

# Ad rem

## Uncitral Cessieverdrag: raadsels en verwarring. Een botsing van verschillende benaderingen

Mr. R.I.V.F. Bertrams

*In mijn contacten met Engelse, Franse en Belgische collega's terzake cessies van vorderingen (al of niet in het kader van een securitisation) en het vestigen van pandrecht op vorderingen stuit ik regelmatig op totale begripsverwarring tussen ons: wij verstaan elkaars taal niet. Tegen de achtergrond van het Uncitral Cessieverdrag (dat mede de cessie tot zekerheid omvat) doe ik verslag van deze verwarring en geef daarvoor een bij mij inmiddels gegroeide verklaring.*

Op een van de bijeenkomsten voor praktijkjuristen tijdens de totstandkoming van het Uncitral Cessieverdrag stelde ik de vraag waar de bepaling stond betreffende de goederenrechtelijke vereisten voor cessie ('transfer of proprietary interest in the receivable'). Het panel wist zich niet goed raad met de vraag. Ten slotte wees men op artikel 10 (oud): 'A receivable is transferred at the time of the conclusion of the contract of assignment.' Ik dacht 'dat is eenvoudig': door de enkele overeenkomst gaat de vordering over. Mijn volgende vraag was: als dat de uniforme regel voor overdracht is, waarom is er dan ook nog een i.p.r.-regel in artikel 22 onder het kopje 'priorities'? Antwoord: 'Dat spreekt toch vanzelf. Een vordering kan wel effectief overgaan van cedent naar cessionaris, maar dat wil niet noodzakelijk zeggen dat het recht van de cessionaris prevaleert boven de rechten van anderen op de vordering, zoals de curator van de cedent, schuldeisers van de cedent of een tweede cessionaris. Dat is een kwestie van "priorities".' Dat antwoord leidde bij mij, en ook bij de aanwezige Duitsers, tot grote verwarring. Wij meenden dat als een vordering geldig is overgedragen aan de cessionaris, alle andere partijen het nakijken hebben. Ik had het gevoel dat men in een cessie onder het Verdrag niets of nauwelijks iets goederenrechtelijks ziet, en al helemaal niet bij de verhouding tussen cedent en cessionaris die men slechts als een contractuele ervaart. In de verhouding jegens derden ziet men eigenlijk ook niets goederenrechtelijks in de Nederlandse zin: het gaat dan om de vraag wie van de pretendentes het betere recht heeft. Pas op de terugweg van Wenen realiseerde ik mij dat alle panelleden en sprekers afkomstig waren van Common Law-landen

en Frankrijk. Dat verklaarde waarschijnlijk de raadsels en verwarring.

In Nederland maken wij bij de cessie een scherp onderscheid tussen de contractuele aspecten (onder andere de prijs, de (wijze van) betaling, de representations & warranties, wanprestatie, ontbinding, et cetera) en de goederenrechtelijke aspecten. Indien aan de goederenrechtelijke voorwaarden voor cessie is voldaan (akte plus mededeling) gaat de vordering over van de cedent naar de cessionaris en die overgang is dan geldig tegenover iedereen. Er bestaat niet zoiets als een geldige overgang tussen cedent en cessionaris die niet geldig is jegens derden. Men kan niet een beetje zwanger zijn. Het is alles of niets. In Common Law-landen en Frankrijk en België is dit anders. Bij de verhouding tussen cedent en cessionaris denkt men slechts in termen van contract met geen of hoogstens een vaag gevoel dat hier iets goederenrechtelijks (in Nederlandse zin) plaatsvindt. De vraag is slechts of de cessie tussen partijen 'gewoon werkt' of 'effectief' is. Een geheel andere vraag is of de cessie ook werkt tegenover derden ('opposable' is). Dat is pas het geval ná 'perfection' van de cessie (meestal door middel van mededeling of registratie), en wel vóór een eventuele 'perfection' door andere pretendentes. Er bestaan dus wezenlijke verschillen. In Common Law-landen en Frankrijk ziet men in de verhouding tussen cedent en cessionaris slechts iets contractueels met als gevolg dat tussen deze partijen de cessie 'werkt'/'effectief' is. Vervolgens is er een tweedeling: de geldigheid van de cessie tussen partijen zegt niets over de effectiviteit van de cessie jegens derden. Het kan dus voorkomen dat men slechts een beetje zwanger is. In de verhouding tot derden gaat het om de vraag wie van hen het betere recht heeft; een kwestie van 'priorities' noemt men dat. Ook daarbij gaat het op zichzelf niet om een goederenrechtelijke vraag.

Het Verdrag is duidelijk gebaseerd op de Common Law- en Franse leest. Deze geheel andere benadering ziet men terug in enige kernbegrippen in het Verdrag. Ik noem er drie. