engelse recht, bijvoorbeeld, leidt de constatering dat de cessie ten titel van zekerheid is tot een aantal rechtsgevolgen. In dat geval heeft de cedent de zogenaamde 'equity of redemption': door voldoening van de geseceerde vorderingen kan hij bewerkstelligen dat hij weer eigenaar wordt van de gecedeerde vorderingen. Voorts dient er registratie plaats te vinden van een zekerheidscessie.² Wij kunnen hier niet ingaan op de cessie ten titel van zekerheid naar Duits, Frans en Engels recht en volstaan slechts met te zeggen dat al deze rechtsstelsels de cessie ten titel van zekerheid toestaan.³ In het UNCITRAL-ontwerp wordt de cessie ten titel van zekerheid geldig geacht (art. 2(a), tweede zin).

2 Oditah, Legal Aspects, p. 35-40, waar nog andere rechtsgevolgen besproken worden.

3 Voor het Duitse recht, zie Münchener Kommentar (Roth), § 398, RdNr. 95-148; voor het Franse recht, zie Ph. Malaurie, L. Aynès, Droit civil, Les suretés, nr. 528-530; voor het Engelse recht, zie Oditah, Legal Aspects, p. 32-40, 71-78. Voor een rechtsvergelijkende analyse van de overdracht ten titel van zekerheid in het kader van moderne financieringstechnieken, zie J.H. Dalhuisen, Security and Ownership Based Funding Techniques, European Business Law Review 1998, p. 43-58, 118-135, 136-148.

Naar Belgisch recht is de zekerheidscessie problematisch. In een omstreden beslissing heeft het Hof van Cassatie een cessie ten titel van zekerheid niet-tegenstelbaar geacht aan de gezamenlijke schuldeisers van de cedent. Zie Hof van Cassatie 17 oktober 1996, Rechtskundig Weekblad 1996-1997, 1395 (Foyer du culturel Sart-Tilman), m.nt. M.E. Storme. Deze beslissing heeft grote beroering veroorzaakt in de Belgische en internationale financiële gemeenschap (Euroclear, het belangrijkste instituut voor de afwikkeling van internationale effectentransacties, is in België gevestigd). De verwachting is dat het Hof van Cassatie bij de eerste kans die zich voordoet een principieel arrest ten faveure van zekerheidsoverdrachten zal wijzen.

Het Sogelease-arrest had betrekking op een beweerdelijk met het 'fiduciaverbod' strijdige levering van roerende zaken. Wat is de betekenis van het arrest voor de cessie van vorderingen op naam, in het bijzonder in het kader van financiële transacties als factoring en securitisation? Wij zouden het Sogelease-arrest als volgt willen interpreteren, waarbij wij opmerken dat, vanwege het feit dat het arrest niet op alle plaatsen even duidelijk is, andere interpretaties verdedigbaar zijn.⁴

De overdracht van goederen op grond van art. 3:84 lid 3 BW is in ieder geval ongeldig wanneer vervreemder en verkrijger de overdracht zo inkleden dat de bevoegdheden van de verkrijger vrijwel dezelfde zijn als die van een pand- of hypotheekhouder. In dat geval moeten zij maar een pand- of hypotheekrecht vestigen. Bij roerende zaken en registergoederen brengt dit mede dat de overdracht ongeldig is, wanneer de verkrijger in geval van verzuim van de vervreemder verplicht is de geleverde goederen te gelde te maken. Executoriale verkoop is immers de enige wijze waarop men een zekerheidsrecht op roerende zaken en registergoederen kan executeren. Dit hangt samen met het toeëigeningsverbod (art. 3:235 BW), dat partijen verbiedt vooraf overeen te komen dat in geval van verzuim de zekerheidsgerechtigde eigenaar zal worden van de bezwaarde zaak. Het toeëigeningsverbod speelt bij vorderingen op naam evenwel een minder belangrijke rol. De pandhouder mag de verpande vordering ten behoeve van zich zelf aanwenden, door de vordering te innen (art. 3:246 lid 1 BW) en, zonder dat sprake behoeft te

4 Zie M.H.E. Rongen, De strekking van het fiduciaverbod, in het bijzonder in verband met financiering op basis van vorderingen, in: Vertrouwd met de Trust (hierna: 'De strekking van het fiduciaverbod'), p. 263-299. Er is veel geschreven over het Sogelease-arrest: zie de literatuur genoemd in Van Hees/Hermans/Kortmann, Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht, p. 85 (noot 85), waaraan wij toevoegen, W.H.M. Reehuis, Roerende zaken als zekerheid: leven in de brouwerij!?, Groninger Opmerkingen en Mededelingen XIV (1997), p. 30-62; O.K. Brahn, W.H.M. Reehuis, Overdracht, Monografieën Nieuw BW B-6a, 3e druk 1997, p. 25-39. Zie ook H.L.E. Verhagen, Vijf jaar NBW: art. 3:84 lid 3 en de financieringspraktijk', Trema 1997, p. 54-59.

zijn van verzuim, reeds opeisbare geselecteerde vorderingen uit de opbrengst van de aldus geïnde vordering te voldoen (art. 3:255 BW). Met andere woorden, de verhaalsuitoefening ten aanzien van vorderingen op naam verschilt zodanig van de verhaalsuitoefening op zaken dat het niet overeenkomen van de verplichting tot het te gelde maken van de vorderingen niet zonder meer leidt tot een geldige overdracht.

Verhaal op vorderingen kan overigens heel goed geschieden door de betreffende vorderingen executoriaal te verkopen. Dit kan bijvoorbeeld commercieel interessant zijn indien de vordering een groot bedrag vertegenwoordigt en nog niet (geheel) opeisbaar is. Voor de pandhouder die behoefte heeft aan contanten is het in een dergelijke situatie veel aantrekkelijker om de vordering aan een bank of factor te verkopen dan de mogelijkheid tot inning af te wachten. Wanneer het gaat om bulkcessies van vorderingen uit duurovereenkomsten, men denke aan de effectivering van vorderingen uit hoofde van operational leases, kan het aantrekkelijker zijn de gehele vorderingenportefeuille in een keer te verkopen aan een derde. In WPNR 6294 (1997) maakt Vriesendorp melding van een executoriale verkoop van verpande vorderingen, met verwijzing naar NRC Handelsblad van 20 oktober 1997. Bij certificaten op naam, uitgegeven in het kader van certificering van aandelen, onroerende zaken of vorderingen op naam, is executoriale verkoop heel goed denkbaar, evenals in gevallen waarin 'effecten' niet meer zijn dan vorderingen op naam op een bewaarbedrijf (bijv. Vabef-effecten).

Toegepast op de cessie van vorderingen op naam heeft art. 3:84 lid 3 BW naar onze mening tot gevolg dat de bevoegdheden van de cessionaris niet zodanig beperkt mogen worden dat zij overeenkomen met de bevoegdheden van een pandhouder die een (stil of openbaar) pandrecht heeft op vorderingen op naam. In dat geval dienen zij een pandrecht te vestigen. Indien de cedent en de cessionaris zijn overeengekomen dat de cessionaris, indien de cedent in de nakoming van een aan de cessionaris verschuldigde prestatie is tekortgeschoten, de vorderingen moet vervreemden, teneinde zich op de opbrengst daarvan te verhalen, wordt de overdracht getroffen door art. 3:84 lid 3 BW. Een dergelijke transactie voldoet geheel aan de omschrijving die de Hoge Raad in het Sogelease-arrest heeft gegeven van een overeenkomst die leidt tot een ongeldige overdracht. Er is echter eveneens sprake van een ongeldige overdracht indien weliswaar de cessionaris niet tot 'executoriale verkoop' van de vorderingen is gehouden, maar is overeengekomen dat de cessionaris zich slechts mag verhalen op de opbrengst van de vorderingen, indien bepaalde verbintenissen van de cedent jegens de cessionaris opeisbaar zijn en slechts ten belope van de omvang van deze verbintenissen (vgl. art. 3:255 BW). Hebben partijen een dergelijke regeling getroffen, dan hebben zij langs contractuele weg de bevoegdheden van de cessionaris zich op de vorderingen te verhalen, gelijkgeschakeld met de wettelijke verhaalsbevoegdheden van een pandhouder. De strekking van het Sogelease-arrest

brenkt mee dat een dergelijke overdracht vanwege art. 3:84 lid 3 BW ongeldig is.

Een mogelijke interpretatie van het arrest is dat steeds wanneer de vorderingen *zonder* dergelijke beperkingen worden overgedragen, art. 3:84 lid 3 BW geen belemmering vormt voor de cessie in het kader van financiële transacties. Het is verdedigbaar dat in een dergelijke situatie de rechtshandeling de strekking heeft, in de woorden van de Hoge Raad, 'het goed zonder beperkingen op de verkrijger te doen overgaan - en deze aldus meer te verschaffen dan enkel een recht op het goed, dat hem in zijn belang als schuldeiser beschermt'. In deze interpretatie zou onder de zojuist beschreven voorwaarde de cessie tot zekerheid, waarbij de titel voor overdracht niet meer is dan de loutere verplichting tot zekerheidsverschaffing in het kader van een geldlening, geldig zijn naar huidig Nederlands recht.⁵ Waar men bij roerende zaken nog twijfel kan hebben over de maatschappelijke wenselijkheid van dit resultaat,⁶ leidt de mogelijkheid van de cessie tot zekerheid nauwelijks tot een verslechtering van de positie van de cedent ten opzichte van die van een pandgever. De verhaalsbevoegdheden van een pandhouder op vorderingen zijn immers veel uitgebreider dan die van een pandhouder op roerende zaken.

Een verschil tussen pand en cessie is dat het pandrecht als afhankelijk recht tenietgaat, indien de geselecteerde verplichtingen zijn voldaan. Men zou evenwel bij een cessie tot zekerheid kunnen aannemen dat deze, tenzij duidelijk van een afwijkende partijbedoeling blijkt, geacht moet worden geschied te zijn onder de ontbindende voorwaarde van voldoening van de geselecteerde verplichtingen.⁷ In ieder geval kunnen partijen een dergelijke constructie bewust in het leven roepen. Het resultaat is dan hetzelfde als bij pand: na voldoening van zijn schuld verkrijgt de debiteur de onbezwaarde eigendom van de vordering. Vanwege de door de Hoge Raad en wetgever (art. 3:231 BW) aanvaarde mogelijkheid van bank- en kredietzekerheden en van derden-zekerheid (art. 3:233 BW) biedt het afhankelijk karakter van het pand- of hypotheekrecht nauwelijks extra bescherming.

⁵ In deze zin, voor de levering ten titel van zekerheid in het algemeen, Kortmann/Van Hees, WPNR 6187 (1995), p. 455-457.

⁶ Zie bijvoorbeeld Van Hees, diss., p. 72-82.

⁷ In dezelfde zin, voor het oude recht, A.I.M. van Mierlo, Fiduciaire zekerheid, vuistloos en stil pand, diss. Nijmegen, Deventer 1988, p. 35-36; Reehuis, diss., nr. 324. Vgl. voor de zekerheidsoverdracht van roerende zaken, HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60 (Ontvanger/ Schriks q.q.).

Het is echter de vraag of partijen het geheel zelf in de hand hebben om door middel van de keuze voor een bepaalde constructie de ongeldigheid van de overdracht op grond van art. 3:84 lid 3 BW te vermijden. Wellicht ligt het meer in de lijn van het arrest om aan te nemen dat mede aan de hand van objectieve criteria bepaald dient te worden of de overdracht geldig is.⁸ Er bestaat in ieder geval bij de 'zuivere' cessie tot zekerheid een reëel risico dat de rechter tot de conclusie zal komen dat, vanwege 'de bedoeling tot ontduiking van de in art. 3:84 lid 3 vervatte regeling' de overdracht ongeldig is.

Een objectief criterium waaraan men de beoogde overdracht zou kunnen toetsen, is de overgang van het debiteurenrisico: wie draagt de gevolgen van niet-nakoming door de debitor cessus?⁹ Men zou kunnen stellen dat een cessie zou kunnen worden getroffen door art. 3:84 lid 3 BW, indien het debiteurenrisico geheel bij de cedent blijft, aangezien dan de overdracht van de vorderingen alleen nog maar een zekerheidsfunctie heeft. De cessionaris verkrijgt in dat geval immers niet het economisch belang bij de vorderingen: de cessionaris heeft geen ander belang bij de vorderingen dan dat zij hem in staat stellen door inning aflossing van de door hem ter beschikking gestelde financiering te bewerkstelligen. Het eigendomsrecht van de vorderingen heeft geen andere functie dan een pandrecht op de vorderingen zou hebben.¹⁰

Hierbij dient wel opgemerkt te worden dat de overdracht in ieder geval niet ongeldig is indien de koopprijs een vergoedingselement bevat voor de overname van het insolventierisico. De situatie is hier niet anders dan wanneer het insolventierisico wel overgaat op de koper, maar de koper ter afdekking van het risico van niet-inbaaerheid met een derde een overeenkomst aangaat (kredietverzekering, garantie).

Bij securitisation-transacties gaat vrijwel altijd het debiteurenrisico geheel of gedeeltelijk over op de koper van de vorderingen en bestaat derhalve niet het risico van ongeldigheid van de overdracht op grond van art. 3:84 lid 3 BW. In geval van factoring kan dit anders zijn: hier kan het wel degelijk voorko-

8 Vgl. Rongen, De strekking van het fiduciaverbod, p. 276-285; Reehuis, Groninger Opmerkingen en Mededelingen XIV (1997), p. 55; Van Hees, diss., p. 73.

9 Voor een overzicht van de constructies die hiervoor gehanteerd kunnen worden, onder meer een garantie door de verkoper en een overdracht onder ontbindende voorwaarde van niet-inbaaerheid, zie Rongen, De strekking van het fiduciaverbod, p. 269-272. Zie ook W.H. van Boom, Koop van vorderingen, B.W.-krant jaarboek 1998, p. 65-78, in het bijzonder p. 70-76.

10 Rongen, De strekking van het fiduciaverbod, p. 282-285, 291-299; Rank, oratie, p. 38.

men dat de cedent de inbaaerheid van de vorderingen garandeert of op andere wijze het debiteurenrisico behoudt.

De meest wenselijke interpretatie van het Sogelease-arrest vinden wij dat wanneer de titel van de cessie een reële koopovereenkomst is, waarin de koopprijs min of meer equivalent is aan de waarde van de gekochte vorderingen,¹¹ de overdracht geldig is, ook al zou de cessie vooral het belang van de koper als crediteur dienen. De niet-overgang van het debiteurenrisico zou hier niet aan in de weg mogen staan. In het Sogelease-arrest heeft de Hoge Raad duidelijk aangegeven dat de economische equivalentie van een transactie met een geseceerde lening, of het motief van partijen om tot zekerheidsstelling over te gaan, een transactie nog niet binnen het bereik van art. 3:84 lid 3 BW brengt. Een verkoop van vorderingen waarbij het debiteurenrisico voor rekening van de verkoper blijft, doet niet af aan het karakter van de titel van een werkelijke overeenkomst van koop. De koper betaalt een reële koopprijs voor de vorderingen, die gerelateerd is aan de waarde van de vorderingen. De verkoper staat als het ware in voor de voor de koper meest belangrijke eigenschap van de vordering, namelijk dat deze voor de nominale waarde inbaar is. Het feit dat de koper van de vordering niet het economisch belang bij de vorderingen verkrijgt zou geen doorslaggevende factor mogen zijn, nu de Hoge Raad in het Sogelease-arrest ondubbelzinnig heeft overwogen dat het achterblijven van het economisch risico van de overgedragen zaak bij de vervreemder de overdracht nog niet ongeldig maakt.

De conclusie kan derhalve zijn dat het 'fiduciaverbod' geen belemmering behoeft te vormen voor de geldigheid van de cessie in het kader van transacties als factoring en securitisation, mits de bevoegdheden van de cessionaris maar niet worden beperkt tot die van een pandhouder op vorderingen en de aan de cessie ten grondslag liggende titel een koop voor een reële koopprijs is.¹²

11 De koopprijs hoeft niet gelijk te zijn aan de nominale waarde van de gecedeerde vordering. Het feit dat de vorderingen pas in de toekomst geïnd kunnen worden kan erin verdisconteerd zijn en de koopprijs kan een 'rentecomponent' voor de verschaft 'financiering' bevatten. De koopprijs moet echter reëel zijn: wanneer ter securering van een geldlening de debiteur een vordering verkoopt en levert aan de kredietverschaffer, voor een koopprijs die ver beneden de actuele waarde van de vorderingen ligt, is er het risico van ongeldigheid. Vgl. Reehuis, Groninger Opmerkingen en Mededelingen XIV (1997), p. 58-60.

12 In vergelijkbare zin, Beuving, diss., p. 76 e.v.; Verhagen, Trema 1997, p. 54-59; Brahn/Reehuis, Mon. NBW B-6a, p. 37.

5.2 Fiducia cum amico

In de praktijk worden goederen ten titel van beheer overgedragen, dikwijls aan een rechtspersoon die vermogensbeheer als doel heeft. De betreffende goederen kunnen aandelen zijn (certificering), onroerende zaken, intellectuele eigendomsrechten (Buma/Stemra),¹³ maar het kan ook gaan om vorderingen op naam. In het laatste geval ziet het beheer van de vorderingen vooral op de inning ervan.

Al onder het oude recht werden vraagtekens geplaatst bij de rechtsgeldigheid van een cessie ten titel van beheer, meer in het bijzonder de cessie ter incasso. De Hoge Raad heeft in verscheidene arresten beslist dat, hoewel partijen zelf spraken van 'cessie', er niettemin sprake was van een lastgeving, waarbij de lasthebber gerechtigd was in eigen naam aan de lastgever toebehorende vorderingsrechten te innen.¹⁴ Het gevolg van de lastgevingsconstructie is dat de lasthebber de vordering niet verwerft en dat in het faillissement van de lastgever de inningsbevoegdheid eindigt (art. 7:422 BW). Uit deze arresten wordt wel afgeleid dat de cessie ter incasso niet mogelijk is naar Nederlands recht en steeds als een lastgeving ter incasso moet worden geduid.¹⁵ Wij zien evenwel geen reden waarom de uit een geldige overeenkomst van lastgeving voortvloeiende verplichting tot levering van een vordering op naam geen titel voor overdracht zou kunnen zijn.¹⁶ Wanneer partijen binnen de - hierna te bespreken - grenzen van art. 3:84 lid 3 BW blijven, is het aan partijen zelf te bepalen of overdracht plaatsvindt in het kader van een lastgevingsverhouding. De hiervoor genoemde arresten van de Hoge Raad betekenen slechts dat de aanduiding 'cessie ter incasso' op zichzelf niet voldoende is om tot overdracht van de vordering te concluderen. Tjittes merkt terecht op dat de Hoge Raad geen partij heeft gekozen in het geschil of een cessie ter incasso tot overdracht van de vordering kan leiden.¹⁷ Uit de omstandigheden van het geval kan blijken dat het, ondanks de gekozen bewoordingen, niet de bedoeling van partijen was dat er werkelijk overdracht van de vorderingen zou plaatsvinden.

13 Voor een uitvoerige behandeling van de verschillende toepassingen van de eigendom ten titel van beheer, zie C.Æ. Uniken Venema, S.E. Eisma, Eigendom ten titel van beheer naar komend recht, Preadvis van de Vereniging 'Handelsrecht' 1990, p. 20-217.

14 HR 21 oktober 1983, NJ 1984, 254 (Zomerdijsk/Goudsblom); HR 28 oktober 1988, NJ 1989, 83 (Bakridi/HBN); HR 3 mei 1991, NJ 1992, 229 (De Rooy/Van der Vloot).

15 Asser-Mijnsen-De Haan, nr. 353; Maeijer, noot in NJ 1984, 254.

16 In dezelfde zin R.P.J.L. Tjittes, De cessie ter incasso in het Nieuwe BW, Kwartaalbericht Nieuw BW 1990, p. 112-113; Beuving, diss., p. 97-100.

17 Kwartaalbericht Nieuw BW 1990, p. 113. In dezelfde zin, Beuving, diss., p. 97.

In het arrest Zomerdijsk/Goudsblom had de lasthebber zelf de vordering gecedeerd aan de lastgever. Het ligt dan voor de hand aan te nemen dat partijen niet de bedoeling hebben de vordering weer ter incasso terug te cederen.¹⁸ In het arrest Bakridi/HBN had de lasthebber de vordering eerder tot zekerheid aan zijn financier (de lastgever) gecedeerd. Hier ligt het nog minder voor de hand een cessie ter incasso aan te nemen, aangezien de financier/lastgever daarmee de zekerheidseigendom zou verliezen.¹⁹

Vanwege de wettelijke regeling van de privative lastgeving is er minder reden dan in het oude recht om te kiezen voor de cessie ter incasso. Niettemin zijn er nog steeds verschillen tussen de privative last tot inning en de cessie ter incasso. De lastgeving en de daarmee gepaard gaande inningsbevoegdheid van de lasthebber eindigen in geval van faillissement van de lastgever (art. 7:422 BW), terwijl de cessionaris in geval van faillissement van de cedent gewoon inningsbevoegd blijft. De lastgever kan door de vordering te cederen dikwijls bewerkstelligen dat de lasthebber de inningsbevoegdheid verliest. De privative lastgeving kan immers niet tegengeworpen worden aan de cessionaris die de lastgeving niet kende noch behoorde te kennen (art. 7:423 BW). In geval van een cessie ten titel van beheer, kan de belanghebbende de vordering niet meer cederen aan een derde en is er nauwelijks derdenbescherming. Het dient partijen vrij te staan om, vanwege deze verschillen, te kiezen voor de cessie.

In 1992 kwam er een potentieel obstakel voor de cessie ten titel van beheer bij. Men zou kunnen zeggen dat in geval van een cessie ten titel van beheer de aan de cessie ten grondslag liggende titel 'de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen'. In de parlementaire geschiedenis wordt opgemerkt dat de cessie ter incasso vanwege art. 3:84 lid 3 BW niet in een geldige overdracht resulteert. De minister stelt:

'Inderdaad is een cessie ter incasso onder het nieuwe recht slechts op te vatten als een lastgeving die de cessionaris de bevoegdheid geeft om de vordering op eigen naam te innen. Dit brengt wel mee dat hij bevoegd is jegens de schuldenaar als schuldeiser op te treden, maar niet dat sprake is van een overdracht nu lastgeving tot inning ten behoeve van de cedent niet de strekking heeft de vordering in het vermogen van de cessionaris te laten vallen en deze overeenkomst dus wegens het bepaalde in art. 3:4.2.2 lid 3, geen geldige titel voor overdracht oplevert.'²⁰

Ten aanzien van de tweede grond voor ongeldigheid van art. 3:84 lid 3 BW overweegt de Hoge Raad in het Sogelease-arrest dat dit beoogt te voorkomen dat 'in strijd met het gesloten stelsel van het zakenrecht, rechten met zakelijke werking in het leven worden geroepen op een niet door de wet voorziene wijze'. Art. 3:84 lid 3 verzet zich daarentegen niet tegen een rege-

18 Beuving, diss., p. 98.

19 Beuving, diss., p. 99-100.

20 Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1203.

ling waarbij een partij de 'volledige eigendom' heeft, terwijl de andere partij louter persoonlijke rechten en verplichtingen heeft, aldus de Hoge Raad. Met betrekking tot de tweede grond voor ongeldigheid van art. 3:84 lid 3 (fiducia cum amico) bestaat nu nauwelijks onzekerheid meer: overdracht ten titel van beheer, economische eigendom en dergelijke, worden niet getroffen door deze bepaling, mits er een werkelijke overdracht wordt beoogd.²¹ Vorderingen kunnen ten titel van beheer worden gecedeerd, zolang partijen maar niet beogen de bevoegdheden ten aanzien van de vorderingen te verdelen op een wijze die niet door de wet wordt toegestaan.²² Het is moeilijk zich een situatie voor te stellen waarin dit laatste het geval is. Het Sogelease-arrest verhindert in ieder geval niet dat partijen van wettelijk erkende constructies gebruik maken om de cedent te beschermen tegen insolventie van de cessionaris.

Zou men niet moeten stellen dat deze 'hulpconstructies' een cessie ten titel van beheer weer in het domein van art. 3:84 lid 3 BW brengen, nu de gecedeerde vorderingen en hun opbrengst niet ten goede zullen komen aan de crediteuren van de fiduciair recht-hebbende? In de parlementaire geschiedenis wordt immers opgemerkt dat met het in art. 3:84 lid 3 BW genoemde 'vallen in het vermogen van de verkrijger' de wetgever het volgende heeft bedoeld:

'Zoals uit de Parlementaire geschiedenis blijkt (blz. 318-319)²³ kan de slotzinsnede moeilijk als te knellend worden ervaren, nu zij slechts overdrachten belet uit hoofde van een titel die beoogt de verkrijger bijvoorbeeld niet beschikkingsbevoegd te maken of het overgedragen goed niet in zijn voor verhaal door zijn schuldeisers vatbare vermogen te laten vallen ...' (cursivering toegevoegd).

Hier kan de wetgever niet bedoeld hebben dat art. 3:84 lid 3 BW in de weg staat aan het hanteren van door wet of jurisprudentie erkende rechtsfiguren die beogen de belang-hebbende te beschermen tegen insolventie van de fiduciair recht-hebbende, zoals de overdracht onder ontbindende voorwaarde, het vestigen van een pandrecht en het ope-

21 In dezelfde zin, Schoordijk, WPNR 5815 (1987), p. 64; Uniken Venema/Eisma, Preadvies Vereniging 'Handelsrecht', p. 254; Tjittes, Kwartaalbericht Nieuw BW 1990, p. 114; Snijders/Rank-Berenschot, nr. 353; Asser-Kortmann-De Leede-Thunnissen, nr. 168, Beuving, diss., p. 94; Faber, in: Vertrouwd met de Trust, p. 229. Anders Brahn/Reehuis, Mon. Nieuw BW B-6a, p. 37.

22 De opvatting van Mijnsen dat de cessie ten titel van beheer wel tot overdracht leidt, maar de cessie ter incasso niet, achten wij onjuist. Zie Asser-Mijnsen-De Haan, nr. 353. Het beheer van een vordering op naam zal in de regel niet veel meer omvatten dan de inning van de vordering.

23 De wetgever stelt hier dat met de grond voor ongeldigheid beoogd wordt 'dat het overgedragen goed aan de verkrijger toebehoort en dat het goed evenals diens overige vermogen voor zijn schulden kan worden uitgewonnen'.

nen van een kwaliteitsrekening. De vorderingen gaan deel uitmaken van het voor verhaal vatbare vermogen van de fiduciair recht-hebbende. Dit geschiedt echter in de staat waarin de vorderingen zich vanwege de gehanteerde wettelijk toegestane constructies bevinden. In geval van een overdracht onder ontbindende voorwaarde maakt een voorwaardelijk 'eigendomsrecht' deel uit van het verhaalsaansprakelijke vermogen van de fiduciair recht-hebbende, in geval van een verpande vordering een vordering bezwaard met een zekerheidsrecht.

5.3 Bescherming tegen insolventie fiduciair recht-hebbende: afgescheiden vermogen

Indien vorderingen gekocht worden, terwijl mededeling van de cessie achterwege blijft, kan men de eigendom van de verkoper aanmerken als een vorm van eigendom ten titel van beheer. Het economisch belang bij de vorderingen komt geheel of gedeeltelijk bij de koper te liggen en de verkoper gaat de vorderingen ten behoeve van de koper innen. Er zijn derhalve twee wijzen waarop eigendom ten titel van beheer kan ontstaan: door overdracht van de (juridische) eigendom aan de *fiduciair recht-hebbende* (cessie ten titel van beheer) en door overdracht van de 'economische eigendom' aan de *belang-hebbende* (niet medegedeelde cessie). Beide vormen van eigendom ten titel van beheer zullen hier gezamenlijk worden besproken.

Bij eigendom ten titel van beheer zijn de juridische en de economische eigendom van de vorderingsrechten gesplitst. De fiduciair is juridisch recht-hebbende, terwijl de economische eigendom van de vorderingen bij de belang-hebbende is. Aan deze economische eigendom van vorderingen is echter geen preferente positie verbonden, in geval van faillissement van de (juridisch) recht-hebbende. Het Burgerlijk Wetboek bevat geen algemene wettelijke regeling die de economisch eigenaar van een goed bescherming biedt tegen de gevolgen van insolventie van de juridisch recht-hebbende van het goed.²⁴ Zijn vorderingen ten titel van beheer gecedeerd, dan gaan de vorderingen volgens de heersende mening deel uitmaken van het verhaalsaansprakelijke vermogen van de fiduciair recht-hebbende. Naar huidig recht loopt de koper van vorderingen in geval van faillissement van de verkoper het risico dat, indien op de faillissementsdatum nog geen mededeling heeft plaatsgevonden, de vorderingen in de faillissementsboedel vallen (art. 35 lid 1 Fw).

24 Zie in het bijzonder Uniken Venema/Eisma, Preadvies Vereniging 'Handelsrecht', p. 266-350. Voor een beknopt overzicht zie Van Hees/Hermans/Kortmann, Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht, p. 12-14.

