

Vergaderjaar 2002–2003

**28 878**

## **Wijziging van artikel 94 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het mededelingsvereiste**

**Nr. 3**

### **MEMORIE VAN TOELICHTING**

#### **Artikel I**

I. In 1992 is bij de invoering van het nieuwe vermogensrecht voor de cessie van een vordering het vereiste van mededeling aan de debiteur ingevoerd. Artikel 94 bepaalt nu immers dat voor de levering van onder meer vorderingsrechten, behalve een daartoe bestemde akte, ook een mededeling vereist is aan de personen tegen wie deze rechten moeten worden uitgeoefend. Zolang geen mededeling is gedaan, blijft de vordering behoren tot het vermogen van de cedent. In de toelichting op het ontwerp van Prof. Meijers uit 1954 is aangegeven «dat het gewenst is, dat er van de overdracht iets naar buiten blijkt, zodat niet een betekening nog na de faillietverklaring van de overdrager geldig kan geschieden». Daarom is destijds het stelsel gekozen, zoals dat toen nog voor de inpandgeving van vorderingen gold. Over het voorschrift van de mededeling aan de debiteur van de cessie als constitutief vereiste voor de overdracht is tijdens de parlementaire behandeling geen verdere discussie gevoerd.

II. Na de invoering van het nieuwe vermogensrecht in 1992 is gebleken, dat dit voorschrift in de praktijk moeilijkheden geeft in verband met de toen niet voorziene ontwikkeling van figuren in de financiële wereld die een massale gelijktijdige overdracht van vorderingen eisen. Zowel vanuit de financiële praktijk als in de literatuur wordt daarom met klem op het heroverwegen van het onderhavige punt aangedrongen. Ter voorbereiding van het onderhavige wetsvoorstel is daarom aan de hand van overleg met de praktijk nadere studie gewijd aan de wenselijkheid van het schrappen van het mededelingsvereiste bij cessie van vorderingen in het derde lid van artikel 94 van Boek 3 BW. Naar aanleiding van dit overleg is van de zijde van de Nederlandse Vereniging van Banken bovendien een schriftelijke uiteenzetting<sup>1</sup> ontvangen waarin de huidige praktijk wordt beschreven en uitdrukkelijk het voorstel tot schrapping van het mededelingsvereiste bij cessie wordt ondersteund. De nadere onderbouwing van de onderhavige toelichting is mede ontleend aan deze uiteenzetting.

Tijdens het overleg met de praktijk is er in het bijzonder op gewezen, dat in het kader van de moderne vormen van risicomangement van financiële instellingen zich een praktijk is gaan ontwikkelen waarbij op grote

<sup>1</sup> Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

schaal vorderingen, in de regel uit geldlening, worden verhandeld, bijv. in het kader van securitisatie.

De volgende gegevens omtrent securitisatie zijn onder meer ontleend aan Rongen in Tijdschrift voor Insolventierecht, 2002/1-Securitisatie. Met securitisatie wordt bedoeld op een financiële techniek waarbij activa, die zelf vaak illiquide zijn, worden omgezet in verhandelbare effecten. Omdat de investering in dergelijke effecten wordt terugbetaald uit de inkomsten uit de onderliggende activa, is het voor de investeerders in dergelijke effecten van groot belang dat de activa worden geïsoleerd van het vermogen van degene tot wiens vermogen die activa behoren met het oog op het faillissementsrisico van deze laatste. Dit kan het beste worden gerealiseerd door de activa over te dragen aan een speciaal voor dat doel opgerichte rechtspersoon, de zg. «special purpose vehicle», zodat de opbrengsten van de activa uitsluitend ten goede komen aan de investeerders en niet aan de schuldeisers van degene tot wiens vermogen de activa behoren. De SPV dient voor de verkrijging van de vorderingenportefeuille een koopprijs te betalen, welke de SPV financiert door middel van uitgifte van effecten.

Er zijn verschillende redenen om over te gaan tot securitisatie. Ten eerste kan het degene tot wiens vermogen de activa behoren in staat stellen tegen gunstiger voorwaarden financiering te verkrijgen dan mogelijk zou zijn bij meer traditionele financieringsvormen zoals bancair krediet, factoring of uitgifte van een normale obligatielening. Een tweede voordeel is dat onder bepaalde voorwaarden de geëffectiseerde vorderingen van de balans van degene tot wiens vermogen de activa behoren, kunnen worden verwijderd. Dit kan leiden tot een verbetering van de financiële ratio's. Ten derde vermindert de securitisatie de behoefte van een onderneming aan eigen vermogen. Voor kredietinstellingen is de securitisatie van financiële activa een methode om te voldoen aan de solvabiliteitsrichtlijnen van De Nederlandsche Bank. Onder voorwaarden leidt securitisatie tot een vermindering van het solvabiliteitsvereiste. De Nederlandsche Bank heeft (in het kader van de erkenning van de verhandeling van portefeuilles van leningen bij securitisaties) onderschreven dat de verhandeling van portefeuilles voordelen heeft, zoals verbetering van het balansen risicobeheer, diversificatie en vermindering van het kapitaalbeslag. Een en ander wordt uiteengezet in het Securitisiememorandum DNB 25 september 1997, met name in paragraaf II, 2.