Het huidige Burgerlijk Wetboek kent een regeling die in situaties waarin een vergelijkbare splitsing van juridische en economische eigendom van vorderingsrechten plaatsvindt, bescherming biedt aan de belanghebbende. Deze regeling is te vinden in art. 7:420 BW. Indien een tussenpersoon in eigen naam maar voor rekening van een ander een overeenkomst aangaat met een derde, kan men hem eveneens als fiduciair rechthebbende van de uit deze overeenkomst voortvloeiende vorderingen beschouwen.²⁵ Indien de tussenpersoon na het totstandkomen van de overeenkomst met de derde failliet, kan degene voor wiens rekening de overeenkomst is aangegaan door mededeling aan de tussenpersoon en de derde bewerkstelligen dat, ondanks het faillissement van de tussenpersoon, de vorderingen op hem overgaan. De economisch eigenaar van een vordering wordt hier derhalve bescherming geboden tegen de gevolgen van insolventie van de juridisch eigenaar. De economisch eigenaar van een vordering wordt eveneens beschermd in geval van een 'kwaliteitsrekening'. In het Slis-Stroom-arrest (HR 3 februari 1984, NJ 1984, 752) opende de Hoge Raad de mogelijkheid dat onder omstandigheden het vorderingsrecht op de bank, in verband met een creditsaldo op een ten name van de notaris staande bankrekening, een afgescheiden vermogen vormt ten behoeve van de lastgever(s) van de notaris.²⁶ Verder kan men nog denken aan de certificering van vorderingen op naam waarbij de certificaathouders van rechtswege een gezamenlijk pandrecht krijgen op de gecertificeerde vorderingen (art. 3:259 BW).

Wij zijn van mening dat het wenselijk is dat in alle gevallen waarin iemand ten titel van beheer rechthebbende is van goederen, derhalve ook bij de fiduciaire eigendom van vorderingen, de beheerde goederen een afgescheiden vermogen vormen. Over de wenselijkheid van het aannemen van een afgescheiden vermogen bij eigendom ten titel van beheer van goederen in het algemeen en over de mogelijkheid om dit naar huidig recht te realiseren, zullen wij het hier niet hebben. Wij verwijzen hiervoor in het bijzonder naar het preadvies van Uniken Venema en Eisma en naar de bijdrage van Faber in *Vertrouwd met de Trust*.²⁷ Uit deze publicaties blijkt dat het mogelijk is naar

huidig recht een afgescheiden vermogen te aanvaarden zonder dat dit berust op een uitdrukkelijke bepaling in de wet. Bepalingen als art. 3:84 lid 3 BW, art. 3:276 BW, art. 3:277 BW en art. 20 Fw staan hier niet aan in de weg. Wij volstaan hier met de stelling dat er bij de fiduciaire eigendom van vorderingen reden te meer is voor het aanvaarden van een afgescheiden vermogen. Wij zien geen rechtvaardiging voor het gegeven dat bij bepaalde vormen van fiduciaire eigendom van vorderingen (certificering, middellijke vertegenwoordiging, kwaliteitsrekening) de belanghebbende wel, maar bij andere vormen (cessie ten titel van beheer, niet medegedeelde cessie) de belanghebbende geen bescherming geboden wordt tegen de insolventie van de fiduciair rechthebbende.²⁸ Het aanvaarden van een afgescheiden vermogen zou bovendien de nadelige gevolgen van het voor overdracht constitutieve karakter van de mededeling verzachten. In situaties waarin mededeling van de cessie nog niet heeft plaatsgevonden wanneer de cedent failliet wordt verklaard, zou de cessionaris immers meer zijn dan een gewone concurrente crediteur. De vorderingen zouden geen deel uitmaken van het verhaalsaansprakelijke vermogen van de cedent en zouden in zijn faillissement buiten de failliete boedel vallen.

Zowel in het Engelse recht als in het Duitse recht wordt in het faillissement van de fiduciair rechthebbende bescherming geboden aan de belanghebbende bij de vordering (trust, Treuhänder).²⁹ De door ons voorgestelde benadering zou het Nederlands recht doen aansluiten bij een tweetal belangrijke rechtsstelsels van de Europese Unie en zou het overbodig maken dat het Nederlands recht wordt ontweken door middel van een rechtskeuze.

Onder omstandigheden kan het Haagse Trustverdrag de mogelijkheid bieden een trust in het leven te roepen met betrekking tot vorderingen op naam. Dit kan geschieden door middel van een 'overdracht ten titel van beheer' aan een trustee of door middel van een 'declaration of trust'. In het laatste geval verklaart de rechthebbende van de vorderingen dat hij deze voortaan ten titel van trust voor bepaalde begunstigten houdt. In beide situaties gaan de vorderingen een afgescheiden vermogen vormen, dat niet deel uitmaakt van de failliete boedel van de trustee. Art. 11 van het Trustverdrag

25 Uniken Venema/Eisma, Preadvies Vereniging 'Handelsrecht', p. 22-23, 190-196.

26 Vgl. HR 21 mei 1999, JOR 1999/157, m.nt. N.E.D. Faber.

27 Uniken Venema/Eisma, Preadvies Vereniging 'Handelsrecht', p. 29-42; Faber, *Vertrouwd met de Trust*, p. 195-260. In vergelijkbare zin Kortmann en Verhagen in: D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann, H.L.E. Verhagen (eds.), *Principles of European Trust Law, Law of Business and Finance*, Volume I, 1999, p. 195-215; H.L.E. Verhagen, *Trusts in the Civil Law: Making Use of the Experience of 'Mixed' Jurisdictions* (verschijnt in *European Review of Private Law* 2000/3). Voor een kritische doch in beginsel positieve benadering zie W. Snijders, in: *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, p. 87-105.

28 Wanneer bij een koop van vorderingen waarbij geen mededeling van de cessie heeft plaatsgevonden, het debiteurenrisico geheel bij de verkoper blijft, zou men kunnen zeggen dat de koper geen economisch eigenaar van de vorderingen is geworden en dat er derhalve geen afgescheiden vermogen ontstaat.

29 Voor vorderingen die ten titel van trust zijn overgedragen, zie C.Æ. Uniken Venema, *Law and Equity in het Anglo-Amerikaanse Privaatrecht*, Zwolle 1990, nr. 29.4. Voor vorderingen die ten titel van beheer zijn overgedragen aan een Treuhänder, zie Staudinger (Kaduk), *Einl* zu § 398 ff, Rz 116-148.

brengt met zich dat dit afgescheiden vermogen, zoals dat onder het recht van een common law rechtstelsel bestaat, ook in Nederland in beginsel erkend moet worden. Slechts wanneer de kenmerkende elementen van een dergelijke trust met Nederland (of een ander land dat de trust niet kent) verbonden zijn, kan erkenning aan de trust onthouden worden (art. 13). Het loutere feit dat de fiduciair rechthebbende in Nederland gevestigd is, heeft *niet* tot gevolg dat de trust op grond van art. 13 niet erkend hoeft te worden. Wanneer bijvoorbeeld een in Engeland gevestigde cedent door Engels recht beheerste vorderingen ten titel van trust aan een in Nederland gevestigde factor cedeert, is er alle reden om de naar Engels recht gecreëerde trust ook in een in Nederland uitgesproken faillissement van de factor te erkennen. De door art. 15 van het verdrag geboden mogelijkheden om dwingende regels van goederenrecht, verhaalsrecht en insolventierecht toe te passen, zijn door de Nederlandse wetgever grotendeels geëlimineerd, door art. 4 van de Wet conflictenrecht trusts.³⁰

Wij zouden derhalve willen verdedigen dat naar huidig recht vorderingen op naam waarvan de rechthebbende eigenaar is ten titel van beheer een afgescheiden vermogen vormen, dat niet vatbaar is voor verhaal door de persoonlijke crediteuren van de rechthebbende.³¹

30 Zie over deze bepaling M.E. Koppenol-Laforce, Het Haagse Trustverdrag, diss. Rotterdam, Deventer 1997, p. 173-177 en de daar genoemde literatuur.

31 Voor een uitwerking van de rechtsgevolgen van eigendom ten titel van beheer, zie Faber, in: Vertrouwd met de Trust, p. 243-259; Kortmann/Verhagen, in: Principles of European Trust Law, p. 195-215.

6 Het bepaaldheidsvereiste

6.1 Bepaalbaarheid

Voor de overdracht en bezwaring van goederen geldt de in art. 3:84 lid 2 BW neergelegde bepaaldheidseis: 'Bij de titel moet het goed met voldoende bepaaldheid omschreven zijn'. De in deze wetsbepaling neergelegde bepaaldheidseis betekent dat de gecedeerde vorderingen door de *akte van cessie* in voldoende mate bepaald dienen te worden. In een reeks van arresten heeft de Hoge Raad een ruim criterium geformuleerd voor de bepaaldheidseis van art. 3:84 lid 2 BW.¹ Het eerste arrest in die reeks is HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 447, m.nt. WMK (Spaarbank Rivierenland/Gispén q.q.), waarin de Hoge Raad overwoog:

'In het wettelijk stelsel met betrekking tot de overdracht van, en vestiging van pandrecht op vorderingen op naam ligt besloten het vereiste dat de vordering ten tijde van de levering of verpanding in voldoende mate door de in art. 3:94 lid 1 respectievelijk art. 3:239 lid 1 bedoelde akte wordt bepaald. Dit betekent echter niet dat de vordering in de akte zelf moeten worden gespecificeerd door vermelding van bijzonderheden zoals de naam van de debiteur, het nummer van een factuur of een aan de debiteur toe-

1 Zie HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 447, m.nt. WMK (Spaarbank Rivierenland/Gispén q.q.); HR 16 juni 1995, NJ 1996, 508, m.nt. WMK (Ontvanger/Rabobank IJmuiden); HR 19 september 1997, NJ 1998, 689 (Verhagen q.q./INB II); HR 19 december 1997, NJ 1998, 690 (Zuidgeest/Furness); HR 20 juni 1997, NJ 1998, 362 (Wagemakers q.q./Rabobank Roosendaal). Toepassing van het bepaaldheidsvereiste op de cessie en de verpanding van vorderingen is uitvoerig behandeld door Struycken. Zie Struycken, Het bepaaldheidsvereiste in ontwikkeling, p. 121-162; dezelfde, De eliminatie van het bepaaldheidsvereiste, WPNR 6366 (1999), p. 577-582; AA 47 (1998), p. 426-430; JOR 1999/45. Voor een geheel andere benadering, zie S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, Bepaaldheidsvereiste bij cessie en verpanding van vorderingen, WPNR 6324 (1998), p. 618-620; dezelfde, Een streng bepaaldheidsvereiste: geldend recht of "wishful thinking"?, WPNR 6374 (1999), p. 750-753. Zie verder o.a. R.D. Vriesendorp, TvI, p. 13-17; S.C.J.J. Kortmann, AA 45 (1996), p. 115-120 (noot bij Spaarbank Rivierenland/Gispén q.q.); N.E.D. Faber, NdbW 1997, p. 126-129; E.B. Rank-Berenschot, Bb 1997, p. 165-166; dezelfde, NTBR 1998, p. 157-161; R. Westrik, WPNR 6289 (1997), p. 745-748; Van Swaaij, diss., p. 85-89.

gekend cliëntnummer. Voldoende is dat de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat.²

De Hoge Raad verstaat hier het bepaaldheidsvereiste als een vereiste van *bepaalbaarheid*. De akte van cessie hoeft geen nauwkeurige omschrijving van de gecedeerde vorderingen te bevatten. De aanduiding van de vorderingen kan zelfs een generieke omschrijving zijn, mits de omschrijving van de vorderingen van zodanige aard is dat zij het mogelijk maakt vast te stellen welke vorderingen in de overdracht begrepen zijn.³

Een vergelijkbare benadering wordt gehanteerd in andere rechtsstelsels.⁴ In art. 5(a) van het Factoringverdrag wordt bepaald dat voor de cessie van bestaande of toekomstige vorderingen niet nodig is dat de vorderingen individueel vermeld worden. Voldoende is dat de vorderingen ten tijde van het contract, of wanneer zij ontstaan, bepaald kunnen worden. Art. 9 van het UNCITRAL-ontwerp kent een zelfde regeling.

Voor de stille verpanding geldt het vereiste dat de verpande vorderingen ten tijde van het verlijden of registreren van de akte reeds bestaan of rechtstreeks zullen worden verkregen uit een op dat moment bestaande rechtsverhouding. In geval van cessie en openbare verpanding dient slechts aan het (ruime) criterium van Spaarbank Rivierenland/Gispen q.q. voldaan te zijn.

6.2 Reeds bestaande rechtsverhouding vereist?

Door verscheidene auteurs is betoogd dat het bepaaldheidsvereiste met zich brengt dat men slechts toekomstige vorderingen kan cederen voor zover die vorderingen rechtstreeks zullen worden verkregen uit een ten tijde van de cessie reeds bestaande rechtsverhouding.⁴ Dat dit niet het geval is, blijkt uit de parlementaire geschiedenis⁵ en wordt bevestigd in het arrest Ontvanger/Rabobank IJmuiden. De Hoge Raad overweegt:

² In dezelfde zin o.a. Kleijn, NJ 1995, 447; Kortmann/Faber, WPNR 6324 (1998), p. 618-620.

³ Münchener Kommentar (Roth), § 398, RdNr. 63-74; Overdracht en inpandgeving van schuldvorderingen (Verbeke), nr. 110; Chitty, nr. 20-032.

⁴ R.H.W.A. Verhoeven, WPNR 6025 (1991), p. 773, waartegen R.I.V.F. Bertrams, WPNR 6040 (1992), p. 196-197; J.W. Winter, Concernfinanciering, diss. Groningen, Deventer 1992, p. 17 (noot 30); Struycken, Het bepaaldheidsvereiste in ontwikkeling, p. 132-133. Winter erkent dat op grond van het hierna te bespreken arrest Ontvanger/Rabobank IJmuiden moet worden aangenomen dat de grondslag-eis niet geldt voor cessie en openbare verpanding. Zie Winter, NbbW 1995, p. 106-108.

⁵ Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3,5 en 6), p. 1337-1338.

'3.4.2. Het voor het vóór 1 januari 1992 geldende recht door de rechtspraak aanvaarde vereiste dat de over te dragen vordering reeds ten tijde van de cessie ook naar haar inhoud in voldoende mate door de akte van cessie wordt bepaald, brengt voor de overdracht van vorderingen die op het moment van de cessie nog moeten ontstaan, mee dat zij hun onmiddellijke grondslag moeten hebben in een rechtsverhouding die op dat moment reeds bestaat. Dat aan dit laatste in dit geval was voldaan, volgt reeds uit het in 3.3 overwogene. Het Hof heeft kennelijk geoordeeld dat die rechtsverhouding ook in de akte tot uiting kwam en – terecht – dat aldus ook aan het eerste vereiste was voldaan. Nadere eisen vinden geen steun in het toenmalige recht, waarbij opmerking verdient dat voor het huidige recht – overeenkomstig de in art. 3:84 lid 2 gestelde eis van 'voldoende bepaaldheid' – voldoende is dat de akte van cessie zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat.'

De wetgever heeft een heel bewuste keuze gemaakt: de mogelijkheid tot stille verpanding van toekomstige vorderingen wordt beperkt door de grondslag-eis, terwijl bij openbare verpanding en cessie deze beperking in de mededelingseis ligt besloten. De Hoge Raad heeft deze keuze erkend. De verwijzing naar het huidige recht is onmiskenbaar een *obiter dictum* over de bepaaldheidseis zoals die in het huidige recht geldt, een *obiter dictum* dat niet specifiek is gerelateerd aan de feiten van het arrest;⁶ de aan de Hoge Raad voorgelegde rechtsvraag diende immers naar oud recht te worden opgelost. Waar alleen art. 3:239 BW de eis stelt dat de vorderingen hun onmiddellijke grondslag moeten hebben in een rechtsverhouding die ten tijde van de verpanding reeds bestaat, terwijl volgens art. 3:94 lid 1 BW en art. 3:236 lid 2 BW voor cessie en openbare verpanding mededeling aan de debiteur volstaat en waar de parlementaire geschiedenis dit nog eens uitdrukkelijk bevestigt, kan het arrest van de Hoge Raad moeilijk anders dan in deze zin worden gelezen.⁷

Wij kunnen ons overigens nog iets voorstellen bij de gelijkstelling *de iure constituendo* van de openbare verpanding met de stille verpanding en het beslag, door ook voor een openbare verpanding het vereiste van een reeds bestaande rechtsverhouding te stellen. Art. 475 Rv beoogt dat de verhaalsrechten van de beslaglegger niet gefrustreerd worden door een stille verpanding bij voorbaat. Men zou het met Struycken voor wense-

⁶ In tegenstelling tot Winter is Struycken door het arrest Ontvanger/Rabo IJmuiden niet bekeerd. Struycken stelt dat, omdat het in casu ging om één toekomstige vordering uit een ten tijde van de cessie reeds bestaande rechtsverhouding, het arrest onvoldoende steun biedt voor de conclusie dat de grondslag-eis niet geldt voor de openbare verpanding en de cessie van hele pakketten vorderingen. Zie WPNR 6366 (1999), p. 579.

⁷ In dezelfde zin Winter, NbbW 1995, p. 106-108; Kortmann/Faber, WPNR 6374 (1999), p. 752.

lijk recht kunnen houden dat de mededeling der verpanding niet als consequentie zou mogen hebben dat de pandhouder 'structureel zou voorgaan' boven de beslaglegger.⁸ De strekking van art. 475 Rv staat evenwel niet Struyckens zienswijze met betrekking tot de cessie. De wetgever wilde de crediteur/pandhouder niet meer verhaalsobjecten toekennen dan een gewone, op beslaglegging aangewezen, crediteur.⁹ De doelstelling van de wetgever was *niet* om de verkrijger van vorderingen, die immers de vorderingen niet ten titel van verhaal verwerft, gelijk te stellen met een beslaglegger. De prioriteitsregel houdt in dat een eerdere vervreemding bij voorbaat aan een latere beslaglegger kan worden tegengeworpen. Dat de gelijke behandeling van beslag, vervreemding en verpanding niet vanzelfsprekend is blijkt overigens ook uit de behandeling van roerende zaken in het Nederlands recht. Beslag op toekomstige roerende zaken is niet mogelijk, terwijl dergelijke zaken wel degelijk bij voorbaat geleverd en (openbaar en stil) verpand kunnen worden.

6.3 Uitleg van de akte van cessie; specificatie van de gecedeerde vorderingen

Uit art. 3:84 lid 2 BW vloeit voort dat de te cederen vorderingen in voldoende mate door de akte van cessie moeten worden bepaald. De vraag welke vorderingen partijen beoogden te cederen, is primair een vraag van uitleg van de in de akte van cessie neergelegde goederenrechtelijke overeenkomst, waarvoor het 'Haviltex-criterium' (HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635, m.nt. CJHB) geldt.¹⁰ Van belang is derhalve niet alleen de tekst van de akte van cessie. Het komt aan op de betekenis die de cedent en de cessionaris in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs aan de bepalingen van de akte mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Dat de bedoeling van cedent/pandgever en cessionaris/pandhouder voorop staat blijkt uit HR 20 juni 1997, NJ 1998, 362 (Wagemakers q.q./Rabobank Roosendaal). Het gaat volgens de Hoge Raad om de vorderingen die de *pandgever* 'op het oog moet hebben gehad' en om de wijze waarop de aanduiding van de verpande vorderingen aan de *pandhouder* duidelijk maakt welke vorderingen de pandgever bedoelde te verpanden. In HR 21 april 1995, NJ 1996, 652, m.nt. WMK (Eemswater Beheer/Curatoren Capcan Beheer) wordt evenwel voor de vestiging van een pandrecht niet alleen van belang geacht 'hoe de overeenkomst tussen pandgever en pandnemer, wat het beoogde object van de verpanding betreft, redelijkerwijs

dient te worden uitgelegd, maar ook hoe degene aan wie de vereiste kennisgeving wordt gedaan, die overeenkomst redelijkerwijs heeft behoren te begrijpen'. Uit dit arrest volgt naar onze mening *niet* dat bij de uitleg van de akte van cessie de debitor cessus steeds betrokken dient te worden.

Het arrest betrof een bijzonder geval. Eemswater Beheer had een geldlening verstrekt aan Capcan Beheer. In een tussen partijen opgemaakte onderhandse akte verklaarde Capcan aan Eemswater in pand te geven: '30.000 aandelen in de in Amsterdam gevestigde besloten vennootschap D.C.G. HOLDING AMSTERDAM B.V.'. Enige maanden voordat deze akte getekend werd, had Capcan de door haar bij de oprichting verkregen aandelen in D.C.G. Holding verwisseld voor certificaten, die resulteerden in vorderingen op naam op de stichting die de certificaten had uitgegeven. De curatoren van het later failliet verklaarde Capcan stelden in deze procedure dat Eemswater geen geldig pandrecht had verkregen, onder andere omdat de akte verklaarde dat er aandelen verpand werden, terwijl het in werkelijkheid om vorderingen op naam (certificaten) ging. De Hoge Raad overwoog dat, naar het toepasselijke recht van voor 1992, voor de vestiging van een geldig pandrecht op vorderingen vereist is dat er een overeenkomst tot vestiging van het pandrecht is alsmede kennisgeving van de verpanding aan de debiteur van de verpande vordering (in casu de stichting die de certificaten had uitgegeven). Vervolgens formuleerde de Hoge Raad de hierboven geciteerde regel.

Het arrest is gewezen overeenkomstig het oude recht. Het is duidelijk dat de in het arrest geformuleerde regel niet kan gelden bij een stille verpanding, ook niet indien deze later wordt medegedeeld. Het stille pandrecht komt tot stand zonder dat daar de debiteur van de verpande vordering bij betrokken is. Hoe deze de pandakte redelijkerwijze heeft behoren te begrijpen is dan ook niet relevant voor de vestiging van het stille pandrecht. Dit kan wel van belang zijn voor de vraag aan wie de debiteur van de verpande vordering dient te betalen. Wij zien niet in waarom een pandrecht dat als openbaar pandrecht is gevestigd, anders behandeld zou moeten worden dan een pandrecht dat door middel van registratie van een onderhandse akte gevestigd is en vervolgens onmiddellijk wordt meegedeeld. In beide gevallen zou de uitleg van de akte beslissend moeten zijn. Het wettelijk systeem is naar onze mening als volgt. Volgens art. 3:94 lid 1 BW doet men mededeling van de *akte van cessie*. Indien deze akte voldoende objectieve gegevens bevat aan de hand waarvan door de cedent en de cessionaris kan worden vastgesteld welke vorderingen gecedeerd worden, vindt overdracht plaats, ook al zou uit de akte of de mededeling voor de debitor cessus niet zijn af te leiden welke vorderingen gecedeerd zijn. In dergelijke situaties verdient de debitor cessus bescherming, echter niet door ongeldigheid van de overdracht aan te nemen, maar door hem onder omstandigheden een beroep op art. 6:34 of art. 6:37

⁸ WPNR 6366 (1999), p. 579.

⁹ Zie Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1337.

¹⁰ In deze zin, AG De Vries Lentsch-Kostense, in haar conclusie bij HR 21 april 1995, NJ 1996, 652, m.nt. WMK (Eemswater Beheer/Curatoren Capcan Beheer). In dezelfde zin, Th.F. de Jong, TvI 1998, p. 137, die deze benadering inhoudelijk afwijst.

BW toe te staan.¹¹ Wij zouden het arrest dan ook een beperkte strekking willen toekennen en de daarin geformuleerde regel, zo deze al geldt voor het huidige recht, willen beperken tot situaties waarin het voor de debiteur van de vorderingen redelijkerwijs niet duidelijk is of hem überhaupt een mededeling van cessie (of verpanding) in de zin van art. 3:94 lid 1 BW wordt gedaan. De gemeenschappelijke bedoeling van de partijen bij de goederenrechtelijke overeenkomst is derhalve bepalend voor het antwoord op de vraag naar de geldigheid van de beschikkingshandelingen ten aanzien van de betreffende vorderingen.

Het arrest Eemswater Beheer/Curatoren Capcan Beheer maakt wel duidelijk dat het niet van belang is voor een geldige overdracht of verpanding van vorderingen hoe derden de akte geïnterpreteerd hebben. De Hoge Raad overweegt:

'Anders evenwel dan het Hof heeft aangenomen, mag in het geval van een schriftelijke vastlegging van de overeenkomst tot verpanding niet de eis worden gesteld dat zij zodanig is geformuleerd dat daaruit ook voor 'derden' – waarmee het Hof kennelijk niet (alleen) doelt op degene aan wie de vereiste kennisgeving moet worden gedaan – 'duidelijk en ondubbelzinnig blijkt' welk vermogensbestanddeel wordt verpand. Voldoende is dat degene aan wie de kennisgeving moet worden gedaan, in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs heeft moeten begrijpen welk vermogensbestanddeel pandgever en pandnemer op het oog hebben.'

De stelling dat derden, in het bijzonder de crediteuren van de cedent/pandgever, aan de hand van de akte moeten kunnen bepalen welke vorderingen voor verhaal vatbaar zijn, is hiermee terecht verworpen.¹² Het zou te veel complicaties opleveren bij het opstellen van de akte en te veel onzekerheid creëren voor de verkrijger van een eigendomsrecht of beperkt recht op vorderingen, als de akte ook nog eens de toets van duidelijkheid voor derden zou moeten doorstaan.

Wij hebben gezien dat de Hoge Raad het bepaaldheidsvereiste ruim interpreteert: voldoende is dat de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vorderingen het gaat. Dit betekent dat het niet altijd noodzakelijk is dat in de akte van cessie de vorderingen op individuele basis worden gespecificeerd, door vermelding van de naam van de debiteur (of diens cliëntcode), van het ver-

schuldigde bedrag per vordering en/of de som van alle gecedeerde vorderingen.¹³ De akte van cessie kan verwijzen naar computerlijsten, waarop de vorderingen en/of de debiteuren vermeld staan, of naar computerbestanden die deze gegevens nu of in de toekomst bevatten. Zelfs een dergelijke verwijzing is onzes inziens evenwel niet altijd noodzakelijk om aan het bepaaldheidsvereiste van art. 3:84 lid 2 BW te voldoen. Een generieke omschrijving kan volstaan, mits een zodanige omschrijving het mogelijk maakt om eventueel achteraf ten aanzien van elke gecedeerde vordering uit te maken of deze in het domein van de in de cessie-akte vervatte goederenrechtelijke overeenkomst valt.

Het is derhalve voldoende dat op basis van gegevens in de akte van cessie eventueel achteraf kan worden vastgesteld welke vorderingen overgedragen zijn. Wat is nu precies het moment waarop de vordering bepaalbaar dient te zijn? Het relevante tijdstip is volgens ons het tijdstip waarop het rechtsgevolg van overdracht intreedt. De in het bepaaldheidsvereiste vervatte eis van specialiteit heeft tot gevolg dat op het tijdstip van overdracht duidelijk moet zijn welke vordering in het vermogen van de cessionaris overgaat. De akte van cessie dient gegevens te bevatten op grond waarvan bij bestaande vorderingen ten tijde van de levering vastgesteld kan worden welke vorderingen in de overdracht begrepen zijn, terwijl bij toekomstige vorderingen het tijdstip waarop de vorderingen verkregen worden (het moment van ontstaan) doorslaggevend is.¹⁴

Bijzondere problemen kunnen zich voordoen wanneer slechts een gedeelte van een groot aantal gelijksoortige vorderingen wordt gecedeerd. In de praktijk komt het voor, bijvoorbeeld bij factoring, dat de cessionaris een deel van een vorderingenportefeuille wil verwerven. Een leasemaatschappij heeft bijvoorbeeld 5.000 overeenkomsten van financial lease (huurkoop) gesloten met cliënten. Een factormaatsschappij wil slechts de vorderingen uit die lease-contracten kopen waaronder de lessee niet in gebreke zal zijn gedurende de looptijd van de lease. Hier kan voor de levering niet volstaan worden met de globale aanduiding in de akte van cessie dat slechts de vorderingen die aan dit vereiste voldoen door middel van de akte worden geleverd. Ten tijde van de akte van cessie kan immers nog niet worden vastgesteld welke vorderingen precies geleverd worden. Men zal hier zijn toevlucht dienen te zoeken tot hulpconstructies, door bijvoorbeeld alle vorderingen te cederen onder de ontbindende voorwaarde van wanprestatie door de lessee.

11 Vgl. Vranken, WPNR 6353 (1999), p. 268.

12 De Jong zou deze eis wel willen stellen. Zie De Jong, TvI 1998, p. 137.

13 Vgl. Rb. Rotterdam 25 maart 1999, JOR 1999/267, m.nt. Kortmann.

14 In dezelfde zin Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1248. Vgl. Münchener Kommentar (Roth), § 398, RdNr. 63.

Een verkeerde aanduiding in de akte heeft niet noodzakelijkerwijs ongeldigheid van de overdracht van de vordering tot gevolg. De aanduiding van de verkeerde debiteur, de vermelding van het verkeerde bedrag, de onjuiste omschrijving van de aard van de onderliggende overeenkomst, dit hoeft allemaal niet in de weg te staan aan de geldige overdracht van de vorderingen. Ook hier geldt weer dat de akte van cessie zodanige gegevens dient te bevatten dat aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat. Wanneer aan de hand van objectieve gegevens kan worden vastgesteld dat partijen een andere vordering voor ogen stond dan in de akte is vermeld, wordt de beoogde vordering als overgedragen beschouwd.¹⁵

In de volgende arresten hanteerde de Hoge Raad deze formule en kwam vervolgens tot de conclusie dat onjuistheden of een vage omschrijving in de akte van cessie, de pandakte of de daarbij behorende computerlijst niet tot ongeldigheid leidde. In HR 20 juni 1997, NJ 1998, 362 (Wagemakers q.q./Rabo) had de pandgever een vordering op X ter hoogte van f. 149.629, die verkeerd werd geboekt in de administratie van de pandgever. In de bij de akte van verpanding behorende computerlijst stond deze vordering niet vermeld, maar wel een vordering ter hoogte van f. 148.500 op Y. Op dat moment had de pandgever helemaal geen debiteur Y. De Hoge Raad oordeelde dat de pandhouder een pandrecht had op een deel van de vordering op X corresponderende met het in de computerlijst vermelde bedrag van f. 148.500. HR 19 september 1997, NJ 1998, 689 (Verhagen q.q./INB II) betrof een situatie waarin door bemiddeling van de 'Afdeling Assurantiebezorging' van een bank een verzekeringsovereenkomst was tot stand gekomen tussen de verzekerde en een verzekeraar. In de akte van cessie stond niet de verzekeraar maar de 'Afdeling Assurantiebezorging' als debiteur van de gecedeerde vorderingen vermeld. De Hoge Raad oordeelde dat niettemin de gecedeerde vorderingen in voldoende mate door de akte van cessie waren bepaald. Hierbij achtte de Hoge Raad in het bijzonder van belang dat de akte van cessie 'met betrekking tot elke verzekering afzonderlijk vermelde bijzonderheden, zoals de polisnummers' bevatte. Het derde arrest, HR 19 december 1997, NJ 1998, 690 (Zuidgeest/Furness), wordt in hoofdstuk 8 besproken.

6.4 De functie(s) van het bepaaldheidsvereiste: identificatie, of ook bescherming?

De primaire functie van het bepaaldheidsvereiste is die van identificatie: ten aanzien van welke goederen hebben partijen beoogd dat overdracht plaats-

15 Vgl. Kortmann/Faber, WPNR 6324 (1998), p. 618-619. Zie eveneens Rank-Berenschot, Bb 1997, p. 165-166; dezelfde, NTBR 1998, p. 157-161; Westrik, WPNR 6289 (1997), p. 745-748; Struycken, De eliminatie van het bepaaldheidsvereiste, WPNR 6366 (1999), p. 577-582; AA 47 (1998), p. 426-430; JOR 1999/45. Rank-Berenschot, Westrik en Struycken zijn van mening dat de vermelding van de verkeerde debiteur wel, maar de vermelding van een onjuist bedrag niet gesauveerd kan worden.

vindt? In deze functie heeft het bepaaldheidsvereiste universele gelding: in elk rechtstelsel dient duidelijk te zijn welke goederen van het vermogen van de een naar dat van de ander overgaan, zij het dat de verscheidene rechtstelsels andere regels kunnen bevatten over de hiervoor vereiste nauwkeurigheid. Voor het Nederlands recht geldt dat bepaalbaarheid voldoende is.

Struycken stelt dat het bepaaldheidsvereiste naast een identificatiefunctie ook een beschermingsfunctie heeft.¹⁶ Struycken onderscheidt tussen de interne en de externe dimensie van de bescherming. De interne dimensie betreft de bescherming van de beschikker tegen zichzelf. De externe dimensie is die van de bescherming van de crediteuren van de beschikker, door het behoud van verhaalsobjecten voor de overige crediteuren te bewerkstelligen. Struyckens pleidooi is er een voor een gedifferentieerde hantering van het bepaaldheidsvereiste, dat naar gelang van de aard der goederen, de persoon van de beschikker, de aard van de beschikkingshandeling (vervreemding of zekerheidsstelling) en andere factoren streng of versoepeld moet worden toegepast.¹⁷

Struycken schetst het beeld van onwetende partijen, die geen 'besef' hebben van de omvang van het door hen vervreemde of bezwaarde vermogen.¹⁸ Dit beeld van de 'naïeve' beschikker is niet in overeenstemming met de werkelijkheid. In de overgrote meerderheid der gevallen zijn partijen heel goed in staat de gevolgen van hun beschikkingshandelingen te overzien. Vorderingen zijn vooral goederen die in het handels- en kredietverkeer tussen professionele partijen worden overgedragen en verpand. Dergelijke partijen zijn over het algemeen goed in staat hun eigen belangen te behartigen. Dit is een van de uitgangspunten van ons vennootschaps- en vermogensrecht. Struycken hecht te weinig betekenis aan de calculatiemogelijkheden die dergelijke partijen ter beschikking staan om tot een nauwkeurige bepaling van de omvang van het vervreemde of bezwaarde vermogen te komen. Gaat het om een cessie ten titel van koop van een grote portefeuille van bestaande en toekomstige vorderingen, bijvoorbeeld in het kader van een effectiseringstransactie, dan wordt op grond van de verschuldigde bedragen, historische gegevens over de verwachte wanprestaties ('default rate') en andere data, mede met behulp van de kansberekening, een vrij nauwkeurige berekening gemaakt van de inkomsten die deze vorderingenportefeuille zal genereren. Het huidige recht biedt voldoende mogelijkheden om de onwetende beschikker te beschermen: verplichting tot vrijgave van zekerheden, Erba-doctrine, Pauliana, doeloverschrijding. Het zou kunnen zijn dat deze leerstukken niet in alle situaties tot bevredigende uitkomsten leiden. De oplossing ligt dan eerder in een verfining en verdere ontwikkeling

16 Struycken, Het bepaaldheidsvereiste in ontwikkeling, p. 121-162. Vgl. Houwing, Preadvies Broederschap Candidaat-Notarissen, p. 94.

17 WPNR 6366 (1999), p. 582; uitvoeriger in Het bepaaldheidsvereiste in ontwikkeling, p. 149-161.

18 Het bepaaldheidsvereiste in ontwikkeling, p. 129, 135.

van deze leerstukken. Hiervoor heeft men de door Struycken bepleite radicale interpretatie van het bepaaldheidsvereiste, met alle daaraan verbonden nadelen, niet nodig.¹⁹

De door Struycken voorgestane benadering kan niet gezegd worden het huidige goederenrecht weer te geven: voor zover het gaat om het vereiste van een reeds bestaande rechtsverhouding bij cessie en openbare verpanding hebben wij dat reeds verdedigd. Ook voor de beschermingsfunctie die Struycken aan het bepaaldheidsvereiste toedicht, is in wetgeving en jurisprudentie geen stevig fundament aanwezig.²⁰ Voor het bestaan van een stringent en gedifferentieerd bepaaldheidsvereiste als door Struycken bepleit, zijn geen aanwijzingen te vinden. Integendeel, zowel uit de parlementaire geschiedenis als de jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat het huidige recht een soepel vereiste van bepaalbaarheid kent. Nu is hier niet alles mee gezegd: wij pleiten zelf immers in dit preadvies met enige regelmaat voor een onorthodoxe uitleg van het Nederlands recht betreffende de overdracht van vorderingen op naam. Wij zijn evenwel van mening dat Struyckens benadering onwenselijk is en ook *de iure constituendo* moet worden afgewezen.

In het goederenrecht speelt de hanteerbaarheid van het recht een belangrijke rol. In zijn Algemeen deel verwijst Vranken naar de functies van het goederenrecht in het kredietverkeer, waarin eisen van rechtszekerheid en duidelijkheid van groot belang zijn.²¹ Vranken stelt vast dat individualisatie en differentiatie de belangrijkste kenmerken van de rechtspraak van de jaren tachtig zijn, met name in het vermogensrecht. Vranken lijkt hier niet onverdeeld gelukkig mee te zijn: 'Teveel nuancering wordt ondraaglijk'.²² Hier ligt nu precies een belangrijk bezwaar dat wij tegen Struyckens benadering hebben. Het door Struycken voorgestane systeem zou de rechtszekerheid en duidelijkheid, die bij de cessie en verpanding van vorderingen van eminent belang zijn, ernstig aantasten. Slechts door middel van een jarenlang durend proces van 'trial and error', waarin de differentiaties van Struycken op hun waarde zouden worden getoetst, zou mogelijkerwijs een redelijke mate van zekerheid verkregen kunnen worden over de cessie en verpanding bij voorbaat van vorderingen. Dat is nu net wat wij op dit moment niet kunnen

gebruiken. De laatste decennia is er sprake van een intensivering van het kredietverkeer, die mede onder invloed van de Europese Monetaire Unie alleen maar zal toenemen. Bij transacties als factoring, securitisation, projectfinanciering en andere financieringen op basis van vorderingen, dient de geldigheid van de cessie of verpanding *vooraf* met een grote mate van waarschijnlijkheid te kunnen worden vastgesteld. Het systeem van Struycken kan deze zekerheid nu in ieder geval niet bieden en zou een grote stap terug betekenen.

19 Het is overigens niet zo dat Struycken het bestaan van andere juridische technieken die gehanteerd kunnen worden ter bescherming van de beschikker en diens crediteuren ontkent.

Zie Het bepaaldheidsvereiste in ontwikkeling p. 143-147; WPNR 6366 (1999), p. 581.

20 Kortmann/Faber, WPNR 6374 (1999), p. 750-753; Van Swaaij, diss., p. 88-89.

21 Asser-Vranken, Algemeen deel, nr. 120. Vergelijk ook Köster, Preadvies Broederschap Candidaat-Notarissen, p. 71.

22 Asser-Vranken, Algemeen deel, nr. 124.

7 Onoverdraagbaarheid van vorderingen op grond van een beding van niet-overdraagbaarheid

7.1 Beding van niet-overdraagbaarheid: algemeen

Hoofregel is dat de overdraagbaarheid van goederen niet met goederenrechtelijk effect door een partijafpraak kan worden uitgesloten of beperkt. Bedingen van niet-overdraagbaarheid hebben in beginsel slechts obligatoire werking¹. Met betrekking tot eigendom en beperkte rechten op zaken is deze regel zo goed als absoluut. Dit houdt verband met het gesloten systeem van het goederenrecht. Bij zakelijke rechten is het niet geoorloofd om door beding verder van het algemene type af te wijken dan de wet toelaat.² Een wezenskenmerk van het algemene type is dat het zakelijke recht overdraagbaar is (art. 3:83 lid 1 BW). Bovendien dienen volgens de minister eigendom en beperkte rechten 'in de handel' te blijven en behoren zij derhalve in beginsel zowel voor overdracht als voor uitwinning vatbaar te zijn.³

Overigens bevat de wet uitzonderingen op de regel dat een beding van niet-overdraagbaarheid ten aanzien van zakelijke rechten geen goederenrechtelijke werking heeft. Zo kan bij de vestiging van een erfpachtsrecht in de akte van vestiging worden bepaald dat het erfpachtsrecht niet zonder toestemming van de eigenaar kan worden overgedragen of toebedeeld (art. 5:91 lid 1 BW). Aan het verlenen van de toestemming kunnen voorwaarden worden verbonden.⁴ Voor het zelfstandig opstalrecht geldt op grond van de schakelbepaling van art. 5:104 lid 2 BW hetzelfde. Uit art. 3:175 leden 1 en 2 BW volgt dat in geval van een gemeenschap van een goed (hetgeen een zakelijk recht kan zijn) de bevoegdheid van de deelgenoten om over hun aandeel in de gemeenschap te beschikken bij overeenkomst met goederenrechtelijk effect kan worden beperkt of uitgesloten.⁵ Hier gaat het niet om een beperking van de overdraagbaarheid, maar om een beperking van de beschikkingsbevoegdheid.

In geval van vorderingsrechten geldt blijkens art. 3:83 lid 2 BW een belangrijke uitzondering op het voorgaande. Deze bepaling stipuleert immers dat de overdraagbaarheid van vorderingsrechten door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar kan worden uitgesloten. Bij vorderingsrechten kan een beding van niet-overdraagbaarheid derhalve goederenrechtelijk effect toe-komen.

Het beding van niet-overdraagbaarheid kan reeds bij de totstandkoming van de overeenkomst waaruit de vordering voortvloeit, zijn overeengekomen, is niet aan enige vorm gebonden en kan zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend totstandkomen.⁶ Schuldenaar en schuldeiser kunnen ook nog na het ontstaan van de verbintenis een beding van niet-overdraagbaarheid overeenkomen. Na cessie kan het beding van niet-overdraagbaarheid niet meer door de cedent met de schuldenaar worden overeengekomen. De cedent kan immers geen wijziging meer brengen in de rechten van de cessionaris.⁷ Het beding van niet-overdraagbaarheid kan wel worden overeengekomen tussen cessionaris en schuldenaar.⁸ Een eenmaal overeengekomen beding van niet-overdraagbaarheid kan later bij overeenkomst weer worden opgeheven. Een na het ontstaan van de verbintenis overeengekomen beding van niet-overdraagbaarheid en de opheffing daarvan leveren naar onze mening geen novatie op. Het gevolg is slechts dat de inhoud van de verbintenis wordt gewijzigd zonder dat de verbintenis daardoor haar oorspronkelijke identiteit verliest.⁹

Aangenomen moet worden dat ook met betrekking tot vorderingen die voortvloeien uit de wet een beding van niet-overdraagbaarheid kan worden overeengekomen. De tekst van art. 3:83 lid 2 BW ziet op alle vorderingen ongeacht hun ontstaansbron.¹⁰

Een beding van niet-overdraagbaarheid staat in beginsel alleen aan overdracht van de vordering in de weg. Andere wijzen van overgang onder bijzondere of algemene titel worden door het beding van niet-overdraagbaarheid niet verhinderd¹¹. Zo belet een beding van niet-overdraagbaarheid bijvoorbeeld niet dat een derde geheel of gedeeltelijk subrogeert in het vor-

1 Zie evenwel Asser-Beekhuis 1 (Zakenrecht), Zwolle 1985, nr. 282, in verband met de mogelijkheid dat het beding van niet-overdraagbaarheid in strijd komt met de openbare orde en derhalve nietig is.

2 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 314.

3 Parl. Gesch. Boek 3, p. 315.

4 Zie Zakelijke rechten (Pleysier), aant. 4 bij art. 5:91 en Parl. Gesch. Boek 5, p. 314.

5 Zie ook art. 3:191 BW voor een soortgelijke regeling. Vgl. W.H van Hemel, Beschikken over een aandeel in een gemeenschap, Deventer 1998, p. 309 e.v.

6 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 314 en Wiarda, diss., p. 371.

7 Zie Wiarda, diss., p. 370.

8 Anders J.E. Fesevur, Goederenrechtelijke colleges, 2e druk, Nijmegen 1997, p. 97-98.

9 Anders Wiarda, diss., p. 370 en A.M.C. Makkee, Bedingen tot uitsluiting van cessie, in: E.H. Hondius, C.C. van Dam, Het nieuw BW in perspectief, Uitgaven van het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, deel 14, Zwolle 1990 (hierna: 'Makkee, Bedingen tot uitsluiting van cessie'), p. 10.

10 Aldus Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht, nr. 110.

11 Anders Makkee, Bedingen tot uitsluiting van cessie, p. 10.

deringsrecht¹² of dat een overgang plaatsvindt op grond van contractsoverneming.¹³ Ook sluit het een (privatieve) lastgeving of volmacht ter incasso in beginsel niet uit¹⁴. Dit kan anders zijn, indien het vorderingsrecht op grond van partijafpraak of de aard van de rechtsverhouding waarvan de vordering deel uitmaakt, een hoogstpersoonlijk karakter heeft, zodat het enkel kan worden uitgeoefend door de oorspronkelijke schuldeiser.¹⁵ Overgang van een onoverdraagbare vordering anders dan door overdracht doet het beding van niet-overdraagbaarheid overigens niet vervallen. De verkrijger verkrijgt een vordering die niet voor overdracht vatbaar is.¹⁶

7.2 Dogmatische verklaring voor de absolute werking van het beding van niet-overdraagbaarheid

In de oudere literatuur wordt het goederenrechtelijk effect van een beding van niet-overdraagbaarheid veelal verklaard vanuit de gedachte dat schuldenaar en schuldeiser bij overeenkomst kunnen bepalen dat de schuldenaar zich alleen verbindt tegenover de schuldeiser en niet ook tegenover een van zijn rechtsopvolgers. Partijen kunnen het vorderingsrecht van de schuldeiser een hoogstpersoonlijk karakter geven, zodat de aard van de vordering

12 Zie met betrekking tot subrogatie ex art. 6:150 BW Parl. Gesch. Boek 6, p. 558. Zie voor subrogatie in geval van borgtocht Parl. Gesch. Boek 7, p. 424-425, waar bovendien wordt opgemerkt dat de borg zijn door subrogatie verkregen rechten kan zien afstuiten op de eisen van redelijkheid en billijkheid, indien de borgstelling er geheel of gedeeltelijk toe strekte om het beding van niet-overdraagbaarheid te omzeilen.

13 In geval van contractsoverneming geldt bovendien dat de schuldenaar aan de contractsoverneming zijn medewerking moet verlenen (art. 6:159 lid 1 BW). Het gehele contract gaat over op een derde inclusief de onoverdraagbare vordering en het beding van niet-overdraagbaarheid.

14 In gelijke zin met betrekking tot privatieve lastgeving R.D. Vriesendorp, Verpanding van contractueel onoverdraagbare vorderingen, WPNR 6211 (1996), p. 106 en Beuving, diss., p. 135. In geval van wettelijke onoverdraagbaarheid kan de wet nadere bepalingen bevatten omtrent de vorm en inhoud van de volmacht tot inning. In een aantal gevallen bepaalt de wet dat de volmacht schriftelijk moet worden verleend en/of dat de volmacht herroepelijk is. Zie de art. 121 Ambtenarenwet, 50 lid 2 ZW, 40 lid 2 WW, 26 lid 2 AOW en 24 lid 2 IOAW.

15 Vgl. HR 12 januari 1990, NJ 1990, 766, m.nt. WMK (De Staat/Appels). Zie ook Makkee, Bedingen tot uitsluiting van cessie, p. 12, die opmerkt dat als de persoon van de crediteur onderdeel uitmaakt van de vordering dit niet in de weg staat aan subrogatie op grond van de wet, maar dat dit anders is indien een indeplaatsstelling van de schuldeiser feitelijk onmogelijk is.

16 Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 558.

zich tegen overdracht verzet.¹⁷ Cessie zou immers een verandering van de persoon van de crediteur met zich brengen en daarmee een verandering van de verplichtingen van de debiteur.¹⁸ Volgens Wiarda herleeft hier krachtens uitdrukkelijke partijbedoeling 'de verbintenis, opgevat in den ouden zin van hoogstpersoonlijken band tusschen partijen, noch voor actieven (cessie), noch voor passieven (schuldovername) overgang vatbaar'.¹⁹

Op deze wijze beschouwd, is art. 3:83 lid 2 BW een overbodige bepaling, aangezien reeds uit het eerste lid volgt dat het persoonlijke karakter (de aard) van een vorderingsrecht zich tegen overdracht van de vordering verzet. In deze benadering heeft een beding van niet-overdraagbaarheid bovendien slechts goederenrechtelijk effect, indien het de (geobjectiveerde) bedoeling van partijen is de verbintenis aan te gaan met het oog op de persoon van de schuldeiser. Is dat niet het geval dan kan het beding van niet-overdraagbaarheid alleen obligatoire werking hebben en staat het een rechtsgeldige cessie derhalve niet in de weg.

De recente literatuur en de Hoge Raad lijken daarentegen te aanvaarden dat een beding van niet-overdraagbaarheid ook absolute werking kan hebben zonder dat de verbintenis is aangegaan met het oog op de persoon van de schuldeiser.²⁰ Het enige waar het op aankomt is dat schuldenaar en schuldeiser met het beding goederenrechtelijk effect hebben beoogd.²¹ Voor het huidige recht dient deze opvatting, gezien art. 3:83 lid 2 BW, als juist te worden aanvaard. Schuldenaar en schuldeiser kunnen in het kader van hun vrijheid om de inhoud van de vordering vast te stellen, de vordering de eigen-

17 Zie o.a. Wiarda, diss., p. 365 e.v.; I. van Creveld, Cessie van schuldorderingen, Zwolle 1953 (hierna: 'Van Creveld, Cessie'), p. 25; J. Ph. Suijling, Inleiding tot het Burgerlijk Recht, 2e stuk, 2e gedeelte, 2e druk, Haarlem 1936 (hierna: 'Suijling II'), nr. 492; J. Ph. Suijling, Algemene Beginselen, 3e druk, Haarlem 1948 (hierna: 'Suijling I'), nr. 69; Verpaalen, Preadvies Broederschap Candidaat-Notarissen, p. 10-11. Vgl. ook Makkee, Bedingen tot uitsluiting van cessie, p. 7 e.v.

18 Zie Suijling II, nr. 492.

19 Wiarda, diss., p. 367.

20 Zie o.a. Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht, nr. 110; Asser-Mijnssen-De Haan, nr. 255; Snijders/Rank-Berenschot, Goederenrecht, nr. 311; Mon. Nieuw BW B-6a (Brahn/Reehuis), nr. 15; W.R. Meijer, De overdraagbaarheid van vorderingen, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), Op recht (Struycken-bundel), Zwolle 1996, p. 205 e.v.; H.C.F. Schoordijk, Vermogensrecht in het algemeen, Deventer 1986, p. 251; F.H.J. Mijnssen en G.H.A. Schut, Bezit, levering en overdracht, 3e druk, Zwolle 1991, p. 43 en p. 135. Zie verder HR 29 januari 1993, NJ 1994, 171, m.nt. PvS (Van Schaik q.q./ ABN-AMRO).

21 Indien is overeengekomen dat de schuldenaar een boete verbeurt als de cedent in strijd met het beding van niet-overdraagbaarheid cedeert, dan is dit een aanwijzing dat enkel obligatoire werking is beoogd.

schap van onoverdraagbaarheid toekennen. Art. 3:83 lid 2 BW biedt daarvoor de wettelijke grondslag.²²

Naar Duits recht is het mogelijk dat door schuldenaar en schuldeiser alleen de vatbaarheid voor verpanding wordt uitgesloten, of dat verpanding alleen mogelijk is indien een bepaalde vorm wordt gehanteerd of indien het pandrecht aan bepaalde inhoudelijke eisen voldoet.²³ Wij zijn van mening dat dezelfde mogelijkheden in het Nederlandse recht bestaan. Uit de schakelbepaling van art. 3:98 BW volgt dat partijen kunnen overeenkomen dat de vordering wel overdraagbaar is, maar niet vatbaar voor verpanding of voor de vestiging van een recht van vruchtgebruik. Art. 3:83 lid 2 juncto 98 BW de-rogereert aan het uitgangspunt van de artikelen 3:81 lid 1 en 3:228 BW, dat overdraagbare vorderingen voor verpanding en de vestiging van een recht van vruchtgebruik vatbaar zijn. De verpandbaarheid van de vordering kan, evenals de overdraagbaarheid, geclausuleerd zijn (zie hierna § 7.6).

Het beding daarentegen dat de vordering niet vatbaar zal zijn voor beslag is naar onze mening in strijd met de wet en op die grond nietig. Art. 3:276 BW bepaalt immers dat een schuldenaar met zijn gehele vermogen verhaalsaansprakelijk is voor zijn schulden.²⁴ Het staat een schuldenaar en schuldeiser van een vorderingsrecht derhalve niet vrij het vorderingsrecht te onttrekken aan het verhaalsaansprakelijke vermogen van de schuldeiser door overeen te komen dat het niet vatbaar is voor beslag.²⁵ Naar Belgisch recht is een dergelijk beding rechtsgeldig en kan het worden tegengeworpen aan schuldeisers. Schuldeisers zullen de vordering moeten nemen zoals zij haar in het vermogen van hun debiteur hebben aangetroffen.²⁶

22 Anders Makkee, *Bedingen tot uitsluiting van cessie*, p. 9-10, die van mening is dat art. 3:83 lid 2 BW enkel bevestigt dat partijen een hoogstpersoonlijke vordering in het leven kunnen roepen. Zoals gezegd, is art. 3:83 lid 2 BW in deze benadering een overbodige bepaling naast het bepaalde in lid 1.

23 Münchener Kommentar (Damrau), § 1274 RdNr. 14. Anders Münchener Kommentar (Roth), § 400 RdNr. 2, die een beding van niet-verpanding voor ongeldig houdt.

24 Dit is slechts anders voor zover de wet of een overeenkomst (tussen schuldenaar en schuldeiser) anders bepaalt.

25 In gelijke zin T.H.D. Struycken, *De aanspraken van de pandgever en de pandhouder op het geïnde*, in: B.W.M. Nieskens-Ispording e.a. (red.), *Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid*, Deventer 1997, p. 144.

26 Zie E. Dirix, *Beslag, verpanding en cessie tot zekerheid van schuldvorderingen in België*, in: B.W.M. Nieskens-Ispording e.a. (red.), *Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid*, Deventer 1997, p. 122.

7.3 Motieven voor een beding van niet-overdraagbaarheid en de wenselijkheid van de absolute werking; uitleg

Er zijn verschillende redenen waarom de debitor cessus een beding van niet-overdraagbaarheid in de onderliggende overeenkomst wil opnemen. De debiteur wil bijvoorbeeld vermijden dat hij een administratie dient op te zetten, teneinde vast te stellen aan wie hij bij meervoudige of partiële cessies dient te betalen. De debiteur kan zich tegen het risico willen indekken dat hij een mededeling van cessie over het hoofd ziet en een tweede keer moet betalen aan de cessionaris. De debiteur wil ervan verzekerd zijn dat verweermiddelen en verrekeningsmogelijkheden intact blijven.²⁷ Hij kan de vrees hebben dat de cedent minder gemotiveerd is om zijn eigen verplichtingen uit hoofde van de onderliggende overeenkomst na te komen, nu de tegenprestatie hiervoor toch naar een ander (de cessionaris) gaat.²⁸ De debiteur wil zich wapenen tegen een nieuwe crediteur, die minder flexibel is dan de oorspronkelijke crediteur.²⁹

Hiertegenover staat dat de onoverdraagbaarheid van de vordering een ernstige belemmering vormt voor 'receivables financing'. Kötz komt dan ook tot de conclusie dat, mede gezien de ruime mate van tegenwerpelijheid van verweermiddelen die door de meeste rechtssystemen wordt toegekend, de voorkeur gegeven moet worden aan de onbeperkte en onbeperkbare overdraagbaarheid van contractuele vorderingen die het handelsverkeer vereist. De kosten die het verwerken van mededelingen van cessie en het voorkomen van administratieve vergissingen met zich brengt, behoren tot de normale kosten van bedrijfsvoering en mogen volgens Kötz geen reden zijn voor beperking van de overdraagbaarheid van vorderingen.³⁰

Het belang dat een onderneming heeft bij de vrije overdraagbaarheid van haar vorderingenportefeuilles, roept de vraag op naar de wenselijkheid van de goederenrechtelijke werking die een beding van niet-overdraagbaarheid naar Nederlands recht heeft. De mogelijkheden om de waarde die in een vordering is belichaamd liquide te maken, kunnen als gevolg van het beding van niet-overdraagbaarheid drastisch beperkt zijn. Het is immers niet mogelijk de vorderingen in het kader van bijvoorbeeld factoring, securitisation of een andersoortige (financierings)transactie op basis van vorderingen over te

27 Kötz, *International Encyclopedia*, nr. 73; Oditah, *Legal Aspects*, p. 260.

28 Kötz, *International Encyclopedia*, nr. 73.

29 Oditah, *Legal Aspects*, p. 260.

30 Kötz, *International Encyclopedia*, nr. 78.

dragen. Een beding van niet-overdraagbaarheid heeft bovendien tot gevolg, althans zo lijkt uit de artikelen 3:81 lid 1 en 3:228 BW te moeten worden opgemaakt, dat de vordering tevens niet vatbaar is voor verpanding (zie hierna § 7.5).³¹

Uit § 399 van het Duitse BGB blijkt dat een beding van niet-overdraagbaarheid naar Duits recht absolute werking heeft.³² De opstellers van het Duitse BGB waren aanvankelijk tegen de absolute werking van een contractueel beding van niet-overdraagbaarheid. Later is men teruggekomen op dit standpunt, vanwege het belang bij onoverdraagbaarheid van debiteuren als verzekeraars, vervoerders (transportbewijzen) en banken (spaarbankboekjes e.d.). Hierbij heeft men zich waarschijnlijk niet gerealiseerd welke nadelige gevolgen een absoluut werkend beding voor financiering op basis van vorderingen zou hebben.³³ In een beslissing uit 1968 stelde een cedent dat een beding van niet-overdraagbaarheid in strijd met de openbare orde was, omdat het aannemers onmogelijk zou maken financiering te verkrijgen voor de aankoop van bouwmaterialen. Het BGH realiseerde zich de nadelige gevolgen van een absoluut werkend beding van niet-overdraagbaarheid voor financiering op basis van vorderingen, beschouwde evenwel het belang van de debitor cessus zich te kunnen beschermen tegen meervoudige cessies van evengroot gewicht en oordeelde het beding van niet-overdraagbaarheid geldig.³⁴ Niettemin is in de literatuur verdedigd dat gezien het grote commerciële belang van vrij overdraagbare vorderingen en de enorme groei van financiering op basis van vorderingen, § 399 BGB restrictief geïnterpreteerd dient te worden of tot wetswijziging dient te worden overgegaan.³⁵ Een dergelijke wetswijziging is er gekomen, niet in het Bürgerliches Gesetzbuch maar in het Handelsgesetzbuch. § 354a HGB bepaalt dat wanneer de cessie van een geldvordering op grond van § 399 BGB is uitgesloten, toch overdracht van de vordering plaatsvindt indien de onderliggende overeenkomst voor beide partijen een 'Handelsgeschäft' (§ 343 HGB) is. Niettemin kan de debitor cessus aan de cedent blijven betalen.³⁶ Bovendien is het mogelijk dat in bepaalde gevallen aan het beding van niet-overdraagbaarheid de werking ontzegd wordt, omdat de debitor cessus hier geen redelijk belang bij heeft. Hiervoor kunnen twee wegen gevolgd worden: een redelijke uitleg van het beding of het leerstuk van misbruik van recht (§ 242 BGB).³⁷

In de Franse literatuur wordt niet veel aandacht besteed aan het beding van niet-over-

31 Alleen zuiver obligatoire constructies zouden mogelijk zijn, waarbij kan worden gedacht aan een subparticipatie, een figuur waarbij het economische belang bij een vorderingenportefeuille geheel of gedeeltelijk wordt overgenomen door een of meer investeerders.