Deze moderne vormen van risicomanagement waren ten tijde van de totstandkoming van het nieuwe Burgerlijk Wetboek nog weinig bekend en zijn daarom niet meegewogen. Inmiddels is gebleken dat bij het op grote schaal verhandelen van vorderingen het doen van de mededeling aan de debiteur op logistieke, commerciële en financiële bezwaren stuit. Deze bezwaren zijn hierin gelegen dat de aantallen vorderingen die het onderwerp van dit soort transacties vormen, zo groot zijn dat het vanuit praktisch en commercieel oogpunt bezwaarlijk en vanuit financieel oogpunt onaantrekkelijk is om *alle* debiteuren mededeling van de cessie te doen. Een en ander is in de juridische literatuur dan ook herhaaldelijk geconstateerd, zoals bijv. in de oratie van Rank, De (on)hanteerbaarheid van het Nederlandse recht voor de moderne financiële praktijk, 1998, Serie Onderneming en Recht, deel 12, p. 39–40 en het Preadvies over cessie van Verhagen en Rongen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, 2000, p. 23.

Het bestaan van het mededelingsvereiste heeft tot gevolg gehad, dat door de financieringsmarkt gekozen moet worden voor ingewikkelde constructies in de gevallen dat grote hoeveelheden vorderingen worden verhandeld. Deze constructies komen doorgaans neer op een onmiddellijke effectuering van de economische overdracht van alle vorderingen door de vervreemder aan de verkrijger, gecombineerd met een uitgestelde effectuering van de juridische levering van alle vorderingen door het niet terstond doch eerst in een later stadium doen van mededeling aan de

debiteur. Om de verkrijger van de vordering zoveel mogelijk te beschermen tegen een faillissement van de vervreemder, wordt onmiddellijk een stil pandrecht ten behoeve van de verkrijger op de lening gevestigd (artikel 239 van Boek 3 BW). Een dergelijk pandrecht kan worden gevestigd bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte, zonder mededeling aan de debiteur. Een dergelijk pandrecht kan echter niet dezelfde bescherming bieden als overdracht van de vordering bij authentieke of onderhandse akte zonder mededeling aan de debiteur. Ten eerste kan het pandrecht niet tot zekerheid worden gevestigd van de leveringsverplichting van de vordering zelf. Het pandrecht wordt gevestigd tot zekerheid voor de betalingsverplichting terzake de boete die de vervreemder verbeurt, indien hij niet de vordering op verzoek van de verkrijger levert door mededeling aan de debiteur van de vordering. De verkrijger loopt hier een risico als pas na de datum van de faillissementsverklaring van de vervreemder om levering wordt gevraagd. Men kan dan immers betogen dat de boete niet op het pandrecht mag worden verhaald, omdat dit in strijd zou komen met het in de Faillissementswet besloten liggende fixatiebeginsel, inhoudende dat alle vorderingen na het tijdstip van faillietverklaring worden gefixeerd. Ten tweede loopt de verkrijger-pandhouder die niet tijdig voor het faillissement van de vervreemder de mededeling van het pandrecht doet aan de debiteur van de vordering, het risico dat de debiteur bevrijdend betaalt aan de boedel, terwijl de verkrijger-pandhouder door de omslag van de algemene faillissementskosten slechts een deel van de opbrengst uiteindelijk in handen krijgt. Ten derde kan de verkrijger-pandhouder in het faillissement van de vervreemder worden geconfronteerd met een afkoelingsperiode waardoor de verkrijger gedurende de afkoelingsperiode de opbrengst van deze vorderingen niet kan benutten. En tenslotte kan in een faillissement van de vervreemder de curator aan de verkrijger-pandhouder, omdat hij geen rechthebbende is op de vordering uit de lening, maar separatist, een redelijke termijn stellen om zijn rechten als separatist uit te oefenen (artikel 58 Faillissementswet), wat ertoe kan leiden dat geen optimale opbrengst wordt verkregen.

Men kan het voorgaande aldus samenvatten dat het niet wenselijk is de praktijk te dwingen om van het pandrecht gebruik te maken om het mededelingsvereiste bij cessie te ontgaan, terwijl wat partijen in werkelijkheid zouden willen bereiken juist een cessie is die de vordering volledig op de verkrijger doet overgaan.