32 Staudinger (Kaduk), Rz 63.

33 Kötz, International Encyclopedia, nr. 76.

34 BGH 28 november 1968, BGHZ 51, 113. Zie Kötz, International Encyclopedia, nr. 76. Zie ook Staudinger (Kaduk), Rz 63, met verdere verwijzingen.

35 Kötz, International Encyclopedia, nr. 76.

36 § 354a HGB zegt met zoveel woorden dat van deze bepaling niet kan worden afgeweken. De bepaling geldt ook indien de onderliggende overeenkomst geen Handelsgeschäft is, maar de debitor cessus een publiekrechtelijke rechtspersoon is.

37 Münchener Kommentar (Roth), § 399 Rdnr. 31.

draagbaarheid. De weinige auteurs die zich hierover hebben uitgelaten houden het beding van niet-overdraagbaarheid voor ongeldig.³⁸ De reden hiervoor zou wel eens kunnen zijn de sinds de Franse revolutie bestaande afkeer tegen de onoverdraagbaarheid van goederen in het algemeen.³⁹ Naar Belgisch recht wordt algemeen aangenomen dat de cessie van vorderingen ten aanzien waarvan onoverdraagbaarheid is bedongen, vanwege de inhoud van de vordering niet tot overdracht leidt.⁴⁰

Het is niet duidelijk of naar Engels recht een beding van niet-overdraagbaarheid absoluut effect heeft.⁴¹ De analyse van Oditah is dat een beding van niet-overdraagbaarheid niet verhindert dat de cessionaris de vordering verwerft. Het 'eigendomsrecht' van de vordering kan evenwel niet uitgeoefend worden jegens de debitor cessus: '[t]he assignee gets a valid but unenforceable property right in the debt'.⁴² Uit na het boek van Oditah gepubliceerde rechtspraak lijkt evenwel voort te vloeien dat een beding van niet-overdraagbaarheid overdracht van de 'chose in action' verhindert. Zie de 'leading case' *Linden Gordens Trust Ltd v. Lenesta Sludge Disposals Ltd* [1994] 1 A.C.85. Zie verder Chitty, 20-042.

In de Amerikaanse Uniform Commercial Code (§ 2-210(2) en § 9-318(4)) wordt de absolute werking van bedingen van niet-overdraagbaarheid ernstig beperkt, vooral voor zover het gaat om de cessie van vorderingsrechten uit hoofde van koopovereenkomsten, overeenkomsten van aanneming van werk, lease-overeenkomsten e.d.⁴³

Art. 10(1) van het UNCITRAL-ontwerp bepaalt dat tussen de cedent en debitor cessus overeengekomen beperkingen in de overdraagbaarheid van de vordering de overdracht daarvan niet verhinderen. Men vindt dat iedereen beter af is wanneer men de transactiekosten zou reduceren die gepaard zouden gaan met een onderzoek van de onderliggende contracten op bedingen van niet-overdraagbaarheid, dan dat men de debitor cessus zou beschermen tegen de verplichting te betalen aan een ander dan zijn wederpartij. In gelijke zin luidt art. 6 lid 1 van het factoringverdrag.

Naar onze mening is het ook naar Nederlands recht onder omstandigheden mogelijk recht te doen aan zowel de belangen van de schuldenaar bij het beding van niet-overdraagbaarheid, als aan de belangen die de schuldeiser heeft bij de overdraagbaarheid van de vordering. De motieven van partijen om het beding op te nemen in hun overeenkomst kunnen een belangrijke rol spelen bij de uitleg van het beding. Uit deze motieven kan blijken dat het beding van niet-overdraagbaarheid een beperktere strekking toekomt dan het naar zijn bewoordingen heeft. Na uitleg kan blijken dat het slechts tot

38 Kötz, International Encyclopedia, nr. 74.

39 Kötz, International Encyclopedia, nr. 74.

40 Zie Overdracht en inpandgeving van schuldvorderingen (Verbeke), nr. 116.

41 Oditah, Legal Aspects, p. 259-262.

42 Oditah, Legal Aspects, p. 262.

43 Zie uitvoerig Kötz, International Encyclopedia, nr. 78.

doel heeft om vast te stellen dat de schuldenaar zijn schuld te allen tijde kan voldoen aan de oorspronkelijke schuldeiser of dat de schuldenaar zijn schuld te allen tijde kan verrekenen met een tegenvordering op de oorspronkelijke schuldeiser. In een dergelijke uitleg staat het beding van niet-overdraagbaarheid niet aan overdracht of verpanding in de weg. De vordering is overdraagbaar, zij het dat tot de inhoud van de vordering behoort dat de schuldenaar bevrijdend kan betalen aan zijn oorspronkelijke schuldeiser en/of te allen tijde een tegenvordering op deze in verrekening kan brengen met zijn schuld. Aan het beding wordt een uitleg gegeven die beantwoordt aan de motieven voor het overeenkomen daarvan. Wel zou men als regel kunnen hanteren dat een beding van niet-overdraagbaarheid in beginsel wordt vermoed de overdraagbaarheid van de vordering uit te sluiten, tenzij de schuldeiser aantoont dat het beding een beperktere strekking toekomt. Hij zou daarbij kunnen wijzen op de motieven voor het opnemen van het beding in de overeenkomst met de schuldenaar.

7.4 Beding van niet-overdraagbaarheid en beslag

Een beding van niet-overdraagbaarheid staat niet in de weg aan beslag op de vordering. Art. 475a lid 1 Rv bepaalt weliswaar dat het beslag zich niet uitstrekt tot vorderingen die recht geven op een naar haar aard niet voor beslag vatbare prestatie, maar het feit dat de vordering niet overdraagbaar is wil nog niet zeggen dat dus ook de aard van de prestatie zich tegen beslag verzet. Indien het een verbintenis om te geven betreft, zoals de betaling van een geldsom, kan deze prestatie ook aan de beslaglegger worden voldaan, zodat deze zich daarop kan verhalen.⁴⁴ Het beding van niet-overdraagbaarheid verhindert derhalve niet dat een ander dan de schuldeiser (de beslaglegger) de vordering kan innen. Inning door een beslaglegger is alleen dan niet mogelijk, indien de vordering recht geeft op een prestatie die naar haar aard enkel jegens de schuldeiser kan worden verricht en op die grond een hoogst-persoonlijk karakter heeft (zoals het schilderen van een portret). Een beding

⁴⁴ In deze zin Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 161 en Parl. Gesch. Boek 3, p. 314. Zie ook HR 5 november 1993, NJ 1994, 640, m.nt. HJS (Ontvanger/Bartering BV). Onder het oude recht werd hetzelfde aangenomen. Zie Van Creveld, Cessie, p. 23; Suijling II, nr. 492 (in enigszins andere zin echter J. Ph. Suijling, Inleiding tot het Burgerlijk Recht, 5e stuk, Zakenrecht, Haarlem 1940 (hierna: 'Suijling V'), nr. 76 en Suijling I, nr. 69); Verpaalen, Preadvies Broederschap Candidaat-Notarissen, p. 12; Köster, Preadvies Broederschap Candidaat-Notarissen, p. 76-77 en Wiarda, diss., p. 365.

van niet-overdraagbaarheid staat ook niet in de weg aan inning van een vordering door een faillissementscurator.⁴⁵

Het beding van niet-overdraagbaarheid staat wel in de weg aan executoriale verkoop en levering door de beslaglegger. Dit volgt uit het arrest Ontvanger/Bartering BV (HR 5 november 1993, NJ 1994, 640, r.o. 3.5). De beslaglegger kan niet meer rechten geldend maken dan de beslagene toekomen. Hij kan de vordering derhalve niet executoriaal verkopen en leveren. De verhaalsbelangen van de schuldeiser blijven volgens de Hoge Raad echter niet onbeschermd. De beslaglegger kan, voor zover hij door het beding van niet-overdraagbaarheid in zijn verhaalsmogelijkheden wordt benadeeld, met een beroep op de actio pauliana het beding van niet-overdraagbaarheid vernietigen, mits ook aan de overige vereisten van de pauliana is voldaan. Na vernietiging kan de beslagen vordering executoriaal worden verkocht en geleverd.

De beslaglegger kan bij executoriale verkoop een reëel belang hebben. In geval van nog niet opeisbare of in termijnen betaalbare vorderingen, die bovendien een (relatief) lange looptijd hebben, kan de vordering door middel van executoriale verkoop aanstonds liquide worden gemaakt. Vaak zal executoriale verkoop geen reële optie zijn en kan executie alleen effectief geschieden door middel van inning van de vordering, maar dit hoeft niet altijd zo te zijn. Voor bepaalde typen van vorderingen bestaat een secundaire markt waarin zij verhandeld kunnen worden. Denk bijvoorbeeld aan hypothecaire vorderingen die door banken en verzekeringsmaatschappijen worden verkocht aan pensioenfondsen, en aan handelsvorderingen die bij wijze van executoriale verkoop aan een factormaatschappij of een bank kunnen worden verkocht. Executie door middel van verkoop is derhalve geenszins ondenkbaar. Onder omstandigheden kan een beding van niet-overdraagbaarheid een beslaglegger aanmerkelijk beperken in zijn verhaalsmogelijkheden. Wij vragen ons dan ook af of het gerechtvaardigd is dat een beding van niet-overdraagbaarheid de beslaglegger zonder meer (behoudens derdenbescherming) kan worden tegengeworpen. Het is de vraag of de belangen van een beslaglegger voldoende gewaarborgd worden met de actio pauliana. Met name aan het vereiste van wetenschap van benadeling zal niet snel zijn voldaan. Het is onzes inziens goed verdedigbaar dat het beding van niet-overdraagbaarheid in strijd is met de wet voor zover het tevens een overdracht in het kader van een executoriale verkoop uitsluit. Men zou een partiële nietigheid kunnen aannemen vanwege strijd met art. 3:276 BW (vgl. art. 3:40 lid 2 BW).

7.5 Beding van niet-overdraagbaarheid en verpanding

7.5.1 Algemeen

In art. 3:228 BW wordt bepaald dat slechts goederen die voor overdracht vatbaar zijn, kunnen worden bezwaard met een recht van pand of hypo-

⁴⁵ Parl. Gesch. Boek 3, p. 314.

theek. Art. 3:81 lid 1 BW bepaalt in het algemeen dat alleen op zelfstandige en overdraagbare rechten de in de wet genoemde beperkte rechten kunnen worden gevestigd. Hetzelfde kan worden afgeleid uit de schakelbepaling van art. 3:98 BW. Uit deze bepalingen lijkt derhalve te volgen dat een onoverdraagbare vordering niet vatbaar is voor verpanding. Voor vorderingsrechten geldt dat het meestal belangrijke vermogensbestanddelen van een onderneming zijn waarop schuldeisers verhaal kunnen nemen. Indien men op grond van de wet (art. 3:81 lid 1, 3:228 en 3:98 BW) zonder meer aanvaardt dat een beding van niet-overdraagbaarheid aan verpanding in de weg staat, kan dit een onderneming onnodig belemmeren in het aangaan van allerlei financiële transacties die dienstig kunnen zijn aan die onderneming. Met Vriesendorp zijn wij van mening dat een beding van niet-overdraagbaarheid naar huidig recht niet aan een rechtsgeldige verpanding in de weg staat.⁴⁶

Naar Duits recht kan een niet-overdraagbaar recht niet verpand worden (§1274(2) BGB). Dit geldt ook voor vorderingsrechten die door partijen zelf onoverdraagbaar zijn gemaakt.⁴⁷

7.5.2 *Relativering van de regel dat alleen overdraagbare goederen vatbaar zijn voor bezwaring met beperkte rechten*

De gedachte achter de regel dat alleen overdraagbare goederen kunnen worden bezwaard met beperkte rechten blijkt uit de toelichting Meijers. De vestiging van een beperkt recht zou moeten worden beschouwd als een 'beschikken over een gedeelte van de bevoegdheden, die aan hem, die het recht vestigt, toekomen'. Derhalve zou voor de vestiging van een beperkt recht vereist zijn dat het moederrecht overdraagbaar is.⁴⁸ Men dient zich te realiseren dat de voorstelling van de vestiging van een beperkt recht als een overdracht van bepaalde bevoegdheden uit het moederrecht slechts een beeldspraak is om inzichtelijk te maken hoe de vestiging van een beperkt recht in haar werk gaat. Het voert te ver om aan deze beeldspraak allerlei rechtsgevolgen te verbinden, waaronder de algemene regel dat een niet overdraagbaar goed niet vatbaar is voor de vestiging van een beperkt recht. Veel- eer dient te worden aangenomen dat in veel gevallen uit de aard en de inhoud van een onoverdraagbaar recht voortvloeit dat het niet kan worden

bezwaard met bepaalde beperkte rechten. Zo kan het hoogstpersoonlijke karakter van een recht zich verzetten tegen de vestiging van een beperkt recht. De rechten van gebruik en bewoning (art. 3:226 BW) kunnen vanwege hun persoonlijke karakter niet worden bezwaard met een hypotheekrecht of een recht van vruchtgebruik. Deze rechten kunnen niet toekomen aan en worden uitgeoefend door anderen dan de oorspronkelijke rechthebbenden. Indien het mede gezien de aard en inhoud van het moederrecht op voorhand zeker is dat de bevoegdheden die aan een beperkt recht verbonden zijn, niet (op een zinvolle wijze) kunnen worden uitgeoefend, dan komt er in het geheel geen beperkt recht tot stand. Wij zouden de regel dat alleen overdraagbare goederen kunnen worden bezwaard met beperkte rechten niet onverkort willen toepassen. Van geval tot geval moet worden beoordeeld of de inhoud van een bepaald vermogensrecht in de weg staat aan de vestiging van een beperkt recht. Zoals hierna zal blijken, staat de aard en inhoud van een krachtens beding onoverdraagbare vordering over het algemeen niet aan een verpanding in de weg.

Onoverdraagbaarheid en het niet vatbaar zijn voor de vestiging van beperkte rechten zullen veelal hand in hand gaan, maar noodzakelijk is dat niet. Dit laatste blijkt reeds uit de wet zelf. Bij de vestiging van een erfpachtsrecht kan worden bedongen dat het slechts kan worden overgedragen met toestemming van de eigenaar. Volgens art. 5:91 lid 1 BW staat een dergelijk beding echter niet aan executie door schuldeisers in de weg. Een overdracht van het erfpachtsrecht zonder toestemming van de eigenaar is dus mogelijk in het kader van een executoriale verkoop.⁴⁹ Volgens de toelichting moet het belang van de grondeigenaar om de overdracht van het erfpachtsrecht afhankelijk te doen zijn van zijn toestemming, wijken voor het 'meer algemene belang dat niet door middel van een beding als hier bedoeld een belangrijk vermogensbestanddeel als een recht van erfpacht kan zijn, vrijwel aan verhaal door de schuldeisers van de erfpachter zou kunnen worden onttrokken'. De toelichting gaat nog een stap verder en stelt dat niettegenstaande het beding dat het erfpachtsrecht slechts met toestemming van de grondeigenaar overdraagbaar is, de mogelijkheid om het erfpachtsrecht te bezwaren met beperkte rechten *in zijn algemeenheid* ten volle blijft bestaan, waarbij met name zou moeten worden gedacht aan de rechten van hypotheek en vruchtgebruik.⁵⁰ De toelichting gaat derhalve voorbij aan de wettelijke regeling dat alleen overdraagbare goederen vatbaar zijn voor bezwaring met beperkte rechten. Dezelfde regeling geldt voor het zelfstandig opstalrecht (zie art. 5:104 lid 2 BW).

46 Zie R.D. Vriesendorp, WPNR 6211 (1996), p. 105 e.v. Vgl. ook W. Snijders, WPNR 6366 (1999), p. 584.

47 Münchener Kommentar (Damrau), § 1274 RdNr. 14.

48 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 309 en p. 404.

49 Wel geldt dat de executiekoper een erfpachtsrecht verkrijgt dat slechts beperkt overdraagbaar is, namelijk slechts met toestemming van de grondeigenaar. Aldus Parl. Gesch. Boek 5, p. 313.

50 Parl. Gesch. Boek 5, p. 313.

7.5.3 *De aard en inhoud van een onoverdraagbare vordering behoeft niet aan verpanding in de weg te staan*

Met betrekking tot pand- en hypotheekrecht kan worden aangevoerd dat deze rechten niet kunnen worden gevestigd op onoverdraagbare goederen, omdat op voorhand vaststaat dat deze goederen niet kunnen worden uitgewonnen. Uitwinning van een goed geschiedt immers over het algemeen door middel van executoriale verkoop. De aard van het recht, namelijk de eigenschap dat het onoverdraagbaar is, staat aan overdracht in het kader van executoriale verkoop en daarmee aan bezwaring met pand of hypotheek in de weg. De uitwinning van een vorderingsrecht geschiedt daarentegen vrijwel altijd door middel van inning. In geval van vorderingen die niet of nauwelijks verhandelbaar zijn, is inning de facto zelfs de enige zinvolle wijze van uitwinning. Hiervoor is gebleken dat het feit dat de vordering onoverdraagbaar is, zich niet tegen inning door een ander dan de schuldeiser verzet. Onoverdraagbare vorderingen zijn in beginsel immers vatbaar voor beslag. De aard van een onoverdraagbare vordering staat derhalve niet aan een rechtsgeldige verpanding in de weg. Dit is alleen anders indien uit de aard van de rechtsverhouding tussen schuldenaar en schuldeiser volgt dat de vordering alleen kan worden uitgeoefend door de oorspronkelijke schuldeiser⁵¹ of indien de aard van de *prestatie* met zich brengt dat deze enkel (op een zinvolle wijze) kan worden verricht jegens de schuldeiser en niet jegens een derde.⁵² Bij vorderingen tot betaling van een geldsom zal dit laatste zich niet snel voordoen.

Een pandrecht op een onoverdraagbare vordering is niet vreemd aan het wettelijk systeem. Uit de wet zelf blijkt dat onoverdraagbare vorderingen bezwaard kunnen zijn met een pandrecht. Op de eerste plaats kan worden gedacht aan het wettelijk pandrecht van art. 3:259 BW. Indien onoverdraagbare vorderingen het voorwerp zijn van een certificering, kunnen de certificaathouders, indien aan bepaalde vereisten is voldaan, een gezamenlijk pandrecht verkrijgen op deze vorderingen (zie art. 3:259 lid 2 BW). Het feit dat de vorderingen niet overdraagbaar zijn, verhindert de totstandkoming van het wettelijk pandrecht niet. Het pandrecht van art. 3:259 lid 2 BW komt immers niet tot stand door vestiging, maar ontstaat op grond van de wet. Art. 3:259 lid 2 BW stelt niet als vereiste voor het ontstaan van het pandrecht dat de vorderingen overdraagbaar zijn. Ook uit art. 3:229 BW volgt dat op een onoverdraagbare vordering een pandrecht kan rusten. Het is niet ondenkbaar dat bijvoorbeeld de vordering op de schadeverzekeraar die in de plaats treedt van het verbonden goed, krachtens de polisvoorwaarden niet vatbaar is voor overdracht.

51 Men denke bijvoorbeeld aan het geval dat aan de orde was in HR 12 januari 1990, NJ 1990, 766, m.nt. WMK (De Staat/Appels).

52 In dat geval is ook beslag niet mogelijk (art. 475a lid 1 Rv).

7.5.4 *Vergelijking tussen beslag op en verpanding van een onoverdraagbare vordering*

Indien men aanvaardt dat een beding van niet-overdraagbaarheid niet verhindert dat de vordering wordt beslagen en dat de beslaglegger de vordering kan innen, dan valt niet in te zien waarom deze inningsbevoegdheid niet ook zou kunnen toekomen aan een pandhouder. In de literatuur wordt erop gewezen dat de regel dat een onoverdraagbare vordering wel vatbaar is voor beslag maar niet voor verpanding, zijn rechtvaardiging vindt in het feit dat beslaglegging niet, zoals de vestiging van een pandrecht, kan worden opgevat als een kwalitatieve overdracht van bepaalde bevoegdheden uit het hoofdrecht.⁵³ Naar onze mening rechtvaardigt dit verschil niet de zienswijze dat beslag op onoverdraagbare vorderingen wel mogelijk is, maar verpanding niet. Zo rigide is ons recht niet. Ook het rechtskarakter van een beslag leidt niet tot die conclusie. Het enige verschil tussen verhaal op een vordering door middel van inning krachtens (executoriaal) beslag en verhaal krachtens pandrecht, is dat bij inning op grond van een (openbaar) pandrecht de pandhouder met voorrang uit het geïnde wordt voldaan en hij bovendien separatist is. Dit verschil in rechtsgevolg zou naar onze mening echter geen rol mogen spelen bij de vraag of een onoverdraagbare vordering vatbaar is voor verpanding.

Wel is er een ander belangrijk verschil tussen verpanding en beslag. Verpanding is in ruimere mate mogelijk dan beslag. Voor een rechtsgeldige verpanding is immers niet vereist dat de vordering waarvoor het pandrecht wordt gevestigd, reeds bestaat (zie art. 3:231 BW). Beslag daarentegen is alleen mogelijk indien de beslaglegger een vordering op de beslagene heeft. Verdedigbaar is dat in geval van een openbare verpanding van een onoverdraagbare vordering de inningsbevoegdheid van de pandhouder de schuldenaar van de onoverdraagbare vordering pas kan worden tegengeworpen vanaf het moment dat de vordering ook vatbaar is voor beslag.

7.5.5 *Conclusie*

Onze conclusie is dat een beding van niet-overdraagbaarheid naar huidig recht niet aan een rechtsgeldige verpanding van de onoverdraagbare vordering in de weg staat. De pandhouder kan de verpande vordering in ieder geval innen, maar (waarschijnlijk) niet executoriaal verkopen en leveren. Wel moet naar onze mening worden aangenomen dat een verpanding van een krachtens beding onoverdraagbare vordering niet mogelijk is, indien met het beding is beoogd niet alleen de overdraagbaarheid uit te sluiten maar

53 Zie bijvoorbeeld Beuving, diss., p. 134-135.

ook de vatbaarheid voor pandrecht. Uit het feit dat de overdraagbaarheid van een vordering door partijen is uitgesloten, vloeit naar onze mening niet zonder meer voort dat partijen ook beoogd hebben de vatbaarheid voor verpanding uit te sluiten. Partijen dienen dit uitdrukkelijk bepaald te hebben of door uitleg dient te worden vastgesteld dat zij dit hebben beoogd.

7.6 Geclausuleerde bedingen van niet-overdraagbaarheid

Art. 3:83 lid 2 BW ziet gezien de tekst van de bepaling alleen op de mogelijkheid een vordering ongeclausuleerd onoverdraagbaar te maken. De vraag rijst of ook een geclausuleerd beding van niet-overdraagbaarheid mogelijk is. Naar onze mening staat daaraan niets in de weg. Wanneer al gehele onoverdraagbaarheid overeengekomen kan worden, is het a fortiori mogelijk de overdraagbaarheid van een vordering van voorwaarden afhankelijk te stellen.⁵⁴ Het is derhalve mogelijk de overdraagbaarheid van een vordering afhankelijk te stellen van de toestemming van de schuldenaar of van een derde. De bepaling in een levensverzekeringsspolis die de overdraagbaarheid van de rechten uit de polis slechts mogelijk maakt met toestemming van de verzekeringsmaatschappij, is dan ook volkomen rechtsgeldig. Het beding van niet-overdraagbaarheid kan verder worden onderworpen aan een opschortende of ontbindende tijdsbepaling of voorwaarde, zodat de vordering slechts tijdelijk of voorwaardelijk (on)overdraagbaar is. Ook kan worden bedongen dat het vorderingsrecht slechts kan worden overgedragen aan bepaalde met naam genoemde personen of dat de beoogde rechtsopvolgers voldoen aan zekere kwalitatieve vereisten (zoals nationaliteit, kredietwaardigheid, de kwalificatie als 'professionele marktpartij' etc.).

In geval van beleggingsfondsen komt het voor dat de overdraagbaarheid van participaties wordt beperkt, zodat het beleggingsfonds niet onderworpen is aan de heffing van vennootschapsbelasting. De participaties mogen dan gelet op het bepaalde in art. 2, tweede lid Wet op de vennootschapsbelasting 1969 niet vrijelijk worden vervreemd behoudens aan het fonds zelve of aan bloed- en aanverwanten in rechte linie; aan anderen dan deze mogen de participaties slechts worden vervreemd met toestemming van alle participanten. Indien de participaties in het beleggingsfonds kunnen worden aangemerkt als vorderingsrechten op naam, komen de beperkingen van de overdraagbaarheid neer op geclausuleerde bedingen van niet-overdraagbaarheid. Of deze bedingen

⁵⁴ Vgl. ook HR 30 oktober 1959, NJ 1960, 158 (Bakker/Olveh), waaruit blijkt dat de Hoge Raad goederenrechtelijke werking toekent aan het beding in een levensverzekeringsovereenkomst inhoudende dat voor een overdracht van de rechten uit de verzekering is vereist dat door cedent en cessionaris tezamen mededeling wordt gedaan van de overdracht aan de directie van de verzekeringsmaatschappij.

van niet-overdraagbaarheid goederenrechtelijke werking hebben, zal afhangen van de uitleg van de fondsvoorwaarden. Ook kan worden gedacht aan financieringsmaatschappijen die, teneinde niet als een kredietinstelling in de zin van art. 1 lid 1 sub a Wtk 1992 te worden aangemerkt, geldleningen aantrekken van professionele geldgevers waarbij wordt bedongen dat de geldgever zijn vordering niet kan overdragen aan een niet-professionele marktpartij.⁵⁵ Zelfs is niet uitgesloten dat de overdraagbaarheid afhankelijk wordt gesteld van de vervulling van bepaalde vormvoorschriften, zoals de aantekening van de cessie op een polis of een andersoortige registratie van de cessie (bijv. een door een beleggingsfonds gehouden register van beleggers). De facto kan hierdoor een resultaat worden bereikt als ware er sprake van een verzwaring van de leveringsvoorschriften. In juridisch opzicht is daarvan echter geen sprake. De levering is voltooid zodra aan de vereisten van art. 3:94 BW is voldaan. De levering sorteert evenwel pas effect indien de voorwaarden voor overdraagbaarheid zijn vervuld. Indien eerst na de levering aan de vereisten voor overdraagbaarheid (toestemming, aantekening of registratie) wordt voldaan, vindt er een bekrachtiging van de cessie plaats op grond van art. 3:58 BW.

Kan worden bedongen dat de vordering gedeeltelijk onoverdraagbaar is of dat zij slechts overdraagbaar is, indien zij in haar geheel wordt overgedragen? Naar onze mening zijn beide bevindingen mogelijk. In het eerste geval kan de vordering alleen partieel worden gecedeerd, in het tweede geval is partiële cessie juist uitgesloten. Een beding dat partiële cessie uitsluit, kan inhouden dat alleen splitsing van de vordering niet mogelijk is, maar dat wel door middel van cessie een gemeenschap van het vorderingsrecht kan worden gecreëerd, doordat de cedent een aandeel in de vordering overdraagt aan een derde.

Ook naar Duits recht is het mogelijk dat beperkte onoverdraagbaarheid wordt overeengekomen, in die zin dat de vordering slechts onder bepaalde voorwaarden overdraagbaar is. Tevens kan uitsluitend een partiële cessie uitgesloten zijn: de vordering kan alleen in haar geheel overgedragen worden.⁵⁶

Een beding dat de vordering gedeeltelijk onoverdraagbaar maakt, heeft onzes inziens alleen goederenrechtelijke werking indien de omvang van het onoverdraagbare gedeelte op grond van het beding bepaalbaar is. In geval van geldvorderingen is daarvoor niet vereist dat er een specifiek bedrag wordt genoemd, maar wel dat het beding verwijst naar objectieve gegevens aan de hand waarvan de omvang van het onoverdraagbare gedeelte van de vordering kan worden bepaald. Uit het bepaaldheidsvereiste vloeit voort dat op het moment waarop de overdracht van het overdraagbare gedeelte van de

⁵⁵ Zie C.M. Grundmann-van de Krol, Koersen door het effectenrecht, 2e druk, Deventer 1999, p. 253.

⁵⁶ Staudinger (Kaduk), Rz 63.

vordering plaatsvindt, moet kunnen worden bepaald wat de omvang is van het gecedeerde gedeelte van de vordering.⁵⁷

De vraag rijst of de hoofdaannemer met zijn onderaannemer kan overeenkomen dat het zogeheten G-gedeelte van de vordering van de onderaannemer op de hoofdaannemer onoverdraagbaar is en ook niet vatbaar voor verpanding.⁵⁸ A-G Koopmans stelt in zijn conclusie (onderdeel 6) voor HR 29 januari 1993, NJ 1994, 171 (Van Schaik q.q./ABN-AMRO) terecht dat het belang van de hoofdaannemer bij gedeeltelijke voldoening van zijn schuld op de G-rekening niet ertoe kan leiden dat de vordering gedeeltelijk overdraagbaar is en gedeeltelijk niet overdraagbaar. Er is immers geen maatstaf te vinden om uit te maken welk deel van de vordering overdraagbaar is en welk deel niet. Achteraf kan immers blijken dat de omvang van het G-gedeelte groter is dan uit de opgave van de onderaannemer volgt. Naar onze mening kunnen hoofdaannemer en onderaannemer in ieder geval wel overeenkomen dat de vordering tot een bepaald bedrag (de geschatte omvang van het G-gedeelte) onoverdraagbaar zal zijn. Partijen kunnen bovendien overeenkomen dat dit bedrag later wordt verhoogd of verlaagd, indien de precieze omvang van het G-gedeelte komt vast te staan. Dit laatste beding heeft echter geen goederenrechtelijke werking indien de cessie plaatsvindt voor het moment waarop de precieze omvang van het G-gedeelte komt vast te staan.

Tot slot zij vermeld dat hetgeen hiervoor is opgemerkt evenzeer geldt voor de vatbaarheid van een vordering voor pandrecht en vruchtgebruik (vgl. art. 3:98 juncto 83 lid 2 BW).

7.7 Cessie van een onoverdraagbare vordering en bekrachtiging op grond van art. 3:58 BW

Een cessie van een onoverdraagbare vordering sorteert geen effect. De vordering blijft tot het vermogen van de cedent behoren. De debitor cessus kan zijn schuld voldoen door de cedent te betalen, die hij immers nog steeds als zijn schuldeiser mag beschouwen. In beginsel kan de debitor cessus derhalve alleen bevrijdend betalen aan de cedent. Voor zover het een cessie betreft in strijd met een beding van niet-overdraagbaarheid, wordt in de literatuur aangenomen dat de debiteur kan meewerken aan de opheffing van het beding van niet-overdraagbaarheid of door met de overdracht in te stemmen, hetgeen kan blijken uit de betaling aan de cessionaris.⁵⁹ Wij sluiten ons bij deze visie aan. Naar onze mening kan de debitor cessus in de

57 Zie aangaande het bepaaldheidsvereiste hiervoor hoofdstuk 6 en (ten aanzien van partiële cessie) § 8.2.

58 In bevestigende zin J.L.P. Cahen, AA 42 (1993), p. 577.

59 Aldus Van Creveld, Cessie, p. 25; A. Wolfsbergen, Themis 1937, p. 55; Wiarda, diss., p. 370-371 en Suijling II, nr. 492, noot 2.

cessie een aanbod zien van de zijde van de cedent om het beding van niet-overdraagbaarheid teniet te doen. Uit de betaling door de debiteur aan de cessionaris kan vervolgens blijken dat hij het aanbod van de cedent aanvaardt.⁶⁰ In dat geval vindt er een bekrachtiging van de cessie plaats op grond van art. 3:58 BW. Deze bekrachtiging werkt terug tot het moment waarop aan alle vereisten voor overdracht was voldaan, behalve het vereiste van overdraagbaarheid. Rechten van derden, zoals beslagleggers, worden geëerbiedigd (art. 3:58 lid 3 BW). De bekrachtiging kan uiteraard ook plaatsvinden doordat cedent en debitor cessus na de cessie, die de schuldenaar in beginsel niet kan worden tegengeworpen, uitdrukkelijk overeenkomen dat het beding van niet-overdraagbaarheid wordt opgeheven.⁶¹ In geval van faillissement van de cedent kan er evenwel geen bekrachtiging van de cessie door de cedent en de debitor cessus plaatsvinden. De cedent verliest immers als gevolg van de faillietverklaring het beheer en de beschikking over zijn vermogen, waartoe ook de onoverdraagbare vordering op zijn schuldenaar behoort (art. 23 Fw). De aanvaarding door de debitor cessus van het aanbod van de cedent tot opheffing van het beding van niet-overdraagbaarheid, kan de boedel niet worden tegengeworpen.

7.8 De bescherming tegen een beding van niet-overdraagbaarheid: art. 3:36 BW

7.8.1 Art. 3:36 BW

De vraag rijst of een cessionaris die niet op de hoogte is van het beding van niet-overdraagbaarheid en daarvan ook niet op de hoogte kon zijn, onder omstandigheden wordt beschermd tegen de onoverdraagbaarheid van de vordering. Alleen de regeling van art. 3:36 BW kan de cessionaris enig soelaas bieden. Uit art. 3:36 BW volgt dat de debitor cessus jegens de cessionaris geen beroep op het beding van niet-overdraagbaarheid kan doen, indien de cessionaris op grond van een verklaring of gedraging van de debitor cessus, overeenkomstig de zin die hij daaraan gegeven de omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen, heeft aangenomen dat de gecedeerde vordering vatbaar is voor overdracht. Het vertrouwen van de cessionaris op de schijn van overdraagbaarheid moet gerechtvaardigd zijn. Of dit het geval is, moet mede worden beoordeeld aan de hand van art. 3:11 BW. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij de maatschappelijke positie van de cessionaris en zijn verhouding tot de cedent en debitor cessus een

60 Vgl. ook Makkee, Bedingen tot uitsluiting van cessie, p. 8.

61 Zo ook Wiarda, diss., p. 371 en Snijders/Rank-Berenschot, Goederenrecht, nr. 303.

belangrijke rol kunnen spelen, kan de cessionaris gehouden zijn een nader onderzoek in te stellen naar de vraag of de te cederen vordering overdraagbaar is.

Zo mag een bank of factormaatschappij gezien haar positie in het financiële en handelsverkeer er niet zonder meer op vertrouwen dat een vordering overdraagbaar is, indien het in de betreffende handelsbranche gebruikelijk is bedingen van niet-overdraagbaarheid of niet-verpandbaarheid overeen te komen, hetgeen de bank of factormaatschappij op grond van haar maatschappelijke positie weet dan wel behoort te weten.⁶²

Een belangrijke vraag is in hoeverre de cessionaris mag afgaan op een door de schuldenaar getekend geschrift waarin de overeenkomst van de cedent met de schuldenaar is neergelegd, of op een door de schuldenaar aan de cedent afgegeven schuldbekentenis waarin geen gewag wordt gemaakt van het beding van niet-overdraagbaarheid. De aard van het geschrift speelt een belangrijke rol. Met betrekking tot de schuldbekentenissen wordt in de toelichting bij art. 3:36 BW opgemerkt dat een cessionaris in het algemeen niet mag aannemen dat een schuldbekentenis de rechtsbetrekking tussen cedent en schuldenaar volledig weergeeft. Een cessionaris zou er echter wel op mogen vertrouwen dat hetgeen in de schuldbekentenis is vermeld, in ieder geval juist was ten tijde van de ondertekening van de schuldbekentenis.⁶³ De toelichting noemt met zoveel woorden het beding van niet-overdraagbaarheid van art. 3:83 lid 2 BW. Indien schuldenaar en cedent dit beding zijn overeengekomen, maar het beding niet is genoemd in een ter zake van de vordering opgemaakt schriftelijk bewijsstuk, dan zou volgens de toelichting een derde er in het algemeen op mogen vertrouwen dat er geen beding van niet-overdraagbaarheid is.⁶⁴ Wij zouden ons bij deze visie willen aansluiten en eraan willen toevoegen dat de cessionaris er tevens op mag vertrouwen

62 Vgl. ook Hof 's-Hertogenbosch 18 mei 1992, NJ 1992, 62.

63 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 180. De benadering van de toelichting is geïnspireerd door de gedachten van Schoordijk hierover. Volgens Schoordijk mag een derde, juist vanwege de verkeersfunctie die een schuldbekentenis vervult, er op vertrouwen dat de schuldbekentenis een juiste, zij het geen volledige momentopname is van de rechtsverhouding tussen cedent en schuldenaar. Zie H.C.F. Schoordijk, Beschouwingen over drie-partijenverhoudingen van obligatoire aard, diss. Amsterdam 1958, p. 19. Kritisch hierover Köster, Preadvies Broederschap Candidaat-Notarissen, p. 141-142; P.A. Stein, Functie en formulering van het rechts-schijnbeginsel, in: Om wille van de consument (Clausing-bundel), Zwolle 1990, p. 133 en Mon. Nieuw BW A-22 (Nieskens/Van der Putt), p. 27. Zie verder omtrent de hier aan de orde gestelde vraag Wiarda, diss., p. 308 e.v.

64 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 180 en p. 314.

dat ook andere 'wezenlijke' bedingen dan een beding van niet-overdraagbaarheid in de schuldbekentenis zijn vermeld. Daarbij kan worden gedacht aan verrekeningsbedingen en aan bedingen die het voortbestaan van de verbintenis betreffen, zoals ontbindende voorwaarden of tijdsbepalingen en wilsrechten van de schuldenaar tot beëindiging van de verbintenis.⁶⁵

Vorderingen zijn in beginsel overdraagbaar. Zeker in zakelijke verhoudingen weet of behoort een schuldenaar te weten dat zijn schuld voorwerp kan zijn van allerhande financiële transacties. De schuldenaar dient er derhalve rekening mee te houden dat derden zullen afgaan op schriftelijke stukken waaruit het bestaan, de omvang en overige modaliteiten van de vordering blijken. Bij veel financiële transacties op basis van vorderingen zal het bovendien gaan om bulkcessies of bulkverpandingen. Het inwinnen van informatie bij de schuldenaren van de vorderingen zal dan logistiek niet haalbaar zijn, nog daargelaten de vraag of dat vanuit commercieel oogpunt wenselijk is. Het is dan ook alleszins redelijk dat in geval van vorderingen die voortvloeien uit zakelijke en commerciële verhoudingen, derden in beginsel mogen afgaan op de juistheid van hetgeen in bijvoorbeeld een schuldbekentenis wordt gesteld. De debiteur zal bij het opmaken van een schuldbekentenis voor zijn eigen belangen dienen te waken door zeker te stellen dat de inhoud van de schuldbekentenis juist is en belangrijke bedingen zoals een beding van niet-overdraagbaarheid worden vermeld.

De aard van de rechtsverhouding tussen schuldenaar en schuldeiser kan overigens met zich brengen dat de schuldenaar er niet bedacht op hoeft te zijn dat de vordering onderwerp van bepaalde transacties zou kunnen vormen en dat derden de schuldbekentenis als informatiebron zouden kunnen beschouwen ten aanzien van de omvang en inhoud van de vordering. De bij de derde als gevolg van een schuldbekentenis opgewekte schijn dient derhalve niet in alle gevallen te worden beschermd. Dit sluit ook aan bij de toelichting op art. 3:36 BW, waar wordt opgemerkt dat verklaringen en gedragingen waarbij men er niet verdacht op hoefde te zijn dat een derde zich er ooit op zou beroepen, buiten de werking van de bepaling kunnen worden gehouden.⁶⁶

Wij willen benadrukken dat volgens de toelichting een cessionaris er slechts op mag vertrouwen dat de inhoud van de schuldbekentenis of een ander schriftelijk stuk juist is ten tijde van de *ondertekening* van het geschrift en dat alle op dat moment overeengekomen wezenlijke bedingen, zoals een beding van niet-overdraagbaarheid, zijn vermeld. De cessionaris mag er niet op vertrouwen dat de schuldbekentenis de rechtsverhouding zoals die tussen schuldenaar en schuldeiser op het moment van ondertekening bestaat, volledig weergeeft en dat de inhoud en de omvang van de vordering na het

65 Vgl. Asser-Mijnssen-De Haan nr. 369, die opmerkt dat de cessionaris wordt beschermd tegen die bedingen waarvan opnemings in de schuldbekentenis onder de gegeven omstandigheden met het oog op een mogelijke cessie mocht worden verwacht.

66 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 180.

opmaken van de schuldbekentenis ongewijzigd blijven. Schuldenaar en schuldeiser kunnen na het opmaken van de schuldbekentenis alsnog een beding van niet-overdraagbaarheid overeenkomen of de voorwaarden waaronder de schuld moet worden afgelost, wijzigen. Naar onze mening kan een cessionaris die van een later gemaakt beding van niet-overdraagbaarheid niet op de hoogte is, en daarvan ook niet op de hoogte kan zijn, toch een beroep op art. 3:36 BW toekomen. Zeker in professionele verhoudingen dient de schuldenaar er voor zorg te dragen dat de schuldbekentenis wordt aangepast. Door dit na te laten wekt hij bij de cessionaris de schijn op dat de vordering overdraagbaar is.

De bescherming van art. 3:36 BW kan alleen worden ingeroepen met betrekking tot een rechtshandeling die in redelijk vertrouwen op de onjuiste veronderstelling (de schijn) is verricht. Op de onjuistheid van de veronderstelling kan geen beroep meer worden gedaan met betrekking tot een rechtshandeling die is verricht nadat deze onjuistheid aan het licht is gekomen.⁶⁷

Indien de cessionaris in gerechtvaardigd vertrouwen op de overdraagbaarheid van de vordering met de cedent een overeenkomst tot cessie sluit (bijvoorbeeld een koopovereenkomst), maar vóór het opmaken van de cessieakte duidelijk wordt dat de vordering onoverdraagbaar is als gevolg van een beding van niet-overdraagbaarheid, dan zal de cessionaris de cessie (als deze doorgang vindt) niet kunnen tegenwerpen aan de schuldenaar van de vordering. Een beroep op art. 3:36 BW komt hem niet toe. Hij was ten tijde van de aanvaarding van de cessieakte immers op de hoogte van het beding van niet-overdraagbaarheid. Overigens zouden wij het moment van aanvaarding van de akte beslissend willen achten en niet het moment waarop de levering door mededeling van de cessie aan de debiteur wordt voltooid.

7.8.2 De 'relatieve' werking van art. 3:36 BW

Zowel uit de tekst van art. 3:36 BW als uit de toelichting daarop blijkt dat de derdenbescherming slechts relatieve werking heeft. Dit wil zeggen dat de derdenbescherming alleen kan worden ingeroepen jegens degene om wiens verklaring of gedraging het gaat.⁶⁸

Indien de schijn van overdraagbaarheid van de vordering de *debitor cessus* op grond van art. 3:36 BW kan worden toegerekend en de cessionaris daarop in gerechtvaardigd vertrouwen mocht afgaan, geldt deze schijn tussen

⁶⁷ Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 179.

⁶⁸ Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 180.

cessionaris en debiteur als de werkelijkheid. De debiteur kan het beding van niet-overdraagbaarheid niet aan de cessionaris tegenwerpen en dient hem te betalen. De debiteur kan het beding ook niet tegenwerpen aan rechtsopvolgers van de cessionaris, zelfs al waren deze rechtsopvolgers ten tijde van hun rechtsverkrijging op de hoogte van het beding van niet-overdraagbaarheid.⁶⁹ De cessionaris kan derhalve de vordering doorcederen of verpanden aan een derde. Deze derde kan de vordering innen van de debitor cessus, of met betrekking tot de vordering weer nieuwe beschikkingshandelingen verrichten.

In de verhouding schuldenaar-cedent heeft de cedent nog steeds als schuldeiser te gelden. De schuldenaar heeft derhalve in beginsel een dubbele betalingsverplichting. Indien de schuldenaar door de cedent wordt aangesproken, kan hij deze vordering naar onze mening echter afweren door jegens de cedent in te stemmen met de cessie. Door de vordering te cederen geeft de cedent (in beginsel) te kennen te willen afzien van het beding van niet-overdraagbaarheid. De schuldenaar kan daarmee akkoord gaan. Alsdan wordt de cessie met terugwerkende kracht bekrachtigd (art. 3:58 BW). In geval van faillissement van de cedent zou men kunnen verdedigen dat bekrachtiging de boedel niet kan worden tegengeworpen (zie hiervoor § 7.7). In dat geval kan de schuldenaar een betalingsvordering van de curator wellicht afweren door te stellen dat de boedel door de betaling ongerechtvaardigd zou worden verrijkt. In de verhouding cedent - cessionaris heeft de cessionaris immers in de regel als de rechthebbende van de vordering te gelden (zie hierna).

Naar onze mening geldt als hoofdregel dat een cessionaris in zijn verhouding tot de *cedent* erop mag vertrouwen dat de vordering die hij gecedeerd krijgt ook overdraagbaar is. De cedent wekt juist door de cessie de schijn op dat de vordering voor overdracht vatbaar is, op welke schijn de cessionaris in beginsel mag afgaan. De cessionaris kan zich in zijn verhouding tot de cedent beroepen op art. 3:36 BW.

Met nadruk zij gesteld dat de cessionaris *in beginsel* mag afgaan op de schijn van overdraagbaarheid. Op deze regel bestaan onzes inziens belangrijke uitzonderingen. Indien de cessionaris op de hoogte is van de onoverdraagbaarheid, bijvoorbeeld omdat de schuldenaar hem daarop heeft gewezen, zal de cessionaris niet mogen vertrouwen op de schijn van overdraagbaarheid. Hij weet immers uit anderen hoofde dat de vordering niet overdraagbaar is. Ook de maatschappelijke positie van de cessionaris kan met zich brengen dat hij niet zonder meer, dat wil zeggen zonder nader onderzoek in te stellen, op de schijn van overdraagbaarheid mag vertrouwen. Zo zal in bepaalde gevallen een

⁶⁹ Voor de bescherming van de rechtsopvolgers van de cessionaris is voldoende dat aan de cessionaris een beroep op de bescherming van art. 3:36 BW toekwam. Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 181.

bank of factormaatschappij vanwege haar maatschappelijke positie en kennis die zij uit dien hoofde wordt geacht te hebben, er bedacht op moeten zijn dat in zekere handels-branches bedingen die overdracht of verpanding uitsluiten, gebruikelijk zijn.⁷⁰ Ook in geval van een periodieke globale cessie of verpanding krachtens een stamakte gevolgd door cessie- of pandlijsten, moet onzes inziens in de regel worden aangenomen dat partijen alleen beogen die vorderingen over te dragen of te verpanden die voor overdracht of verpanding vatbaar zijn. Het feit dat dit niet met zoveel woorden in de cessie- en pandaktes tot uitdrukking wordt gebracht, brengt nog niet met zich dat de cessionaris of pandhouder erop mag vertrouwen dat elke vordering waarnaar in de akte wordt verwezen, overdraagbaar respectievelijk verpandbaar is.

Evenzeer als de cedent zelf zijn ook beslagleggers en de faillissementscurator van de cedent gebonden aan de derdenbescherming die de cessionaris in zijn verhouding tot de cedent op grond van art. 3:36 BW ten deel valt. Dit geldt ook in het geval de cessionaris eerst na het beslag of de faillietverklaring jegens de beslaglegger of de curator een beroep op art. 3:36 BW doet. Hetzelfde geldt voor rechtverkrijgenden van de cedent die de cedent na de cessie onder algemene of bijzondere titel opvolgen in de onoverdraagbare vordering. Voor allen geldt dat zij niet meer rechten geldend kunnen maken dan de cedent zelf in zijn verhouding tot de cessionaris kon.

Indien de cessionaris jegens de cedent een beroep doet op art. 3:36 BW, wordt de rechtsverhouding cedent-cessionaris afgehandeld als was er van meet af aan een rechtsgeldige cessie van de vordering geweest. Dit geldt ook in het geval de cessionaris tijdens het faillissement van de cedent of na een beslaglegging een beroep doet op derdenbescherming, mits de cessie vóór de faillietverklaring of de beslaglegging heeft plaatsgevonden. Het beroep op de derdenbescherming van art. 3:36 BW heeft terugwerkende kracht. De door de cedent opgewekte rechtsschijn kan de boedel of de beslaglegger worden tegengeworpen. De overdracht wordt immers geacht vóór het faillissement of het beslag te hebben plaatsgevonden, zodat de vordering ten tijde van de faillietverklaring of de beslaglegging niet meer tot het vermogen van de failliet/beslagene behoorde.

Indien er een cessie van een (krachtens partijbeding) niet-overdraagbare vordering heeft plaatsgevonden waarbij zowel de debitor cessus als de cedent de schijn hebben gewekt dat de vordering overdraagbaar is, is het rechtgevolg van de cessie in vrijwel alle opzichten gelijk aan de situatie waarin werkelijk overdracht van de vordering heeft plaatsgevonden. De relatieve werking van art. 3:36 BW verhindert niet dat de rechtsgevolgen van de opgewekte schijn zodanig zijn dat de overdracht bijna als absoluut geldig kan worden aangemerkt.

70 Zie Hof 's-Hertogenbosch 18 mei 1992, NJ 1993, 62.

8 Partiële cessie

8.1 Algemeen: twee vormen van partiële cessie

Het Nederlands recht kent de mogelijkheid van partiële cessie. Een partiële cessie kan op twee wijzen plaatsvinden. Ten eerste kan een vordering door middel van partiële cessie worden gesplitst, zodat er na de cessie twee (of meer) zelfstandige vorderingen zijn. Splitsing is alleen mogelijk indien de vordering recht geeft op een deelbare prestatie. Zo kan A zijn vordering van f 100.000 op B ten belope van f 60.000 aan C cederen. Het gevolg hiervan is dat twee vorderingsrechten ontstaan: A houdt een vordering van f 40.000 over, terwijl B een zelfstandig vorderingsrecht van f. 60.000 op B verkrijgt. Een vordering die recht geeft op een ondeelbare prestatie, zoals de levering van een huis, kan daarentegen niet worden gesplitst. De aard van de prestatie verzet zich daartegen. Een tweede vorm van partiële cessie betreft de cessie van een onverdeeld aandeel in de vordering, zodat er tussen cedent en cessionaris een gemeenschap van het vorderingsrecht ontstaat. Vorderingen die recht geven op ondeelbare prestaties kunnen alleen op deze wijze partieel worden overgedragen. Overigens moet bij vorderingen die recht geven op deelbare prestaties, zoals geldvorderingen, naar onze mening als hoofdregel worden aangenomen dat de partijen bij een partiële cessie een splitsing van de vordering beoogd hebben.¹ Dit is slechts anders indien duidelijk blijkt van een andere partijbedoeling.

In het kader van effectiseringstransacties komt het voor dat aan het 'special purpose vehicle' (SPV) slechts een gedeelte van een debiteurenportefeuille wordt overgedragen. Er zijn verscheidene methoden om dit te bereiken. Stel dat de vorderingenportefeuille uit 5000 vorderingen van ieder f. 20.000 bestaat (totaal derhalve f. 100 miljoen) en dat het SPV slechts een belang van f. 80 miljoen in de vorderingen wil. Men kan dit bereiken door 4000 vorderingen te cederen aan het SPV. Dit is evenwel geen partiële cessie. Partijen kunnen ook 5000 vorderingen partieel cederen, waarbij elke vordering van f. 20.000 ten belope van f. 16.000 wordt gecedeerd. Men kan tenslotte een gemeenschapsconstructie hanteren, waarbij de Originator en het SPV gezamenlijk rechtheb-

1 Vgl. ook HR 19 februari 1960, NJ 1960, 178 en Parl. Gesch. Boek 6, p. 534.

bende worden van de vorderingen en onderling overeenkomen, bijvoorbeeld in een c.v.-overeenkomst, dat 80% van de geïnde bedragen naar het SPV en de resterende 20% naar de Originator gaat.

Een beding tussen schuldenaar en schuldeiser inhoudende dat de vordering slechts in haar geheel kan worden overgedragen, kan partiële cessie verhinderen (zie § 7.6).

8.2 Het bepaaldheidsvereiste

8.2.1 Algemeen

Evenals de cessie van een vordering in haar geheel dient de cessie van een gedeelte van een vordering te voldoen aan het bepaaldheidsvereiste van art. 3:84 lid 2 BW. Dit geldt zowel in geval van een splitsing als in geval van de overdracht van een onverdeeld aandeel in de vordering. In tweeërlei opzicht moet het voorwerp van de partiële cessie voldoende bepaald zijn. Ten eerste moet duidelijk zijn welke vordering partieel wordt gecedeerd. Ten tweede moet duidelijk zijn wat de omvang is van het gedeelte van de vordering dat wordt overgedragen. Ook voor een partiële cessie geldt dat bepaalbaarheid achteraf voldoende kan zijn.² Voldoende is dat de akte van cessie zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand van die gegevens kan worden bepaald welke vordering partieel is gecedeerd en wat de omvang is van het gedeelte van de vordering dat is gecedeerd. De omvang van het gedeelte van de vordering dat wordt overgedragen, kan worden uitgedrukt in een geldbedrag, een percentage of een bepaalde formule op grond waarvan de omvang kan worden berekend. Ook een omgekeerde benadering is mogelijk, namelijk dat in de cessieakte gegevens worden opgenomen aan de hand waarvan kan worden vastgesteld welk gedeelte van de vordering de cedent heeft behouden.

Indien de partiële cessie een vordering betreft waarvan de omvang ten tijde van de cessie nog niet vaststaat (denk bijvoorbeeld aan een schadevergoedingsvordering of vorderingen uit derivaten zoals swaps, opties e.d.), dan kan naderhand, op het moment dat de omvang van de vordering vast komt te staan, blijken dat de partiële cessie heeft geleid tot een overdracht van de gehele vordering of, indien uit de cessieakte volgt dat de cedent een bepaald gedeelte van de vordering blijft behouden, dat de cessionaris in het geheel geen gedeelte van de vordering heeft verkregen.

² Zie HR 19 december 1997, NJ 1998, 690, m.nt. WMK (Zuidgeest/Furness).

8.2.2 Zuidgeest/Furness³: een derde vorm van partiële cessie?

Zoals hiervoor reeds bleek, kan het voorwerp van een partiële cessie ook een portefeuille van vorderingen zijn. De vraag rijst of de cessie van een gedeelte van de vorderingenportefeuille, waarbij in de cessieakte slechts wordt aangegeven tot welk totaalbedrag de vorderingenportefeuille wordt gecedeerd en niet voor welk gedeelte elke individuele vordering wordt overgedragen, voldoet aan het bepaaldheidsvereiste. Uit het arrest Zuidgeest/Furness lijkt te kunnen worden geconcludeerd dat een dergelijke cessie rechtsgeldig is, in ieder geval voor zover het gaat om verschillende vorderingen op dezelfde debiteur. Voldoende is dat aan de hand van de akte kan worden vastgesteld welke vorderingen deel uitmaken van de portefeuille die het object is van de partiële cessie en wat de omvang is van het gedeelte van (het totaal aan vorderingen in) de portefeuille dat wordt gecedeerd. Niet is vereist dat aan de hand van de akte ook kan worden bepaald tot welk bedrag elke individuele vordering is gecedeerd en of elke vordering die deel uitmaakt van de portefeuille partieel is gecedeerd. De Hoge Raad lijkt in het arrest Zuidgeest/Furness een derde vorm van partiële cessie te hebben erkend, namelijk de cessie van twee of meer vorderingen tot een bepaald totaalbedrag, waarbij de cessionaris elke vordering voor het geheel kan innen totdat het totaalbedrag is bereikt.

In Zuidgeest/Furness stonden de volgende feiten centraal. Tussen CEZ en Furness bestond van 1975 tot 1981 een samenwerkingsovereenkomst op grond waarvan CEZ pretendeerde nog verschillende vorderingen op Furness te hebben (deze vorderingen worden in het arrest aangeduid als 'deelvorderingen'). In totaal zouden de vorderingen een bedrag van f 726.237, 64 vertegenwoordigen. In 1983 heeft CEZ de vorderingen tot een bedrag van f 600.000 overgedragen aan ICA. In 1990 heeft ICA de aan haar gecedeerde vorderingen doorgecedeerd aan Zuidgeest. Zuidgeest spreekt Furness aan tot betaling, maar Furness weigert te betalen. Furness stelt dat beide cessies ongeldig zijn, omdat niet zou zijn voldaan aan het bepaaldheidsvereiste. In de cessieakte tussen CEZ en ICA was immers niet aangegeven welke vorderingen van CEZ op Furness zouden worden overgedragen en tot welk bedrag. De Hoge Raad oordeelde als volgt:

'Met zijn hiervoor weergegeven overwegingen heeft het Hof tot uitdrukking gebracht (a) dat niet is vereist dat de over te dragen vordering in de akte van cessie zelf nauwkeurig is omschreven en dat het voldoende is dat de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden bepaald om welke vordering het gaat, (b) dat in het onderhavige geval aan laatstbedoeld vereiste is voldaan, nu het gaat om het totaal van een aantal deelvorderingen die alle hun grond vinden in de inmiddels beëindigde overeenkomst van Furness en CEZ, en ook alle strekken tot de door CEZ

³ HR 19 december 1997, NJ 1998, 690, m.nt. WMK (Zuidgeest/Furness).

verlangde nakoming daarvan en (c) dat daarbij niet van belang is dat de vordering die CEZ stelde op Furness te hebben niet in haar geheel is overgedragen. Hierin ligt besloten dat Zuidgeest als cessionaris naar 's Hofs oordeel Furness uit iedere deelvordering voor het geheel kan aanspreken totdat het totale bedrag van f 600.000 is bereikt. Voor zover het onderdeel deze overweging anders leest, mist het feitelijke grondslag. Verstaan als hiervoor aangeduid, geeft het oordeel van het Hof niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Hierbij verdient nog opmerking dat het Hof zich niet van zijn oordeel behoefte te laten weerhouden door de omstandigheid dat Furness, naar zij heeft gesteld, niet wist welke (deel)vorderingen wel en welke niet waren overgedragen. De deelvorderingen waren immers alle voor het geheel overgedragen tot het totaalbedrag van f 600.000, waarbij het aan Zuidgeest is om in geval van betwisting door Furness het bestaan van die (deel)vorderingen tot voormeld bedrag aan te tonen. Indien dit bedrag door inning door Zuidgeest als cessionaris is bereikt, zal (bij eventuele heropening van de vereffening) CEZ dienen aan te tonen welke deelvorderingen haar nog geacht moeten worden toe te komen en eventueel tot welk bedrag. Ook in dit licht is de overgedragen vordering voldoende bepaald.⁴

Wederom blijkt dat de Hoge Raad geen hoge eisen stelt aan het bepaaldheidsvereiste bij cessie en verpanding. Vanuit een praktisch oogpunt valt het toe te juichen dat de Hoge Raad een partiële cessie zoals die aan de orde was in de casus van het arrest, rechtsgeldig heeft geoordeeld. De uitspraak is vanuit een dogmatisch oogpunt echter ongelukkig en is in de literatuur dan ook kritisch ontvangen.⁴ De uitspraak past weliswaar in de lijn van de jurisprudentie van de Hoge Raad ten aanzien het bepaaldheidsvereiste bij cessie en verpanding, maar in verschillende opzichten gaat de uitspraak aanmerkelijk verder. De Hoge Raad stelt dat de cessionaris (Zuidgeest) de schuldenaar (Furness) uit *iedere* vordering *voor het geheel* kan aanspreken tot het totale bedrag (i.c. f. 600.000) is bereikt. Hoe moet deze figuur juridisch worden geduid? De Hoge Raad laat zich hier niet over uit. Het arrest laat zich goed verklaren indien moet worden aangenomen dat CEZ al haar vorderingen uit de samenwerkingsovereenkomst met Furness aan ICA heeft gecedeerd onder de ontbindende voorwaarde van inning door de cessionaris van f 600.000. Toch lijkt de Hoge Raad niet van deze figuur uit te gaan aangezien hij overweegt dat voor de rechtsgeldigheid van de cessie niet van belang is dat de vorderingen van CEZ op Furness *niet in hun geheel* zijn overgedragen. Anderzijds overweegt de Hoge Raad dat de vorderingen wel *in hun geheel* zijn overgedragen, zij het tot een totaalbedrag van f 600.000. Dit zijn

tegenstrijdige overwegingen. Bovendien lijken deze overwegingen de aanwezigheid van een gemeenschap van de vorderingen uit te sluiten.