III. Ook in het kader van de financieringspraktijk door middel van factoring, vormt het mededelingsvereiste een probleem. Bij factoring verpandt dan wel cedeert een crediteur vorderingen op zijn debiteuren aan de factormaatschappij, opdat de factormaatschappij overgaat tot bevoorschotting op die vorderingen van zijn klant resp. het debiteurenrisico van zijn klant overneemt. De factormaatschappij zal, indien hij overgaat tot bevoorschotting of overname van het debiteurenrisico, een volstrekt recht op (incasso van) de vorderingen moeten hebben. Met het oog daarop is de positie van de factormaatschappij sterker, wanneer hij rechthebbende is op de vordering, dan wanneer hij pandhouder is. Het mededelingsvereiste bij cessie stuit in de praktijk echter op problemen, omdat de klanten van de factormaatschappij om bedrijfseconomische redenen vaak niet willen, dat aan hun debiteuren mededeling wordt gedaan van de overdracht van hun vorderingen aan een factormaatschappij. De praktijk behelpt zich ook hier met stille verpanding. Maar ook hier geldt het bezwaar, dat men aldus de praktijk dwingt om teneinde het mededelingsvereiste bij cessie te ontgaan naar de figuur van het pandrecht grijpt, terwijl men geen zekerheidsrecht wenst, maar juist een volledige overdracht van de betreffende vorderingen.

IV. Aan deze bezwaren van de financiële praktijk wordt tegemoet gekomen met het voorstel om het mededelingsvereiste bij cessie als constitutief vereiste te laten vervallen, mits deze rechten op het tijdstip van de levering reeds bestaan of rechtstreeks zullen worden verkregen uit een dan reeds bestaande rechtsverhouding.

De ratio van het mededelingsvereiste dat duidelijkheid bestaat over het moment van overdracht en dat de overdracht kenbaar is, kan ook worden bereikt met een authentieke akte of een geregistreerde onderhandse akte, zoals in het onderhavige wetsvoorstel wordt voorgesteld (verwezen moge worden naar Verhagen in Onderneming en 5 jaar Nieuw Burgerlijk Recht, 1997, Serie Onderneming en Recht, deel 7, p. 177). Met het voorstel wordt aangesloten bij het stelsel van stille verpanding van vorderingen, zoals geregeld in artikel 3:239 BW, waar evenmin het vereiste geldt van mededeling aan de debiteur van de verpande vordering.

De positie van de debitor cessus wordt in het voorstel niet gewijzigd, nu hij wordt beschermd door de toevoeging dat de overdracht aan hem niet kan worden tegengeworpen, zolang hem daarvan geen mededeling is gedaan. Dat brengt mee dat hij tevoren rechtsgeldig aan de cedent kan betalen. Na mededeling dient hij aan de cessionaris te betalen. Een en ander is geheel conform het huidige recht.

Dat de overdracht ook zonder mededeling aan de debitor cessus reeds voltooid is, is in het bijzonder van belang in het geval dat de cedent in staat van faillissement raakt. Indien de overdrachtsakte van vóór het faillissement dateert, valt het vorderingsrecht niet in de boedel, maar in het vermogen van de cessionaris, die dan alsnog tot mededeling en inning kan overgaan. Dit brengt mee dat de positie van de cessionaris weliswaar ten koste van de positie van de cedent wordt versterkt, maar dat dat met het oog op de concurrentiepositie van Nederland op de internationale financiële markten juist aanbeveling verdient in verband met de wenselijkheid van moderne vormen van risicomangement van financiële instellingen. In dit verband moge ook nog worden opgemerkt dat het kabinet in het kader van de voorgenomen aanpassingen van de toezichtwetgeving voor financiële instellingen heeft aangegeven, dat waar mogelijk wetgeving moet bijdragen aan de verbetering van de concurrentiepositie van de financiële marktsector (Kamerstukken II, 2001/2002, 28 122, nr. 5, p. 6).

V. Met het voorstel wordt ook beter aangesloten bij de wijzen van overdracht in de ons omringende landen. België, Frankrijk, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk kennen alle nl. de mogelijkheid van overdracht van vorderingen zonder dat mededeling aan de schuldenaar een constitutief vereiste is.

De navolgende gegevens zijn onder meer ontleend aan M.P. van Achterberg, Mon. Nieuw BW B-44, onder nr 5 en in WPNR 02/6474 en 6475, p. 109 e.v. resp. 127 e.v. en eerder genoemd Preadvies over cessie, p. 21–22, 28 e.v.. In België komt de overdracht tot stand door een – vormvrije – overeenkomst tussen cedent en cessionaris (artikelen 1690 en 1691 Belgisch Burgerlijk Wetboek). Totdat de cessie door de oude of de nieuwe schuldeiser schriftelijk aan de schuldenaar is medegedeeld of de schuldenaar de cessie heeft erkend, kan hij bevrijdend aan de oude schuldeiser betalen mits hij te goeder trouw is.