Het door de Hoge Raad aanvaarde resultaat zou ook door middel van een gemeenschapsconstructie kunnen worden bereikt. Cedent en cessionaris, de deelgenoten in de gemeenschap, kunnen een beheersregeling overeenkomen waarin de cessionaris de (exclusieve) bevoegdheid wordt toegekend om alle in gemeenschap gehouden vorderingen te innen totdat de cessionaris een bedrag heeft geïnd gelijk aan zijn aandeel in de gemeenschap (vgl. art. 3:168 en 3:170 lid 2 BW). Door bovendien de cessie van de onverdeelde aandelen in de vorderingen te doen plaatsvinden onder de ontbindende voorwaarde van inning door de cessionaris van het hem toekomende bedrag, wordt bereikt dat de cedent na inning van dit bedrag weer alleengerechtigde is van de vorderingen die op dat moment nog resteren. Het ligt naar onze mening niet voor de hand om te veronderstellen dat de Hoge Raad de onderhavige cessie op deze wijze heeft opgevat. In ieder geval blijkt uit de feiten genoemd in het arrest niet van een beheersregeling. Het gaat onzes inziens bovendien te ver om in een cessie van een aantal vorderingen tot een bepaald bedrag een beheersregeling te lezen.

Indien aangenomen moet worden dat er niet sprake is van een overdracht onder ontbindende voorwaarde, noch van een gemeenschap, dan kan de conclusie geen andere zijn dan dat het arrest op gespannen voet staat met het goederenrechtelijk systeem. De Hoge Raad lijkt in dit geval een figuur te erkennen die gelijkenis vertoont met alleen naar de soort en hoeveelheid bepaalde 'eigendom'.⁵ Voor de rechtsgeldigheid van de cessie was voldoende dat vaststond welke vorderingen van CEZ op Furness in de partiële cessie waren betrokken. Aan het vereiste dat aan de hand van de akte, eventueel achteraf, kan worden bepaald om welke vorderingen het gaat, was voldaan, aangezien vaststond dat de cessie betrekking had op de vorderingen uit de beëindigde samenwerkingsovereenkomst tussen Furness en CEZ. De 'soort' van de in de cessie betrokken vorderingen was daarmee bepaald. Voor de rechtsgeldigheid van de cessie was nadrukkelijk niet vereist dat tevens duidelijk was tot welk bedrag elke individuele vordering was overgedragen. Voldoende was dat vaststond *tot welk totaalbedrag* de vorderingen waren gecedeerd (de hoeveelheid). Achteraf, na inning door Zuidgeest van het totaalbedrag dat aan hem is gecedeerd, kan blijken dat bepaalde in de partiële cessie betrokken vorderingen in het geheel niet aan hem waren overgedragen.

⁴ Zie J.J. van Hees, noot onder HR 19 december 1997, JOR 1998/40; Kortmann/Faber WPNR 6324 (1998), p. 518 e.v. en J. Beuving, Cessie van deelvorderingen, NTBR 1998, p. 230 e.v. Anders W.M. Kleijn in zijn noot in de NJ, die het arrest beschouwt als een 'welkome verruiming van de mogelijkheid van cessie (en verpanding) van vorderingen'.

⁵ Algemeen wordt echter aangenomen dat enkel naar de soort en hoeveelheid bepaalde eigendom naar Nederlands recht niet mogelijk is. Vgl. Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, nrs. 6 en 381; Asser-Mijnssen-Davids-Van Velten, nr. 58 en Asser-Mijnssen-De Haan, nrs. 121 en 164. Zie HR 12 januari 1968, NJ 1968, 274, m.nt. HD (Texeira de Mattos) en HR 10 februari 1978, NJ 1979, 338, m.nt. WMK (Nieuwe Matex).

In de hiervoor geciteerde rechtsoverweging spreekt de Hoge Raad van 'deelvorderingen'. Mogelijk beschouwt de Hoge Raad deze deelvorderingen niet als zelfstandige vorderingsrechten, maar als onzelfstandige onderdelen van één vordering.⁶ In dat geval betreft het arrest de partiële cessie van slechts een vordering en is de stelling dat de Hoge Raad eigendom van enkel naar de soort en hoeveelheid bepaalde vorderingen lijkt te erkennen onjuist. Gezien de feiten die aan het arrest ten grondslag liggen, ligt het naar onze mening echter niet voor de hand dat de 'deelvorderingen' moeten worden beschouwd als onzelfstandige onderdelen van een vordering.

Uit het arrest lijkt verder te volgen, al is dit niet geheel duidelijk, dat de cessionaris ter zake van alle in de partiële cessie betrokken vorderingen exclusief inningsbevoegd is totdat hij het totaalbedrag dat aan hem is 'overgedragen', heeft geïnd. Tot dat moment is de cedent niet bevoegd over te gaan tot inning van de vorderingen die hem zijn blijven toebehoren. Indien de vorderingen niet in hun geheel aan de cessionaris zijn overgedragen, rijst de vraag waarop deze ontkoppeling van schuldeiserschap en inningsbevoegdheid door de Hoge Raad wordt gebaseerd. Een dergelijke afsplitsing van de inningsbevoegdheid van het vorderingsrecht is (in beginsel) slechts mogelijk, indien daarvoor een wettelijke basis is, zoals een beperkt recht, beslag, bewind, privatieve lastgeving of een beheersregeling in geval van een gemeenschap (vgl. art. 6:33, 7:423 en 3:168 BW). Ook de hierna te bespreken voorrangregel laat zich dogmatisch moeilijk verklaren.

Bovendien roept het arrest vragen op omtrent de rechtsposities van cedent, cessionaris en debitor cessus. Het feit dat niet duidelijk is welke vorderingen toebehoren aan de cedent en welke aan de cessionaris, leidt tot lastige vragen, waarop niet altijd een duidelijk antwoord mogelijk is en daarmee tot rechtsonzekerheid ten aanzien van de vraag welke rechtsgevolgen aan de door de Hoge Raad aanvaarde figuur zijn verbonden. Zo rijst onder andere de vraag met betrekking tot welke vorderingen cedent of cessionaris beschikkingshandelingen kunnen verrichten, op welke vorderingen schuldeisers van de cedent en schuldeisers van de cessionaris verhaal kunnen nemen, in welke mate verrekening mogelijk is, wie de nevenrechten behorende bij de vorderingen kan uitoefenen, aan wie de debiteur bevrijdend kan

6 A-G Strikwerda lijkt hiervan uit te gaan. Zie zijn conclusie onder de nrs. 16 en 17. Vgl. ook HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848, m.nt. EMM (De Boer/Haskerveenpolder), p. 1259-1260, waar de Hoge Raad stelt dat door het sluiten van een huurovereenkomst voor de huurder een verbintenis ontstaat tot betaling van de overeengekomen huurtermijnen op de overeengekomen vervaldagen en voor de verhuurder een dienovereenkomstig vorderingsrecht. De Hoge Raad lijkt derhalve uit te gaan van één vordering die is opgebouwd uit verschillende termijnen.

betalen en met wie hij in contact moet treden indien hij een wijziging van zijn schuld wil overeenkomen.⁷

8.3 De voorrangregel van Zuidgeest/Furness

Volgens Vranken heeft de Hoge Raad in het arrest Zuidgeest/Furness een belangrijke voorrangregel geformuleerd.⁸ Deze voorrangregel houdt in dat bij een partiële cessie, zoals die aan de orde was in de casus van het arrest, de cessionaris in de onderlinge verhouding tot de cedent voorgaat totdat hij volledig is voldaan. Het arrest zou inderdaad op deze wijze kunnen worden geïnterpreteerd, maar geheel duidelijk is dat naar onze mening niet. De voorrangregel laat zich, zoals wij hierna zullen betogen, moeilijk verklaren. Indien in het arrest een voorrangregel moet worden gelezen, dan betekent dit dat het eigendomsrecht dat de cedent ten aanzien van de vorderingen heeft behouden, is achtergesteld bij het eigendomsrecht dat de cessionaris heeft verkregen. De omstandigheid dat een of meer vorderingen als gevolg van vernietiging of ontbinding zijn vervallen of dat de debiteur vanwege insolventie niet in staat is alle vorderingen te voldoen of met betrekking tot bepaalde vorderingen verweer voert, doet niet af aan de bevoegdheid van de cessionaris om alle (overige) vorderingen te innen totdat het met de cedent overeengekomen totaalbedrag is bereikt. Verliezen die op de vorderingen worden geleden, worden derhalve niet pro rata omgeslagen over de cedent en de cessionaris, maar worden in eerste instantie volledig gedragen door de cedent. Zoals hiervoor gezegd, lijkt uit het arrest tevens te volgen, hoewel ook dit naar onze mening niet geheel duidelijk is, dat de cessionaris (Zuidgeest) *exclusief* inningsbevoegd is ter zake van alle in de partiële cessie betrokken vorderingen, totdat het totaalbedrag dat aan hem is gecedeerd, is bereikt. De cedent is vooralsnog niet bevoegd het deel van de vorderingen dat hem is blijven toebehoren, te innen. Indien de cessionaris volledig is voldaan, zal de cedent moeten aantonen welke vordering(en) hem nog geacht moeten worden toe te komen en eventueel tot welk bedrag.⁹

7 Zie ook Kortmann/ Faber, WPNR 6324 (1998), p. 520 en Beuving, NTBR 1998, p. 231-232.

8 Zie J.B.M. Vranken, Verpanding, hoofdelijkheid en de nieuwe voorrangregel van Zuidgeest/Furness, WPNR 6353 (1999), p. 269. Ook Kleijn lijkt in zijn noot in de NJ van een voorrangregel uit te gaan.

9 Zie r.o. 5.1. Anders J.J. van Hees, noot onder JOR 1998/40 (onder nr. 7), die opmerkt dat de Hoge Raad zich niet uitlaat over de positie van de cedent die voordat de cessionaris geheel is voldaan, tot inning van zijn deel van de vorderingen overgaat. Volgens Van Hees ligt het niet voor de hand dat de cedent met inning zou moeten wachten totdat de cessionaris is voldaan. Ook Beuving, NTBR 1998, p. 231, neemt aan dat de cedent zijn deel van de vorderingen kan innen voordat de cessionaris is voldaan, mits vaststaat dat de totale omvang van de in de deelcessie betrokken vorderingen groter is dan het aan de cessionaris gecedeerde bedrag.

De debiteur dient, als hij mededeling van de partiële cessie ontvangt, terdege met de exclusieve inningsbevoegdheid van de cessionaris rekening te houden. Zolang de cessionaris het aan hem gecedeerde bedrag nog niet volledig heeft geïnd, loopt de debiteur die een gedeelte van zijn totale schuld aan de cedent heeft betaald, het risico voor een tweede keer door de cessionaris tot betaling te worden aangesproken. De cedent is jegens de cessionaris gehouden tot afdracht van hetgeen hij van de debiteur heeft geïnd (art. 6:36 BW). De debiteur die te goeder trouw is ten aanzien van het geïnd zijn van het totaalbedrag door de cessionaris, kan, indien hij door de cedent tot betaling wordt aangesproken, een beroep doen op de bescherming van art. 6:34 BW. Bij twijfel kan hij zowel jegens de cedent als jegens de cessionaris betaling opschorten (art. 6:37 BW).

Vranken wijst erop dat de Hoge Raad de voorrangregel niet motiveert, maar volgens hem is de argumentatie daarvoor in het concrete geval niet ver te zoeken. De voorrangspositie van de cessionaris zou haar rechtvaardiging vinden in het feit dat de cedent over het algemeen een tegenprestatie (bijv. een koopprijs) heeft ontvangen voor het overgedragen gedeelte van de vordering die overeenstemt met de geschatte waarde van de vordering. Ten aanzien van het overgedragen gedeelte van de vordering is de cedent derhalve als het ware reeds voldaan. In het normale geval zal men tevens ervan mogen uitgaan dat de cessionaris ter zake van het door hem verkregen gedeelte van de vordering het insolventierisico heeft overgenomen. Dit insolventierisico is mogelijk verdisconteerd in de prijs die de cessionaris voor de vordering heeft betaald. Volgens Vranken zou het onder deze omstandigheden niet op zijn plaats zijn, indien het de cedent zou zijn toegestaan zijn gedeelte van de vordering te innen voordat de cessionaris geheel is voldaan, tenzij dit in de berekening van de tegenwaarde is verdisconteerd of anderszins door de cessionaris is geaccepteerd. Daardoor zou immers het insolventierisico voor de cessionaris alleen maar toenemen. Het eerste deel van een vordering zou zonder al te veel moeite kunnen worden geïnd, terwijl dat een stuk moeilijker is bij het tweede deel van de vordering.

Wij vragen ons af of de door Vranken gegeven argumentatie voor de voorrangregel wel juist is. Wij zouden de omstandigheid dat de cessionaris als gevolg van de partiële cessie gedeeltelijk het insolventierisico heeft overgenomen, juist als argument tegen de voorrangregel willen hanteren. Indien de cessionaris het insolventierisico niet overneemt, valt er nog wel wat te zeggen voor de voorrangregel. In dat geval kan de cessionaris immers verhaal nemen op de cedent, indien het overgedragen gedeelte van de vordering niet inbaar blijkt te zijn. Dit regresrecht van de cessionaris zou men mede vorm kunnen geven door een voorrangregel bij inning van de vordering te aanvaarden. Indien de cessionaris daarentegen het insolventierisico heeft overgenomen, is er naar onze mening geen reden om de cedent achter te stel-

len bij de cessionaris.¹⁰ Het is juist dat, als de cedent eerder dan de cessionaris overgaat tot inning van zijn gedeelte van de vordering, daarmee, althans in theorie, het insolventierisico voor de cessionaris toeneemt, maar het omgekeerde geldt evenzeer. Indien de cessionaris eerder dan de cedent int, wordt de cedent geconfronteerd met een verhoogd insolventierisico. De omstandigheid dat de cedent een reële tegenprestatie heeft ontvangen en als het ware ter zake van het overgedragen gedeelte van de vordering reeds is betaald, kan voor de achterstelling van de cedent geen rechtvaardiging zijn. Over het algemeen zal de cedent teneinde een vordering op de debiteur te verkrijgen, een prestatie hebben verricht. Ook na een partiële cessie geldt dat de vordering die de cedent op de debiteur blijft behouden, tegenover deze prestatie staat.

Naar onze mening moet de partiële cessie van een vordering van f 10.000 tot een bedrag van f 8.000 niet anders behandeld worden dan een cessie van een vordering van f 8.000 in haar geheel terwijl de cedent nog een andere vordering op dezelfde debiteur heeft van f 2.000. In het laatste geval geldt niet dat de cedent zijn vordering van f 2.000 niet zou mogen innen voordat de cessionaris zijn vordering van f 8.000 volledig heeft geïnd. Wij zien niet in waarom dit bij een partiële cessie van een vordering van f 10.000 tot een bedrag van f 8.000 anders zou zijn. Ook hier is het resultaat immers dat de cedent een (zelfstandige) vordering van f 2.000 heeft en de cessionaris een (zelfstandige) vordering van f 8.000. Ook in geval van gedeeltelijke subrogatie geldt niet dat de vordering die de oorspronkelijke schuldeiser op de debiteur blijft behouden, is achtergesteld ten opzichte van de vordering van de gesubrogeerde. Beide vorderingen zijn, zo wordt algemeen aangenomen, gelijk in rang.¹¹ Vermeldenswaardig in dit verband is dat art. 1439 BW (oud) bepaalde dat in geval van een gedeeltelijke subrogatie de vordering van de *gesubrogeerde* juist was achtergesteld bij de vordering die de schuldeiser bleef behouden. Volgens de Hoge Raad was de toepassing van de bepaling evenwel beperkt tot preferente vorderingen.¹² De bepaling is in de literatuur bekritiseerd en op die grond niet overgenomen in het huidige BW.¹³ De bepaling werd onbillijk gevonden omdat er geen reden zou zijn de schuldeiser te bevoordelen en het werd gepast gevonden dat de gesubrogeerde en de schuldeiser naar evenredigheid een mogelijk verlies zouden dragen. Slechts een enkeling heeft verdedigd dat de gesubrogeerde zijn gedeelte van de vordering kan verhalen vóór de schuldeiser.¹⁴

10 Het gegeven dat de cedent of de cessionaris door als eerste tot inning over te gaan het insolventierisico voor de ander vergroot, kan hoogstens een rechtvaardiging zijn voor de regel dat elke gulden die door de cedent of de cessionaris wordt geïnd, pro rata moet worden verdeeld. Een dergelijke verdelingsregeling kan naar onze mening alleen worden aanvaard, indien deze is overeengekomen tussen cedent en cessionaris.

11 Asser-Hartkamp 4-1, nr. 580; Mon. Nieuw BW B-44 (Van Achterberg), nr. 24 en Verbintenisrecht (Van Mierlo), aant. 14 bij art. 6:150.

12 Zie HR 9 november 1917, NJ 1917, 1186.

13 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 560.

14 Zie Contractenrecht V (Knol), nr. 2073 en de daar genoemde literatuur.

De voorrangsregel laat zich goed verklaren indien ervan moet worden uitgegaan dat de vorderingen in hun geheel zijn overgedragen onder de ontbindende voorwaarde van de inning van het de cessionaris toekomende bedrag. Zoals gezegd is het niet duidelijk of de Hoge Raad van deze figuur uitgaat. Indien Zuidgeest/Furness zo moet worden gelezen dat de vorderingen niet in hun geheel aan de cessionaris zijn overgedragen, bestaat voor de voorrangsregel naar onze mening geen rechtvaardiging. Behoudens andersluidende partijafpraak geldt onzes inziens als hoofdregel dat cedent en cessionaris gelijke rang hebben.¹⁵

Mogelijk moet het arrest zo worden geïnterpreteerd dat de Hoge Raad in de onderhavige cessie een achterstelling krachtens partijbedoeling leest. Het ligt naar onze mening echter niet voor de hand om een cessie van een aantal vorderingen tot een bepaald bedrag op deze wijze op te vatten.

Wij zouden de door Vranken geformuleerde voorrangsregel – evenals kennelijk Vranken¹⁶ – willen beperken tot een partiële cessie zoals die aan de orde was in de casus van het arrest; een cessie derhalve van twee of meer vorderingen op dezelfde debiteur tot een bepaald bedrag zonder dat in de cessieakte is aangegeven tot welk bedrag elke individuele vordering is overgedragen. De voorrangsregel geldt naar onze mening niet in het geval in de cessieakte wel is aangegeven voor welk deel elke individuele vordering is overgedragen, ongeacht of de vorderingen worden gesplitst dan wel in gemeenschap worden gehouden. Dit geldt a fortiori voor een gedeeltelijke cessie van één vordering. In geval van een gemeenschappelijk vorderingsrecht geldt dan als hoofdregel, behoudens andersluidende afspraak, dat inkomsten en verliezen pro rata worden gedeeld. In geval van een splitsing van de vordering geldt als hoofdregel dat beide vorderingen gelijke rang toekomt, waarbij bovendien geldt: wie het eerst haalt, die het eerst maalt.

8.4 Conclusie

Uit het arrest Zuidgeest/Furness lijkt te volgen dat de Hoge Raad een partiële cessie van twee of meer vorderingen, waarbij in de cessieakte niet wordt aangegeven voor welk gedeelte elke individuele vordering is overgedragen, rechtsgeldig oordeelt. De cessionaris is bevoegd elke vordering in haar geheel te innen totdat het totaalbedrag dat aan de cessionaris is gecedeerd, is

¹⁵ Vgl. ook Wiarda, diss., p. 307-308, die eveneens aanneemt dat in geval van een gedeeltelijke cessie de cessionaris in een rechtspositie verkeert die gelijkwaardig is aan die van de cedent.

¹⁶ Zie Vranken, WPNR 6353 (1999), p. 269.

bereikt. Uit het arrest lijkt verder te volgen dat de cessionaris voorrang toekomt ten aanzien van het geïnde. Wat de juridisch-dogmatische grondslag is van het door de Hoge Raad aanvaarde resultaat, is niet duidelijk. De praktijk doet er gezien de vragen die het arrest oproept, verstandig aan, in de cessieakte duidelijk aan te geven of de vorderingen in gemeenschap worden gehouden of worden gesplitst, alsmede voor welk gedeelte (bedrag) elke individuele vordering wordt overgedragen. Indien dit laatste om praktische redenen niet mogelijk is, is het verstandig duidelijke afspraken te maken omtrent de (volgorde van) inning van de vorderingen,¹⁷ alsmede omtrent de uitoefening van de nevenrechten en de overige bevoegdheden die uit de vorderingen voortvloeien. Indien men de cessionaris een 'goederenrechtelijke' voorrangspositie wil toekennen, lijkt de meest eenvoudige weg daartoe de overdracht van de vorderingen in hun geheel onder de ontbindende voorwaarde van inning van een bepaald bedrag. Indien men de cessionaris geen voorrang wil toekennen, is het verstandig dit in de cessieakte te bepalen.

¹⁷ Zo ook J.J. van Hees, JOR 1998/40, onder nr. 8.

9 Cessie en het recht op ontbinding

9.1 Heersende leer: het recht op ontbinding is geen nevenrecht

Als gevolg van de cessie verkrijgt de cessionaris niet alleen de gecedeerde vordering, maar in beginsel tevens de bij de vordering behorende nevenrechten, zo volgt uit art. 6:142 BW. Het wezenskenmerk van een nevenrecht is dat het verbonden is aan een vordering. Algemeen wordt aangenomen dat de nevenrechten moeten worden onderscheiden van de rechten die niet zijn verbonden aan een vordering, maar die deel uitmaken van de gehele rechtsverhouding tussen de schuldenaar en de oorspronkelijke schuldeiser.¹ Derhalve gaan de wilsrechten van ontbinding en vernietiging van de cedent in geval van cessie niet over op de cessionaris. Deze rechten zijn, althans zo wordt vrij algemeen aangenomen, niet verbonden aan een vordering, maar aan de gehele rechtsverhouding waaruit de gecedeerde vordering voortspuit. Ten aanzien van het recht op ontbinding oordeelde de Hoge Raad in 1958 dat dit recht slechts toekomt aan degene die *partij* bij de overeenkomst is.² Hetgeen geldt voor de rechten van ontbinding en vernietiging geldt evenzeer voor de bevoegdheid van opzegging van een duurovereenkomst en het recht van reclame. Ook hier gaat het om bevoegdheden die strekken tot beëindiging van de gehele rechtsverhouding tussen schuldenaar en cedent en zij zijn derhalve geen nevenrechten.³

In de literatuur zijn ook andere zienswijzen verdedigd. Volgens sommige auteurs zou moeten worden onderscheiden tussen cessie van een enkel vorderingsrecht en cessie van alle rechten uit de overeenkomst tussen schuldenaar en cedent. In het eerste geval zou de cessionaris het recht om de overeenkomst te ontbinden niet verkrijgen, in het

tweede geval wel.⁴ Kamphuisen gaat nog verder en heeft het standpunt ingenomen dat ook in geval van de cessie van een enkele vordering de cessionaris het recht op ontbinding en vernietiging verkrijgt.⁵ Ook ter zake van subrogatie in een vordering uit overeenkomst is in de literatuur wel verdedigd dat de gesubrogeerde tevens het recht op ontbinding verkrijgt, zij het dat sommigen daarvoor als voorwaarde stellen dat de gehele schuld door de gesubrogeerde moet zijn voldaan en niet slechts een deel daarvan.⁶ Over het algemeen wordt echter ook voor subrogatie betoogd dat de gesubrogeerde niet treedt in de wilsrechten van ontbinding en vernietiging. Interessant is de vraag of het recht op ontbinding voor zelfstandige overdracht vatbaar is en derhalve aan de cessionaris kan worden overgedragen. De literatuur is verdeeld over deze kwestie.⁷ In de jurisprudentie is de zelfstandige overdraagbaarheid een enkele keer aanvaard, maar ook afgewezen.⁸

Art. 3:246 lid 2 BW bepaalt dat in geval van een openbaar pandrecht de pandhouder de bevoegdheid tot opzegging toekomt, indien de vordering niet opeisbaar is, maar door opzegging opeisbaar gemaakt kan worden. De pandhouder is jegens de pandgever gehouden niet nodeloos van deze bevoegdheid gebruik te maken. Eenzelfde regeling geldt in geval van beslag (zie art. 477 lid 4 Rv). Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een vordering tot terugbetaling van een lening die opeisbaar gemaakt kan worden door de overeenkomst van verbruikleen op te zeggen. Wij zouden willen aannemen dat ook de cessionaris deze bevoegdheid toekomt.

1 Zie HR 12 november 1999, RvdW 1999, 170C en Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, nr. 274; Asser-Hartkamp 4-I, nr. 566 en Snijders/Rank-Berenschot, Goederenrecht, nr. 48.

2 Zie HR 7 maart 1958, NJ 1958, 278, m.nt. LEHR (Claassen/Schattenkerk).

3 Zie Asser-Hartkamp 4-I, nr. 566 en Mon. Nieuw BW B-44 (Van Achterberg), nr.12.

4 Aldus N.K.F. Land, Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, vijfde deel, 2e druk, Haarlem 1915-1932, p. 121; G. Diephuis, Het Nederlandsch Burgerlijk Recht, elfde deel, Groningen 1888, p. 353; L.C. Hofmann, Het Nederlandsch Verbintenissenrecht, tweede deel, De bijzondere overeenkomsten, Groningen 1936, p. 92. Vgl. ook Rb. Haarlem 2 november 1920, NJ 1920, 1167 waar overgang van het recht op ontbinding werd aanvaard. Vgl. verder Wiarda, diss., p. 329.

5 Zie Asser-Kamphuisen III, derde stuk, Bijzondere overeenkomsten I, Zwolle 1945, p. 155. Zo ook Pitlo/Wolffensperger/Frenkel, Benoemde overeenkomsten, 8e druk, Arnhem 1979, p. 54, die aanneemt dat cessie van de gehele vordering aanleiding geeft aan te nemen dat ook het recht op ontbinding in de cessie is betrokken. Daartegen J.H. Beekhuis in zijn noot onder HR 19 juni 1964, NJ 1965, 341.

6 Zie Pitlo/Wolffensperger/Frenkel, Benoemde overeenkomsten, 8e druk, Arnhem 1979, p. 387; A.R. de Bruijn, RM Themis 1944, p. 102; C.L.K. van Gorkum, WPNR 3384 (1934), p. 474 en p. 475; G. Diephuis, Het Nederlandsch Burgerlijk recht, tiende deel, Groningen 1886, p. 563 en J. Kappeyne van de Coppello, Themis 1851, p. 385 e.v. en Themis 1852, p. 14 e.v.

7 Bevestigend (onder omstandigheden) A.W.J. van Vrijberghe de Coningh, Subrogatie, Zwolle 1943, p. 27; J.H. Beekhuis, noot onder HR 19 juni 1964, NJ 1965, 341 en L.E.H. Rutten, noot onder HR 7 maart 1958, NJ 1958, 278. Ontkennend Wiarda, diss., p. 329; Asser-Mijnssen-De Haan, Zwolle 1992, nr. 367; Verbintenissenrecht (A.I.M. van Mierlo), aant. 20 bij art. 6:142 en (met betrekking tot het recht van reclame) H.A.G. Fikkers, Recht van reclame, diss. Rotterdam 1992, p. 118-119.

8 Overdraagbaarheid werd aanvaard door Hof Amsterdam 23 februari 1939, NJ 1939, 879 en Hof 's-Hertogenbosch 1 oktober 1975, NJ 1976, 294 en afgewezen door Hof Arnhem 26 juni 1963, te kennen uit HR 19 juni 1964, NJ 1965, 341.

Aangenomen wordt dat indien de debiteur na de cessie in zijn verbintenis jegens de cessionaris tekortschiet, de overeenkomst waaruit de gecedeerde vordering voortvloeit, niet kan worden ontbonden. De cessionaris kan niet ontbinden omdat hij geen partij bij de overeenkomst is. De cedent heeft het recht op ontbinding niet omdat er niet jegens hem is tekortgeschoten. De cedent zou slechts kunnen ontbinden, indien de tekortkoming jegens de cessionaris tevens een tekortkoming jegens hem is.⁹ Toch kan de cessionaris een gerechtvaardigd belang hebben bij het recht op ontbinding. Het recht op ontbinding kan een belangrijk pressiemiddel zijn. Door te dreigen met ontbinding van de overeenkomst kan de cessionaris proberen betaling van zijn vordering af te dwingen. Bovendien kan men zich de vraag stellen of het gerechtvaardigd is dat de debiteur die een tekortkoming heeft begaan jegens de cessionaris, het voordeel moet worden gegend van een overeenkomst die niet voor ontbinding vatbaar is.¹⁰

Ook vanuit een ander oogpunt heeft de cessionaris belang bij de vraag wie bevoegd is tot ontbinding van de overeenkomst waaruit de door hem verkregen vordering voortvloeit. Ontbinding leidt immers tot het verval van zijn vorderingsrecht op de debiteur. De cessionaris zal met het oog op het behoud van zijn rechten jegens de schuldenaar dan ook zoveel mogelijk zeggenschap willen hebben over de ontbinding van de overeenkomst tussen schuldenaar en cedent.

De totstandkoming van de overeenkomst van cessie heeft naar Duits recht ten gevolge dat er crediteurswisseling optreedt. De cessionaris wordt de nieuwe crediteur terwijl de cedent ophoudt dit te zijn. Als crediteur beschikt de cessionaris over alle rechtsmiddelen die verband houden met de gecedeerde vordering. De cessionaris kan nakoming vorderen en kan in geval van wanprestatie de door § 280 e.v. BGB toegekende bevoegdheden uitoefenen.¹¹ Het uitgangspunt is dat bij wederkerige overeenkomsten alle crediteursbevoegdheden overgaan, terwijl bevoegdheden die verband houden met de hoedanigheid van de cedent als debiteur bij de cedent blijven.¹² Met andere woorden, die rechtsmiddelen die alleen de eigen rechtspositie van de betrokkene betreffen, komen toe aan deze. Zo blijft de cedent bevoegd

nakoming aan de gecedeerde debiteur te weigeren, een aanmaning te doen, een termijn te stellen, 'Nachlieferung' en 'Nachbesserung' te verlangen en schadevergoeding te vorderen. Er zijn evenwel bevoegdheden in verband met niet-nakoming die zowel de positie van de cedent als die van de cessionaris betreffen. Hier geldt de regel dat de cedent niet in staat mag zijn afbreuk te doen aan de bevoegdheden van de cessionaris uit hoofde van de gecedeerde vordering. Dit betekent dat de cedent de onderliggende overeenkomst niet meer kan opzeggen (op grond van wettelijke of contractuele opzegbevoegdheden), niet meer kan vernietigen en niet meer kan wijzigen.¹³ Verdedigd wordt dat deze bevoegdheden uitsluitend nog aan de cessionaris toekomen. De meerderheid in de literatuur wil echter voorkomen dat de cessionaris 'Herr über das gesamte Vertragsverhältnis' wordt en stelt dat deze bevoegdheden door de cessionaris slechts met toestemming van de cedent kunnen worden uitgeoefend. De bevoegdheid de onderliggende overeenkomst te ontbinden komt volgens het BGH slechts aan de cedent toe. Bij dit alles geldt dat cedent en cessionaris anders kunnen overeenkomen en dat uit de bijzondere aard van de rechtsverhouding anders kan voortvloeien.¹⁴

In het Franse recht wordt de cessie eveneens in termen van crediteurswisseling geanalyseerd.¹⁵ Het gevolg naar Frans recht van de cessie is dat de vordering met de daaraan verbonden accessoria overgaat op de cessionaris. De vraag of tot de accessoria ook de bevoegdheden behoren om de overeenkomst te vernietigen of te ontbinden (*les actions en nullité, en rescission*¹⁶ ou *en résolution*) is omstreven. De meerderheidsopvatting is dat men een onderscheid moet maken tussen de verschillende rechtsmiddelen. De bevoegdheden tot vernietiging kunnen niet door de cessionaris uitgeoefend worden, omdat ze zouden leiden tot het tenietgaan van de vordering. Dit resultaat wordt als strijdig met het doel zelf van de cessie beschouwd. Daarentegen kan de cessionaris wel ontbinding (*résolution*) van de overeenkomst vorderen vanwege niet-nakoming van de met de gecedeerde vordering corresponderende schuld. De bevoegdheid tot ontbinding wordt gezien als een

9 Zie Asser-Mijnssen-De Haan, nr. 367 en Asser-Hartkamp 4-I, nr. 566.

10 Vgl. ook Mon. Nieuw BW B-44 (Van Achterberg), nr. 12, waar wordt gesteld dat de oude schuldeiser de overeenkomst ten behoeve van de nieuwe schuldeiser kan ontbinden. Vgl. verder Wiarda, diss., p. 291.

11 Münchener Kommentar (Roth), § 398 RdNr. 89.

12 Münchener Kommentar (Roth), § 398 RdNr. 92-93.

13 Münchener Kommentar (Roth), § 398 RdNr. 94.

14 Münchener Kommentar (Roth), § 398 RdNr. 94.

15 Malaurie/Aynès, nr. 1228.

16 De term *rescission* wordt, om historische reden, gehanteerd voor de vernietiging van een overeenkomst vanwege *lésion*. Zie Malaurie/Aynès, nr. 543. De Franse Code civil kent geen algemene regeling van de *leasio enormis*, maar staat in specifieke in de wet aangeduide gevallen vernietiging (*rescission*) van de overeenkomst toe in geval van een wanverhouding van de waarde van de overeengekomen prestaties. Zie Malaurie/Aynès, nr. 423.

aan de cessionaris als nieuwe crediteur van de vordering toekomend dwangmiddel om de onwillige debiteur tot nakoming aan te sporen.¹⁷ Bij dit alles geldt dat de partijbedoeling voorop staat en dat de rechter de vrijheid heeft deze autonoom te beoordelen.¹⁸

Het UNCITRAL-ontwerp bepaalt niets over de uitoefening van het recht op ontbinding. Art. 22 van het UNCITRAL-ontwerp bepaalt wel dat nadat mededeling van de cessie heeft plaatsgevonden, een afspraak tussen de cedent en de debitor cessus tot een wijziging van de onderliggende overeenkomst die de rechten van de cessionaris aantast, geen gevolg heeft jegens de cessionaris. Dit is slechts anders indien (i) de cessionaris instemt met de wijziging of (ii) de cedent de aan de gecedeerde vordering gerelateerde wederprestatie nog niet geheel heeft verricht. Voor het tweede geval wordt nog nader bepaald dat de wijziging slechts gevolg heeft voor de cessionaris indien de onderliggende overeenkomst in wijziging voorziet of indien een redelijke cessionaris in de wijziging zou toestemmen.

9.2 Eigen opvatting: analogische toepassing van art. 6:279 lid 3 BW

Cessie heeft tot gevolg dat er een driepartijenverhouding ontstaat tussen cedent, cessionaris en debitor cessus. Naar onze mening is het wenselijk dat bepaalde rechtsvragen die rijzen in het kader van deze driepartijenverhouding, op dezelfde wijze worden opgelost als in het geval deze driepartijenverhouding zou zijn gebaseerd op een overeenkomst tussen de drie partijen. Bepaalde regels omtrent meerpartijenovereenkomsten zouden analogische toepassing kunnen vinden op de rechtsverhouding tussen cedent, cessionaris en debitor cessus. De asymmetrische verhouding die ontstaat in geval van cessie, kan ook voortvloeien uit een driepartijenovereenkomst. Stel verkoper A sluit een koopovereenkomst met koper B. A bedingt van B dat deze de koopprijs zal betalen aan C. C is van meet af aan partij bij de koopovereenkomst of treedt tot die overeenkomst toe doordat hij een derdenbeding aanvaardt.¹⁹ B schiet vervolgens tekort in zijn verplichting tot betaling van de koopprijs aan C. Kan de meerpartijenovereenkomst worden ontbonden en zo ja door wie? Het antwoord moet worden gevonden aan de hand van art. 6:279 BW. Art. 6:279 BW betreft een schakelbepaling voor meerpartijenovereenkomsten en bepaalt in het eerste lid dat de bepalingen betreffende

wederkerige overeenkomsten van overeenkomstige toepassing zijn op meerpartijenovereenkomsten, voor zover de aard van de overeenkomst zich daartegen niet verzet. De leden 2 en 3 bevatten een nadere regeling omtrent de ontbinding van een meerpartijenovereenkomst. Uit art. 6:279 lid 3 BW volgt dat *in ieder geval* C en A gezamenlijk de overeenkomst kunnen ontbinden.

Aangenomen wordt dat C geen zelfstandig ontbindingsrecht toekomt, aangezien hij aan de overeenkomst alleen een vorderingsrecht ontleent en geen schuld.²⁰ Eveneens wordt aangenomen dat A de overeenkomst niet zelfstandig kan ontbinden. Hij zou daardoor immers aan C zijn vorderingsrecht op B ontnemen.²¹ Zelfstandige ontbinding door A is wel mogelijk, indien de belangen van C zich daartegen niet verzetten. Veelal zal dat alleen het geval zijn bij een gedeeltelijke ontbinding van de overeenkomst, waarbij het vorderingsrecht van C op de schuldenaar B niet vervalt.²² Indien het ontbindingsrecht A en C gezamenlijk toekomt (art. 6:279 lid 3 BW), dan geldt dat zij zich jegens elkaar overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid dienen te gedragen. Zij mogen elkaar derhalve niet op onredelijke gronden hun medewerking aan de ontbinding ontfagen.

In de bovenstaande casus gaat het om een asymmetrische rechtsverhouding die voortvloeit uit een driepartijenovereenkomst. Zoals gezegd ontstaat een soortgelijke rechtsverhouding, indien A zijn vordering op B tot betaling van de koopprijs cedeert aan C. Het enige verschil is dat in geval van cessie C niet toetreedt tot de overeenkomst tussen A en B. Het is de vraag of het enkele feit dat cessionaris C geen contractspartij is, rechtvaardigt dat hem het recht op ontbinding in beginsel niet toekomt, terwijl indien C partij zou zijn geweest bij de overeenkomst hij in ieder geval met medewerking van A de overeenkomst zou kunnen ontbinden. Het is onzes inziens wenselijk dat beide gevallen wat betreft de mogelijkheid van ontbinding door A en/of C gelijk worden behandeld. De vraag of de cessionaris het recht op ontbinding heeft kan derhalve worden beantwoord aan de hand van art. 6:279 BW. Dit betekent dat cedent en cessionaris in ieder geval gezamenlijk kunnen ontbinden en dat de cedent de overeenkomst niet zelfstandig kan ontbinden, indien dit het belang van de cessionaris zou schaden.

¹⁷ Encyclopédie Dalloz (Rieg), nr. 361.

¹⁸ Encyclopédie Dalloz (Rieg), nr. 362.

¹⁹ Zie over het derdenbeding als alternatief voor cessie Rongen, *Securitisation*, p. 442 e.v. en de daar genoemde literatuur.

²⁰ Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 1045 en Asser-Hartkamp 4-II, nr. 427.

²¹ Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 1045 en Asser-Hartkamp 4-II, nr. 427. Anders R. Zwitser, *Het derdenbeding*, Kwartaalbericht Nieuw BW 1986, p. 74 en G.R.B. van Peurse, *Enige juridische aspecten van de overeenkomst met derdenbeding naar huidig en nieuw BW*, Deventer 1991, p. 28 en p. 48 e.v.

²² Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 1047, alsmede Asser-Hartkamp 4-II, nr. 427 en het daar genoemde voorbeeld.

Ook met betrekking tot andere kwesties dan ontbinding zouden wij willen verdedigen dat zoveel mogelijk aansluiting wordt gezocht bij de regels omtrent meerpartijenovereenkomsten. Dit betekent onder andere dat evenals in geval van een meerpartijenovereenkomst, in beginsel de medewerking dan wel instemming van de cessionaris vereist is voor handelingen van de cedent en debitor cessus die tot een verval, vermindering of wijziging van de rechten van de cessionaris kunnen leiden.

10 De overgang van bank- en kredietzekerheidsrechten

10.1 Heersende leer: geen overgang van het bank- of kredietzekerheidsrecht

Indien de gecedeerde vordering is versterkt met een hypotheek- of pandrecht of een recht van borgtocht, verkrijgt de cessionaris in beginsel tevens van rechtswege deze zekerheidsrechten (art. 3:82 en 6:142 BW). Over het algemeen wordt in de literatuur aangenomen dat deze regel niet onverkort geldt voor zogeheten bank- of kredietzekerheidsrechten.¹ De aard van deze zekerheidsrechten zou zich tegen een overgang op de cessionaris verzetten. Een (gedeeltelijke) overgang van het zekerheidsrecht, zou slechts mogelijk zijn, indien de bank- of kredietrelatie op zodanige wijze is geëindigd, dat zeker is dat de zekerheidsgerechtigde (cedent) na de cessie geen vorderingen meer op de schuldenaar kan verkrijgen die door het zekerheidsrecht zijn gedekt. Het zekerheidsrecht zou dan materieel een vast zekerheidsrecht zijn geworden, dat in geval van cessie overgaat op de cessionaris. Wij betwijfelen of deze heersende leer juist is en vragen ons af of niet het uitgangspunt moet zijn dat ook bank- en kredietzekerheden in geval van cessie de gecedeerde vordering gedeeltelijk volgen. In het hiernavolgende zullen wij slechts spreken over bank- en krediethypotheekrechten.

Onder een bankhypotheekrecht wordt verstaan een hypotheekrecht dat is gevestigd voor al hetgeen de hypotheekhouder nu of in de toekomst uit welken hoofde dan ook van de schuldenaar/hypotheekgever heeft te vorderen of te vorderen mocht krijgen. Daarentegen heeft een krediethypotheekrecht een beperktere strekking. Het gaat om een hypotheekrecht dat is gevestigd tot zekerheid van hetgeen de hypotheekhouder heeft of krijgt te vorderen ter zake van een reeds geopend of nog te openen krediet. Een krediethypotheek wordt derhalve verleend in het kader van een bepaalde kredietverhouding, terwijl een bankhypotheek wordt gevestigd in het kader van de gehele ban-

¹ Zie Asser-Mijnssen-Van Velten, nrs. 286-287 en de daar genoemde literatuur.

² Zie over het onderscheid tussen beide hypotheekvormen Asser-Mijnssen-Van Velten, nrs. 205 en 206. Zie verder A.F. Visser, Krediet- en bankhypotheek, diss. Leiden 1922, p. 30 e.v. en p. 46 e.v.

caire relatie tussen hypotheekgever en hypotheeknemer³. De termen bank- en krediet-hypotheek worden vaak naast elkaar gebruikt ter aanduiding van hetzelfde. Nadere bestudering van de omschrijving in de hypotheekakte van de vorderingen waarvoor hypotheek is verleend, zal nodig zijn om vast te stellen met wat voor een soort hypotheekrecht men van doen heeft. Bank- en krediet hypotheeken moeten worden onderscheiden van de zogeheten 'vaste' hypotheeken. Onder een vaste hypotheek moet worden verstaan een hypotheekrecht dat strekt tot zekerheid van vorderingen uit een of meer bestaande overeenkomsten (van verbruikleen). Bank- en krediet hypotheeken verschillen in dit opzicht van vaste hypotheeken dat zij (mede) strekken tot zekerheid van vorderingen uit nog te sluiten overeenkomsten.

De regel dat een bank- of krediet hypotheekrecht in geval van cessie niet (gedeeltelijk) overgaat, wordt in de literatuur op verschillende wijzen gemotiveerd. Volgens sommige auteurs zouden bank- en krediet hypotheeken niet volledig accessoir zijn, aangezien zij niet zijn verbonden aan een of meer bepaalde vorderingen, maar aan een heel complex van vorderingen. De bank- en krediet hypotheek zouden veeleer afhankelijk zijn van de *rechtsverhouding* tussen de hypotheekhouder en de schuldenaar/hypotheekgever.⁴ Naar onze mening is deze zienswijze onjuist. Elk hypotheekrecht, derhalve ook een bank- of krediet hypotheek, is verbonden aan een of meer vorderingen en niet aan de rechtsverhouding waaruit die vorderingen voortspruiten. Anderen menen dat een bank- of krediet hypotheek is verleend voor de restantvordering die de hypotheekhouder bij beëindiging van de bank- of krediet relatie op de schuldenaar heeft.⁵ Een derde zienswijze is dat een bank- of krediet hypotheekrecht zozeer is gebonden aan de persoon van de hypotheekhouder/cedent dat het vanwege zijn persoonlijke karakter niet kan overgaan op een cessionaris.⁶ In al deze benaderingen wordt over het algemeen aangenomen dat het hypotheekrecht wel geheel of gedeeltelijk kan overgaan op een cessionaris, indien de bank- of krediet relatie is geëindigd en vaststaat dat de cedent geen vorderingen meer op de schuldenaar kan verkrijgen die door het hypotheekrecht zijn gedeekt. Een afwijkende visie is verdedigd door Van Achterberg, volgens wie de

cessionaris een aandeel in het hypotheekrecht verkrijgt, ongeacht of de bank- of krediet relatie tot een einde is gekomen.⁶

10.2 HR 16 september 1988, NJ 1989, 10 (Pierson/Onderdrecht)

De verdedigers van de leer dat een bank- of krediet hypotheekrecht alleen vatbaar is voor overgang op een cessionaris, indien de bank- of krediet relatie is geëindigd, beroepen zich daarvoor mede op de uitspraak van de Hoge Raad inzake Pierson/Onderdrecht.

In deze uitspraak waren de feiten als volgt. Balkema heeft ten behoeve van Pierson, Heldring en Pierson (PHP) in 1977 en 1978 een aantal bank hypotheekrechten gevestigd. Op 1 augustus 1980 is de krediet relatie tussen Balkema en PHP geëindigd. Na die datum heeft PHP geen krediet meer aan Balkema verstrekt. Vervolgens is Balkema op 23 maart 1983 in staat van faillissement geraakt. Op 1 november 1983 heeft PHP haar restantvordering op Balkema overgedragen aan de Friesch-Groningsche Hypotheekbank (FGH). Een aantal verhuypotheekte panden was inmiddels eigendom van Onderdrecht. Onderdrecht had er dan ook belang bij om vastgesteld te krijgen dat FGH geen hypotheekrecht had verkregen op de betreffende panden. Onderdrecht voert aan dat het karakter van een bank hypotheek aan een overgang van dat recht op een cessionaris in de weg staat en dat FGH derhalve geen hypotheekhouder is geworden.

Volgens de Hoge Raad is voor de vraag of het hypotheekrecht is overgegaan op FGH de uitleg van de hypotheekakte beslissend. De Hoge Raad oordeelt als volgt:

'De vraag of de omschrijving van de bestaande en toekomstige vorderingen waarvoor een hypotheek tot zekerheid zal strekken, meebrengt dat de hypotheek – in weerwil van de hoofdregel dat zij als afhankelijk recht mee overgaat met de vordering waaraan zij is verbonden – uitsluitend en dus ook in geval van cessie toekomt aan degene ten behoeve van wie zij is gevestigd, is in beginsel een kwestie van uitleg van die omschrijving, zoals zij in de hypotheekakte is opgenomen. Het hof heeft in dit geval geoordeeld dat in de hiervoor in 3.1 weergegeven omstandigheden de cessie op 1 nov. 1983 van de restantvordering van PHP en FGH overgang van de hypotheeken tot gevolg heeft gehad. Dit oordeel berust kennelijk op een feitelijke uitleg van de boven aangehaalde

3 Zie P.A. Stein, Zekerheidsrechten: hypotheek, 3e druk, Deventer 1986, p. 139; P.A. Stein, Bank- en krediet hypotheeken, in: Kredietverlening naar huidig en komend recht, Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Lelystad 1988, p. 34-35, p. 46 en p. 47 en R.D. Vriesendorp, Enige opmerkingen over de bank hypotheek en subrogatie bij beëindiging van de relatie bank/cliënt, WPNR 5876 (1988), p. 316. Vgl. ook Asser-Mijnssen-Van Velten, nrs. 209 en 286.

4 In deze zin A. Russchen, Crediet hypotheeken, diss. Leiden 1955, p. 80; J.E. Fesevur, Cessie van door (bank-) hypotheek verzekerde restantvordering; afhankelijk (accessoir) karakter van deze hypotheek?, Kwartaalbericht Nieuw BW 1990, p. 63 (l.k.) en F.H.J. Mijnssen, De rekening-courantverhouding, 3e druk, Zwolle 1995 (hierna: 'Mijnssen, De rekening-courantverhouding'), p. 88. Vgl. ook Asser-Mijnssen-Van Velten, nr. 286.

5 Aldus Asser-Van Oven Zakenrecht III, Zwolle 1978, p. 194-195 (met betrekking tot de bank hypotheek); Asser-Kleijn, nr. 156; Asser-Hartkamp 4-I, nr. 564 (alleen t.a.v. krediet hypotheek en krediet borgtocht); A.J.H. Pleysier, De Notarisklerk 1989, p. 21; P.H.M. Gerver, Het recht van hypotheek, Zwolle 1994, p. 87-88; P.A. Stein, Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Lelystad 1988, p. 46 en Fesevur, Kwartaalbericht Nieuw BW 1990, p. 63. Vgl. ook Asser-Mijnssen-Van Velten, nr. 286.

6 Zie M.P. van Achterberg, Overgang van vorderingen en schulden en de gevolgen voor de gevestigde (bank) zekerheden (II), WPNR 6134 (1994), p. 311. Hetzelfde standpunt is recentelijk verdedigd door E. Loesberg, Enige beschouwingen over zekerheden in collectief verband, in: Onderneming en Effecten, p. 530. Zie voor een eveneens van de heersende leer afwijkende mening M.G. van 't Westeinde, De overgangsperikelen van een bank hypotheek, WPNR 6371 (1999) en WPNR 6372 (1999).

bewoordingen van de hypotheekakten met betrekking tot het geval dat zich omstandigheden als door het hof gereleveerd, voordoen. Door aldus te oordelen – en daarbij de vraag van de benaming van een hypotheek als de onderhavige in het midden te laten – heeft het hof geen rechtsregel geschonden. Dit oordeel is ook niet onbegrijpelijk.’

In verschillende commentaren op deze uitspraak wordt erop gewezen dat volgens de Hoge Raad bij de uitleg van de hypotheekakte tevens grote betekenis toekomt aan de omstandigheden van het geval. In de onderhavige casus zou de omstandigheid van belang zijn dat de kredietrelatie reeds was geëindigd voordat de cessie van de restantvordering had plaatsgevonden. In de uitspraak zou een bevestiging moeten worden gelezen van de reeds vóór de onderhavige uitspraak heersende opvatting dat alleen in geval van een beëindiging van de bancaire relatie het hypotheekrecht kan overgaan op een cessionaris.⁷ Naar onze mening berust deze opvatting echter op een onjuiste lezing van het arrest. De hiervoor weergegeven kernoverweging van het arrest is in algemene bewoordingen geformuleerd en niet toegespitst op de situatie dat de bankrelatie is geëindigd. Bovendien stelt de Hoge Raad als hoofdregel voorop dat een hypotheekrecht in geval van cessie de vordering volgt. Weliswaar overweegt de Hoge Raad dat het Hof in de zich voordoe omstandigheden (namelijk de omstandigheid dat de kredietrelatie tussen PHP en Balkema per 1 augustus 1980 was geëindigd) tot zijn oordeel heeft kunnen komen dat de cessie van de restantvordering de overgang van de hypotheek tot gevolg heeft gehad, maar daarmee zegt de Hoge Raad onzes inziens nog niet dat uitsluitend onder die omstandigheden een overgang van het hypotheekrecht als gevolg van cessie mogelijk is. Ook indien de bank- of kredietrelatie tussen schuldenaar en cedent blijft voortduren, geldt dat de vraag of een cessie een overgang van (een gedeelte van) het hypotheekrecht met zich brengt, moet worden beantwoord aan de hand van uitleg van de omschrijving in de hypotheekakte van de vorderingen waarvoor het hypotheekrecht tot zekerheid strekt. De gebruikelijke formulering van een bank- of krediet hypotheekclausule noopt niet tot de conclusie dat het hypotheekrecht alleen vatbaar is voor overgang als gevolg van cessie, indien de bank- of kredietrelatie is beëindigd.

⁷ Aldus Asser-Mijnssen-Van Velten, nr. 286; Van Achterberg, WPNR 6133 (1994), p. 298; Mijnssen, De rekening-courantverhouding, p. 89; A.A. van Velten, WPNR 6206 (1995), p. 881 en M.V. Polak en A.I.M. van Mierlo, Verstreking van zekerheden aan internationale syndicaten, Amsterdam 1998 (hierna: ‘Polak/Van Mierlo, Verstreking van zekerheden’), p. 44-45; Vgl. ook de conclusie van A-G Biegman-Hartogh voor het onderhavige arrest onder nr. 5.

10.3 HR 14 april 1927, NJ 1927, 763 (NV Bodengravnische Bankvereeniging/Kiebert)

Vaak wordt ter onderbouwing van de heersende leer ook een beroep gedaan op het arrest Bodengravnische Bankvereeniging. Hier ging het om een cessie door een bank van het op een bepaald tijdstip bestaande saldo van een rekening-courant. De rekening werd ten tijde van de cessie echter niet afgesloten. Het betrof derhalve niet de cessie van het eindsaldo van de rekening. Iemand anders dan de schuldenaar van de bank had zich jegens de bank borg gesteld voor al hetgeen de bank uit de rekening-courant of welke hoofde ook te vorderen mocht krijgen. Er was sprake van een zogeheten bankborgtocht.⁸ De vraag rees of de cessionaris de borg tot betaling kon aanspreken. De Hoge Raad oordeelde als volgt:

‘dat eene borgtocht als de onderhavige niet slechts tot waarborg strekt voor hetgeen de debiteur op zeker oogenblik verschuldigd is, maar ook voor hetgeen hij later, uit welken hoofde ook, nog verschuldigd mocht worden; dat zoodanige borgtocht derhalve zonder meer niet tot een bepaalde schuldvordering der Bank behoort, in welk geval zij trouwens met die schuldvordering zou te niet gaan, en dan ook niet aannemelijk is, dat bij geheele of gedeeltelijke overdracht door de Bank van hetgeen zij op zeker oogenblik van den debiteur te vorderen heeft – hoedanige overdracht bij vorderingen uit handelspapier veelvuldig kan voorkomen – de borgtocht geheel of ten deele mede zou overgaan; dat dit onder bepaalde omstandigheden wellicht anders zou kunnen zijn, maar dat, waar de Rechtbank in het tot staving van den eisch gestelde uitsluitend gelezen heeft een cessie van de vordering van de Bank op de eischeresse en het middel steunt op de stelling dat zoodanige cessie zonder meer de borgtocht mede doet overgaan, dit middel niet tot cassatie kan leiden;’

Volgens een aantal auteurs zou uit deze uitspraak reeds volgen dat bank- of kredietzekerheden in geval van cessie de gecedeerde vordering in ieder geval niet volgen, zolang de bank- of kredietrelatie nog niet is beëindigd.⁹ Deze auteurs gaan kennelijk ervan uit dat het oordeel van de Hoge Raad dat de borgtocht niet was overgegaan op de cessionaris, rechtstreeks volgde uit het feit dat de bankrelatie ten tijde van de cessie niet was beëindigd.

Interessant is de annotatie van het arrest door Meijers in de Nederlandse Jurisprudentie. Meijers wijst erop dat de vraag of de cessionaris de borg kan aanspreken in het geheel geen rechtsvraag is, maar een feitelijke vraag. Hij merkt het volgende op:

⁸ In het arrest zelf wordt overigens gesproken van een kredietborgtocht.

⁹ Zie o.a. Mijnssen, De rekening-courantverhouding, p. 87-88 en Polak/Van Mierlo, Verstreking van zekerheden, p. 45.

'Alles hangt hier van af; voor welke vordering(en) is de borgtocht, resp. hypotheek gesteld: voor alle schuldvorderingen die de Bank op den credietnemer zal verkrijgen of alleen voor hetgeen de Bank bij het eind der credietverhouding te vorderen heeft? En verder is de borgtocht, resp. hypotheek, bedoeld als een zuiver persoonlijk recht van den schuldeischer of als een recht, dat met de vordering van de Bank kan overgedragen worden?'