In Frankrijk waar nog een onderscheid wordt gemaakt tussen burgerlijk recht en handelsrecht, geschiedt de gewone overdracht door een overeenkomst tussen cedent en cessionaris (artikel 1689 CC). De cessie kan pas tegen derden, met inbegrip van de schuldenaar, worden ingeroepen wanneer zij bij deurwaardersexploot aan de schuldenaar is betekend of de schuldenaar haar bij authentieke akte heeft erkend (art. 1690 CC). De Loi Dailly (Wet van 2 januari 1981, nr 81–1, aangevuld bij de Wet van 24 januari 1984, nr. 84–460) geeft regels voor een vereenvoudigde cessie. De cessie komt tot stand door een door de cedent ondertekende en door de bank gedateerde onderhandse akte. De cedent moet een rechtspersoon

zijn of een bedrijfs- of beroepsmatig handelende natuurlijk persoon, de cessionaris moet een kredietinstelling zijn, en de schuldenaar moet een rechtspersoon zijn of een natuurlijk persoon waarop de vordering in het kader van de beroeps- of bedrijfsuitoefening is ontstaan. Nadat de overdracht aan de schuldenaar is meegedeeld, kan hij niet langer bevrijdend betalen aan de oude schuldeiser.

In Duitsland geschiedt de overdracht van een vordering door een vormvrije, goederenrechtelijke overeenkomst tussen cedent en cessionaris (par. 398 BGB). Mededeling aan de schuldenaar is geen constitutief vereiste. De schuldenaar kan bevrijdend aan de cedent betalen, zolang hij van de overdracht niet op de hoogte is (par. 407 BGB). De schuldenaar kan niet meer bevrijdend aan de cedent betalen, wanneer deze hem de cessie schriftelijk heeft meegedeeld of de cessionaris hem een schriftelijke cessieverklaring van de cedent heeft voorgelegd.

In het Engelse recht moet onderscheid worden gemaakt tussen legal assignment en equitable assignment. Krachtens de Law of Property Act 1925 wordt een vordering overgedragen door een door de cedent ondertekende akte met een schriftelijke mededeling aan de schuldenaar (legal assignment). Zolang geen mededeling is gedaan, is sprake van een equitable assignment. Mededeling aan de schuldenaar is geen constitutief vereiste. Zolang de schuldenaar niet op de hoogte is van de cessie, kan hij bevrijdend betalen aan de cedent.

In de praktijk is thans, ingeval de cessie een internationaal karakter heeft, op grond van artikel 12 van het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst van 19 juni 1980, Trb. 1980, 156 dat recht van toepassing dat door partijen is gekozen. De Hoge Raad heeft in zijn uitspraak van 16 mei 1997, NJ 1998, 585 beslist, dat deze regel niet alleen geldt voor de louter obligatoire verhouding tussen cedent en cessionaris, maar tevens voor de goederenrechtelijke aspecten van de cessie. De bezwaren die bestaan tegen het Nederlandse vereiste van mededeling aan de schuldenaar van de te cederen vordering, heeft ertoe geleid dat altijd voor een van de boven beschreven rechtsstelsels wordt gekozen. Maar deze keuze is uiteraard beperkt tot die gevallen, dat de cessie een internationaal aspect kent.

Ten slotte kan nog worden gewezen op het Verdrag inzake cessie van vorderingen in internationale handel (<http://www.uncitral.org/english/texts/payments/paymentsindex.htm>) dat op 12 december 2001 door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties is aanvaard. Het Verdrag geeft geen regeling hoe de overgang van de cedent op de cessionaris tot stand komt, maar laat dit aan het toepasselijke recht over (artikel 7 Verdrag). Met het oog op één van de hoofddoelstellingen van het Verdrag, de bescherming van de belangen van de schuldenaar in geval van overdracht van een vordering, is in artikel 17 van het Verdrag bepaald dat de schuldenaar bevrijdend aan de oude schuldeiser betaalt, totdat hij mededeling van de cessie heeft ontvangen. Na dat tijdstip kan hij alleen bevrijdend betalen aan de cessionaris of indien een ander is aangewezen aan die ander. De slotzin van het voorgesteld derde lid van artikel 3:94 BW geeft de schuldenaar een zelfde bescherming.

Nu de voorgestelde regeling maakt, dat het Nederlandse stelsel beter in de pas loopt met de stelsels in de ons omringende landen, wordt ook uit dit oogpunt de concurrentiepositie van de Nederlandse financiële praktijk ten opzichte van het buitenland verbeterd.

De Minister van Justitie,  
J. P. H. Donner