Het komt derhalve in de woorden van het Pierson-arrest neer op de 'omschrijving van de bestaande en toekomstige vorderingen' tot zekerheid waarvan de hypotheek of de borgtocht strekt. Dat het daarbij gaat om een feitelijke vraag en niet om een rechtsvraag, zou volgens Meijers duidelijk blijken uit de overweging van de Hoge Raad dat het *niet aannemelijk is* dat bij cessie door de bank van hetgeen zij op een gegeven moment te vorderen heeft, rechten uit de borgtocht geheel of gedeeltelijk zouden overgaan, hoewel dit *onder bepaalde omstandigheden wellicht anders zou kunnen zijn*. De stelling dat het niet aannemelijk is dat rechten uit de borgtocht overgaan op de cessionaris, zou voortvloeien uit het feit dat de borgtocht 'niet tot een bepaalde schuldvordering behoort', maar tot een complex van vorderingen. Meijers benadrukt dat uit het arrest niet mag worden afgeleid dat volgens de Hoge Raad een bank- of kredietborgtocht niet accessoir is aan een bepaalde vordering uit het complex van vorderingen waarvoor de borgtocht is gesteld. Uit het arrest zou alleen volgen dat moet worden uitgegaan van een vermoeden van een partijbedoeling die inhoudt dat de rechten uit de borgtocht in geval van cessie van één van de daardoor gesecureerde vorderingen, niet op de cessionaris overgaan. Volgens Meijers stelt de Hoge Raad een vermoeden op van 'niet-overdraagbaarheid'. Meijers lijkt ervan uit te gaan dat de 'omstandigheden' waar de Hoge Raad op doelt en die met zich kunnen brengen dat het vermoeden van 'niet-overdraagbaarheid' dient te wijken, met name betrekking hebben op de omschrijving door partijen van de vorderingen tot zekerheid waarvan de borgtocht strekt en niet zozeer op de vraag of de bankrelatie al dan niet is geëindigd. Partijen zouden, indien zij de rechten uit de borgtocht vatbaar willen maken voor overgang, dit uitdrukkelijk in de borgtochtovereenkomst moeten bepalen.

10.4 Eigen opvatting: gedeeltelijke overgang van het hypotheekrecht

De uitspraak van de Hoge Raad in het arrest Pierson-Onderdrecht sluit aan bij de beschouwingen van Meijers naar aanleiding van het arrest inzake de Bodengravensche Bankvereniging. De vraag of het hypotheekrecht in geval van cessie geheel of gedeeltelijk overgaat op de cessionaris is een kwestie van

uitleg van de hypotheekakte, dat wil zeggen van de bedoeling van hypotheekgever en hypotheekhouder.

De vraag rijst op welke wijze de omschrijving in een standaard bank- of krediet hypotheekclausule van de vorderingen waarvoor de hypotheek is gevestigd, moet worden uitgelegd. In hoofdlijnen dienen zich drie mogelijkheden aan:

1 Uit de omschrijving van de gesecureerde vorderingen blijkt dat het hypotheekrecht een strikt persoonlijk karakter heeft, d.w.z. dat het slechts is gevestigd voor vorderingen die *deze* bank/schuldeiser op de schuldenaar heeft of zal verkrijgen. In dit geval is een overgang van het hypotheekrecht uitgesloten, ook indien de bank- of kredietrelatie is geëindigd. In geval van overgang van de vordering voldoet zij immers niet meer aan de omschrijving in de hypotheekakte, namelijk dat de vordering aan de oorspronkelijke schuldeiser toebehoort.

2 Uit de omschrijving blijkt dat het hypotheekrecht is gevestigd ter securering van de restantvordering(en) die de bank/schuldeiser op de schuldenaar heeft bij beëindiging van de bank- of kredietrelatie. Het hypotheekrecht kan alleen worden uitgeoefend voor de restantvordering bij beëindiging van de bank- of kredietrelatie. Dat is immers de vordering waarvoor hypotheek is verleend. Zolang de bank- of kredietrelatie voortduurt, is uitoefening van het hypotheekrecht niet mogelijk. Tussentijdse cessie van een vordering leidt niet tot een (gedeeltelijke) overgang van het hypotheekrecht, aangezien het hypotheekrecht niet voor deze vordering is gevestigd. Overgang van het hypotheekrecht op een cessionaris is pas mogelijk als de bank- of kredietrelatie is geëindigd en er bovendien een restantvordering is die gecedeerd wordt.

3 Uit de omschrijving blijkt dat het hypotheekrecht is verleend voor iedere vordering die de bank/schuldeiser uit hoofde van een bepaald krediet (krediet hypotheek) of uit welke hoofde ook (bank hypotheek) op de schuldenaar heeft of zal verkrijgen. In dit geval secureert het hypotheekrecht een veelheid van (min of meer onbepaalde) vorderingen. Het hypotheekrecht kan voor iedere vordering worden uitgeoefend, mits de schuldenaar in verzuim verkeert. Overgang van een van de gesecureerde vorderingen leidt tot een gedeeltelijke overgang van het hypotheekrecht. Cessie van de restantvordering bij beëindiging van de bank- of kredietrelatie resulteert in overgang van het gehele hypotheekrecht.

Welke uitleg ligt nu het meest voor de hand? Naar onze mening is dat de uitleg genoemd onder (3). Wij zouden, anders dan de Hoge Raad in 1927 deed, voor het huidige recht als uitgangspunt willen nemen dat een bank- of krediethypotheekrecht in geval van cessie geheel of gedeeltelijk overgaat op de cessionaris, ongeacht of de bank- of kredietrelatie is geëindigd. In de woorden van Meijers: er geldt een 'vermoeden van overdraagbaarheid'. De bewoordingen van een doorsnee bankhypotheek- of krediethypotheekakte zijn onzes inziens duidelijk. De clausule dat het hypotheekrecht strekt tot zekerheid van al hetgeen de hypotheekhouder 'uit welken hoofde ook' heeft te vorderen (bankhypotheek) of van al hetgeen verschuldigd is of wordt ter zake van een bepaald krediet (krediethypotheek), wijst duidelijk op een partijbedoeling het hypotheekrecht afhankelijk te doen zijn van *elke* vordering die uit de bank- of kredietrelatie voortvloeit.¹⁰ Indien de bewoordingen van een bank- of krediethypotheekclausule er niet op wijzen dat het hypotheekrecht is gevestigd voor de restantvordering, dan kan het hypotheekrecht naar onze mening niet anders dan afhankelijk zijn van elke afzonderlijke vordering die voortvloeit uit de bank- of kredietrelatie. Zoals wij hiervoor reeds hebben opgemerkt, kent het Nederlandse recht niet de hypotheek die accessoir is aan de tussen hypotheekgever en hypotheeknemer bestaande rechtsverhouding. De enige vraag die dan overblijft, is of als hoofdregel moet worden aanvaard dat een bank- of krediethypotheekrecht een hoogstpersoonlijk karakter heeft, zodat het niet voor overgang in geval van cessie vatbaar is. Deze vraag kan naar onze mening ontkennend worden beantwoord. De bewoordingen van een doorsnee bank- of krediethypotheekclausule geven in ieder geval geen enkele aanleiding om te veronderstellen dat het hypotheekrecht een hoogstpersoonlijk karakter heeft. Kon men in het verleden nog verdedigen dat de aard van de rechtsverhouding tussen bank en cliënt met zich bracht dat een bank- of krediethypotheekrecht een hoogstpersoonlijk karakter bezat, in deze tijd lijkt ons deze stelling echter niet meer op te gaan.

Men zou hiertegen kunnen aanvoeren dat de bewoordingen van de hypotheekakte niet doorslaggevend zijn. Bij contractsuitleg kan immers niet met een zuiver taalkundige benadering worden volstaan. Beslissend is de betekenis die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer aan de omschrijving van de vorderingen waarvoor hypotheek is verleend, mochten toekennen en hetgeen zij redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Wij zouden willen aannemen dat tegenwoordig in het merendeel

van de gevallen verstrekkers van hypothecair krediet erop mogen vertrouwen dat in geval van cessie van een mede door het hypotheekrecht gedekte vordering het hypotheekrecht de gecedeerde vordering geheel of gedeeltelijk volgt, ongeacht of de bank- of kredietrelatie is geëindigd. Daartegen zou men kunnen aanvoeren dat de schuldenaar belang kan hebben bij uitsluiting van de mogelijkheid van een overgang van het hypotheekrecht op een rechtsopvolger van zijn schuldeiser, welk belang zwaarder weegt dan dat van de schuldeiser. De schuldenaar zou immers geconfronteerd kunnen worden met een cessionaris die een strenger incassobeleid voert en derhalve wel eens eerder tot uitwinning van het hypotheekrecht zou kunnen besluiten dan de cedent gedaan zou hebben. Naar onze mening snijdt dit argument geen hout. Reeds het feit dat de hypothecaire vordering zelf voor overdracht vatbaar is, maakt het mogelijk dat de schuldenaar een nieuwe schuldeiser tegenover zich ziet die minder coulant is dan zijn voorganger.

Ter voorkoming van iedere twijfel zou men in de hypotheekakte kunnen bepalen dat in geval van cessie (of ruimer: overgang) van een door het hypotheekrecht gedekte vordering, het hypotheekrecht geheel of gedeeltelijk overgaat op de cessionaris. In dat geval kan er geen twijfel meer over bestaan dat het hypotheekrecht (mede) accessoir is aan de gecedeerde vordering en dat het hypotheekrecht geen hoogstpersoonlijk recht is dat niet voor overgang vatbaar is.

Naar onze mening geldt als hoofdregel dat de cessionaris van een door een bank- of krediethypotheekrecht verzekerde vordering een gedeelte van het hypotheekrecht verkrijgt. De cessie van een vordering die is versterkt met een bank- of krediethypotheekrecht, verschilt in juridisch opzicht niet wezenlijk van de cessie van een gedeelte van een vordering waarvoor een vaste hypotheek is gevestigd. Algemeen wordt aangenomen dat ook in dat geval de cessionaris een gedeelte van het hypotheekrecht verkrijgt.¹¹ Hetzelfde geldt voor een vaste hypotheek die is verleend voor twee of meer bestaande vorderingen, waarna een van deze vorderingen in haar geheel wordt gecedeerd. Ook in dat geval verkrijgt de cessionaris een gedeelte van het hypotheekrecht. Het feit dat het bank- of krediethypotheekrecht mede strekt tot zekerheid van ten tijde van de cessie nog toekomstige vorderingen die min of meer onbepaald zijn, staat de overgang van een deel van het hypotheekrecht niet in de weg. Dit is slechts anders indien uit de omschrijving van de vorderingen waarvoor hypotheek is verleend, volgt dat het hypotheekrecht een persoonlijk karakter heeft, dan wel is gevestigd voor de restantvordering bij beëindiging van de bank- of kredietrelatie.

10 Anders Fesevur, Kwartaalbericht Nieuw BW 1990, p. 63, die van mening is dat in het algemeen moet worden uitgegaan van de bedoeling dat het hypotheekrecht is gevestigd voor de restantvordering die de hypotheekhouder bij het einde van de bankrelatie op de hypotheekgever heeft.

11 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 528, p. 534 en p. 560; A.A. van Velten, WPNR 6141 (1994), p. 422; Polak/Van Mierlo, Verstreking van zekerheden, p. 44; M.P. van Achterberg en A.B. Brakel, Kredietverlening door een groep van banken en de vestiging van zakelijke zekerheden, De NV 1998, p. 70; Van 't Westeinde, WPNR 6371 (1999), p. 689 en Mon. Nieuw BW, B-44 (Van Achterberg), nrs. 9 en 10.

In geval van een partiële cessie van een door een vaste hypotheek geseceureerde vordering die leidt tot een splitsing van de vordering in twee afzonderlijke vorderingen, is het goed verdedigbaar dat ook het hypotheekrecht zich splitst in twee hypotheekrechten van gelijke rang, tenzij cedent en cessionaris anders zijn overeengekomen. De nevenrechten volgen in beginsel het lot van de gecedeerde vordering.¹² Het beginsel van ondeelbaarheid (art. 3:230 BW) staat daaraan naar onze mening niet in de weg. Uit het beginsel van ondeelbaarheid volgt slechts dat het hypotheekrecht naar evenredigheid drukt op het gehele verhypothekerde registergoed met al zijn bestanddelen, en dat de geseceureerde vordering in haar geheel op de gehele executieopbrengst kan worden verhaald.¹³ Uit het beginsel van ondeelbaarheid kan niet worden afgeleid dat een splitsing van het hypotheekrecht in geval van een partiële cessie niet mogelijk is. Een splitsing van het hypotheekrecht kan onzes inziens mogelijk ook worden aangenomen in geval van de cessie van een door een bank- of krediethypotheekrecht geseceureerde vordering.

Ten aanzien van de partiële cessie zouden wij bovendien willen verdedigen dat cedent en cessionaris kunnen overeenkomen dat de cessionaris bepaalde nevenrechten volledig verkrijgt, zodat deze nevenrechten niet langer als nevenrechten behoren bij de vordering die de cedent blijft behouden. In de parlementaire geschiedenis wordt opgemerkt dat in geval van een gedeeltelijke overgang van de vordering op een nieuwe schuldeiser, de rechten genoemd in art. 6:142 lid 1 BW, waaronder de rechten van pand en hypotheek, slechts voor hetzelfde breukdeel overgaan, *tenzij anders is overeengekomen*. Dit werd zo evident gevonden dat het niet nodig is geoordeeld dit uitdrukkelijk in de wet vast te leggen.¹⁴ In geval van de cessie van een vordering die is verzekerd door een bank- en krediethypotheekrecht zouden wij hetzelfde willen aannemen. Cedent en cessionaris kunnen overeenkomen dat de cessionaris niet slechts een deel, maar het gehele hypotheekrecht verkrijgt. Het hypotheekrecht blijft echter in beginsel strekken tot zekerheid van de vorderingen waarvoor het is gevestigd. Het hypotheekrecht blijft derhalve afhankelijk van zowel de vordering van de cessionaris, als van de vorderingen die de cedent op de schuldenaar heeft of in de toekomst nog zal verkrijgen. Voor zover het hypotheekrecht nog andere vorderingen secureert dan de gecedeerde vordering, kan de cessionaris gedeeltelijk worden aangemerkt als gerechtigde van het hypotheekrecht ten titel van beheer. In geval van verzuim van de schuldenaar oefent hij het hypotheekrecht mede uit ten behoeve van de cedent of diens rechtsopvolgers. Naar onze mening staat het beginsel van accessoiriteit niet in de weg aan een

(gedeeltelijke) scheiding van de hoedanigheden van schuldeiser en zekerheidsgerechtigde.¹⁵

10.5 Conclusie

Anders dan over het algemeen wordt aangenomen, geldt onzes inziens als hoofdregel dat in geval van een cessie van een door een bank- of krediethypotheek geseceureerde vordering, het hypotheekrecht gedeeltelijk overgaat op de cessionaris. Dit is slechts anders indien uitleg van de hypotheekakte tot de conclusie leidt dat het hypotheekrecht een hoogstpersoonlijk karakter heeft, dan wel is gevestigd voor de restantvordering van de cedent bij beëindiging van de bank- of kredietrelatie. Uit de gebruikelijke bewoordingen van een bank- of krediethypotheekclausule volgt naar onze mening duidelijk dat het hypotheekrecht accessoir is aan alle bestaande en toekomstige vorderingen die de hypotheekhouder uit welken hoofde ook (bankhypotheek) of uit een bepaalde kredietverhouding (krediethypotheek) op de hypotheekgever heeft of zal verkrijgen en dat het hypotheekrecht geen strikt persoonlijk karakter heeft. In geval van partiële cessie van een door een vast hypotheekrecht geseceureerde vordering vindt er in beginsel een splitsing van het hypotheekrecht plaats. Hetzelfde kan worden aangenomen in geval van cessie van een door een bank- of krediethypotheekrecht geseceureerde vordering.

12 Vgl. Suijling V, nr. 473.

13 Vgl. o.a. P.A. Stein, *Zekerheidsrechten: hypotheek*, 3e druk, Deventer 1986, p. 28-29 en M. Scheffers, *Knelpunten bij de securering van syndicaatsleningen door gezamenlijke (bank)hypotheek*, AA 48 (1999), p. 7.

14 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 528.

15 Zie M.H.E. Rongen, *De trustee bij obligatieleningen*, in het bijzonder de security trustee, in: *Verteenwoordiging en Tussenpersonen*, p. 327-328 met verdere literatuurverwijzingen.

Tot besluit

De cessie heeft een dualistisch karakter: zij leidt tot overdracht (goederenrecht) en crediteursvervanging (verbintenissenrecht). Het was denkbaar geweest dat de wetgever door nadruk te leggen op het verbintenisrechtelijke karakter, ervoor gekozen zou hebben de cessie niet in het goederenrecht maar in het verbintenissenrecht te regelen.¹ In dat geval had hij een harmonieuze regeling van cessie, subrogatie en contractsoverneming tot stand gebracht, niet alleen voor de verbintenisrechtelijke gevolgen van de overgang, maar ook voor de overgang van de vordering zelf. De cessie zou – evenals de contractsoverneming – een abstracte rechtshandeling zijn geworden, waarop het fiduciaverbod niet van toepassing zou zijn. Vorderingen uit reeds bestaande contracten zouden – evenals bij de contractsoverneming – faillissementsbestendig kunnen worden overgedragen en voor overgang van de vordering zou – net zoals bij subrogatie – geen mededeling aan de debiteur van de vordering nodig zijn. Het zou vanuit het oogpunt van overzichtelijkheid voordelen hebben gehad indien de wetgever de hoofdregels voor alle gevallen van schuldeisersvervanging in één titel van het nieuwe Burgerlijk Wetboek zou hebben samengebracht.

Voor de beschouwing van de cessie als een op overdracht gerichte levering valt evenwel inhoudelijk veel te zeggen. Deze zienswijze doet recht aan het dualistische karakter van de overdracht van vorderingen op naam. De overdracht van vorderingen op naam wordt in beginsel door dezelfde regels beheerst als de overdracht van andere goederen (titel 3.4 BW), terwijl voor de verbintenisrechtelijke aspecten van de cessie (crediteursvervanging) dezelfde regels gelden als voor andere gevallen van overgang van vorderingen (titel 6.2 BW). Vorderingen zijn belangrijke vermogensbestanddelen en het ligt voor de hand deze evenals zaken als voor overdracht en bezwaring vatbare goederen te beschouwen. Dit heeft met name praktische voordelen

wanneer men vorderingen als object van beperkte rechten (pand en vruchtgebruik) wil toelaten. Veelzeggend is in dit opzicht het Duitse recht, waar de cessie in het verbintenissenrecht geregeld is, terwijl de verpanding van vorderingen in het goederenrecht haar plaats heeft gevonden. Deze indeling is vanuit het oogpunt van wetssystematiek niet fraai en wordt in Duitsland bekritiseerd.²

Van groot belang is dat men oog heeft voor het bijzondere karakter van vorderingen op naam. Vorderingen zijn, in tegenstelling tot zaken, juridische abstracties. Waar men bijvoorbeeld fysiek non-existente zaken moeilijk als bestaande zaken kan kwalificeren, heeft men bij vorderingen een grotere vrijheid om deze rechtens als bestaande goederen aan te merken. Men moet zich dan ook niet te veel laten leiden door analogieën met fysieke zaken. Dergelijke analogieën zijn belangrijk, maar tevens dient men het bijzondere, dualistische karakter van vorderingen op naam en de verwantschap van de cessie met rechtsfiguren als contractsoverneming en subrogatie voor ogen te houden en hiermee rekening te houden bij de verdere ontwikkeling van het recht betreffende de overdracht van vorderingen op naam.

De door ons voorgestane benadering van de overdracht van vorderingen op naam is goed hanteerbaar en is gebaseerd op een evenwichtige beoordeling van de belangen van de betrokken partijen. Het maakt gekunstelde constructies om de bezwaren van het mededelingsvereiste te mitigeren overbodig en biedt een duidelijk criterium ter bepaling van het bestaan van vorderingen in het kader van toepassing van art. 35 lid 2 Fw. Het gaat uit van een redelijke afweging van enerzijds het belang van financiële instellingen en hun wederpartijen om een faillissementsbestendige cessie te kunnen verrichten en anderzijds het belang van de crediteuren van de cedent om zijn vermogen niet bij voorbaat uitgehold te zien worden. Het hanteert een interpretatie van art. 3:84 lid 3 BW en van het bepaaldheidsvereiste (art. 3:84 lid 2 BW) die voorkomt dat onnodige obstakels bestaan voor transacties als factoring en securitisatie. Aan de economisch belanghebbende bij vorderingen kan bescherming worden geboden tegen insolventie van de rechthebbende, door te aanvaarden dat de vorderingen een afgescheiden vermo-

¹ In vergelijkbare zin, Verpaalen, Preadvies Broederschap Candidaat-Notarissen, p. 1, 5; Pillo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht, nr. 256.

² Zie vooral F. Wieacker, *Die Forderung als Mittel und Gegenstand der Vermögenszuordnung*, in: *Kleine juristische Schriften*, Göttingen 1988, p. 243-260. Voor een vergelijking van de natuurrechtelijke opvatting van de vordering als vermogensbestanddeel met de in het BGB tot uitdrukking gebrachte pandectistische theorieën hieromtrent, zie F. Wieacker, *Zum System des deutschen Vermögensrecht*, Leipzig 1941, p. 26-37. Zie verder B. Huwiler, *Der Begriff der Zession in der Gesetzgebung seit dem Vernunftrecht*, Zürich 1975.

gen vormen. De absolute werking van het onoverdraagbaarheidsbeding wordt zodanig geïnterpreteerd dat het niet altijd een belemmering behoeft te vormen voor de rechthebbende van vorderingen om over deze belangrijke vermogensbestanddelen te beschikken. Regels met betrekking tot de meerpartijenovereenkomst worden analogisch toegepast op de rechtsverhouding tussen cedent, cessionaris en debitor cessus, zodat de cessionaris tot op zekere hoogte wordt beschermd tegen een verval of vermindering van zijn rechten waaraan hij zelf niet heeft meegewerkt. In tegenstelling tot wat veelal verdedigd wordt gaan bank- en kredietzekerheidsrechten gedeeltelijk over op de cessionaris, ook al is de bank- of kredietrelatie tussen cedent en debitor cessus niet beëindigd.

In een reeks van arresten heeft de Hoge Raad een aantal voor de financieringspraktijk relevante onduidelijkheden in het nieuwe recht opgehelderd, waarbij hij blijk heeft gegeven zich bewust te zijn van de wenselijkheid om onder het oude recht gehanteerde financieringsstructuren ook onder het huidige recht te kunnen continueren. Wij noemen de arresten inzake de reikwijdte van art. 3:84 lid 3,³ de verkorte registratie van pandlijsten,⁴ de interpretatie van het bepaaldheidsvereiste,⁵ de voorrang van de stille pandhouder inzake betalingen die na faillietverklaring aan de failliete pandgever zijn gedaan⁶ en het recht toepasselijk op de overdracht van vorderingen op naam.⁷

In dit preadvies hebben wij vooral aandacht gegeven aan onvolkomenheden en onzekerheden verbonden aan het huidige recht en aan oplossingen in wetgeving en rechtspraak die naar onze mening onwenselijk zijn. Het belangrijkste thema van dit preadvies was op welke wijze een adequate regeling van de overdracht van vorderingen op naam totstandgebracht kan worden, die aansluit bij de behoeften van het hedendaagse handels- en kredietverkeer. De meeste 'afwijkende' oplossingen die wij hebben voorgesteld, laten zich goed inpassen in het systeem van de wet, maar staan soms op gespannen voet met jurisprudentie van de Hoge Raad. Wij hebben getracht

3 HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119 (Keerweer q.q./Sogelease BV).

4 HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 447 (Stichting Spaarbank Rivierenland/Gispén q.q.).

5 HR 16 juni 1995, NJ 1996, 508 (Ontvanger/Rabobank IJmuiden); HR 19 september 1997, NJ 1998, 689 (Verhagen q.q./INB II); HR 19 december 1997, 1998, 690 (Zuidgeest/Furness); HR 20 juni 1997, NJ 1998, 362 (Wagemakers q.q./Rabobank Roosendaal).

6 Hoge Raad 17 februari 1995, NJ 1996, 471 (Mulder q.q./Crediet Lyonnais Bank Nederland NV).

7 HR 16 mei 1997, NJ 1998, 585 (Brandsma q.q./Hansa Chemie AG).

een regeling van de cessie voor te stellen die het Nederlands recht laat aansluiten bij de rechtsstelsels van naburige landen. Dit voorkomt dat de financieringspraktijk gedwongen wordt haar toevlucht te nemen tot de mogelijkheden die ons internationaal privaatrecht biedt om het Nederlands recht te ontwijken. Het Nederlands recht dient aantrekkelijk te blijven voor financiële en commerciële transacties.

Jurisprudentieregister

Hoge Raad

24 mei 1911, W. 9145 / 21
 9 november 1917, NJ 1917, 1186 / 127
 14 april 1927, NJ 1927, 763, m.nt. EMM / 141
 25 februari 1932, NJ 1932, 301, m.nt. PS / 37
 29 december 1933, NJ 1934, 343, m.nt. PS / 37
 15 maart 1940, NJ 1940, 848, m.nt. EMM / 37, 48, 62, 124
 30 november 1956, NJ 1957, 81 / 33
 7 maart 1958, NJ 1958, 278, m.nt. LEHR / 130, 131
 30 oktober 1959, NJ 1960, 158 / 110
 19 februari 1960, NJ 1960, 178 / 119
 19 juni 1964, NJ 1965, 341 / 131
 12 januari 1968, NJ 1968, 274, m.nt. HD / 123
 10 januari 1975, NJ 1976, 249, m.nt. BW / 61
 10 februari 1978, NJ 1979, 338, m.nt. WMK / 123
 3 oktober 1980, NJ 1981, 60, m.nt. WMK / 75
 24 oktober 1980, NJ 1981, m.nt. WMK / 38
 13 maart 1981, NJ 1981, 635, m.nt. CJHB / 88
 26 maart 1982, NJ 1982, 615, m.nt. WMK / 38, 45, 59, 69
 21 oktober 1983, NJ 1984, 254, m.nt. Ma / 78
 3 februari 1984, NJ 1984, 752, m.nt. WMK / 82
 11 oktober 1985, NJ 1986, 68 / 51
 30 januari 1987, NJ 1987, 530, m.nt. G / 38, 59
 25 maart 1988, NJ 1989, 200, m.nt. WMK / 39, 47
 16 september 1988, NJ 1989, 10 / 139
 7 oktober 1988, NJ 1989, 449, m.nt. JBMV / 54
 28 oktober 1988, NJ 1989, 83 / 78
 22 december 1989, NJ 1990, 661, m.nt. PvS / 64
 5 januari 1990, NJ 1990, 325 / 39
 12 januari 1990, NJ 1990, 766, m.nt. WMK / 98, 108
 25 januari 1991, NJ 1992, 172, m.nt. HJS / 37, 62
 15 maart 1991, NJ 1992, 605, m.nt. WMK / 38

3 mei 1991, NJ 1992, 229, m.nt. PAS / 78
 24 mei 1991, NJ 1992, 246, m.nt. PvS / 68
 10 januari 1992, NJ 1992, 744, m.nt. HJS / 37
 29 januari 1993, NJ 1994, 171, m.nt. PvS / 99, 112
 11 juni 1993, NJ 1993, 776, m.nt. JCS / 20
 5 november 1993, NJ 1994, 640, m.nt. HJS / 104, 105
 14 oktober 1994, NJ 1995, 447, m.nt. WMK / 85, 150
 4 november 1994, NJ 1995, 627, m.nt. PvS / 65
 17 februari 1995, NJ 1996, 471, m.nt. WMK / 24, 150
 21 april 1995, NJ 1996, 652, m.nt. WMK / 88
 19 mei 1995, NJ 1996, 119, m.nt. WMK / 71, 150
 16 juni 1995, NJ 1996, 508, m.nt. WMK / 69, 85, 150
 16 mei 1997, NJ 1998, 585, m.nt. ThMdB, JOR 1997/77, m.nt. H.L.E. Verhagen / 16, 17, 150
 20 juni 1997, NJ 1998, 362, m.nt. WMK / 85, 88, 92, 150
 19 september 1997, NJ 1998, 689 / 85, 92, 150
 24 oktober 1997, NJ 1999, 316, m.nt. ThMdB, JOR 1997/146, m.nt. H.L.E. Verhagen / 17
 19 december 1997, NJ 1998, 690, JOR 1998/40 / 85, 92, 120, 122, 150
 21 mei 1999, JOR 1999/157, m.nt. N.E.D. Faber / 82
 12 november 1999, RvdW 1999, 170C / 130

Gerechtshof

Hof Amsterdam 23 februari 1939, NJ 1939, 879 / 131
 Hof 's-Hertogenbosch 1 oktober 1975, NJ 1976, 294 / 131
 Hof 's-Hertogenbosch 18 mei 1992, NJ 1993, 62 / 114, 118

Arrondissementsrechtbank

Rb. Haarlem 2 november 1920, NJ 1920, 1167 / 131
 Rb. Rotterdam 25 maart 1999, JOR 1999/267, m.nt. Kortmann / 91
 Rb. Rotterdam 19 augustus 1999, JOR 1999/267 / 34

Hof van Cassatie

17 oktober 1996, Rechtskundig Weekblad 1996-1997, 1395 / 73

Bundesgerichtshof (BGH)

28 november 1968, BGHZ 51, 113 / 102

Queens Bench Division

Re Davis & Co, ex p Rawlings (1889) 22 QBD (CA) / 64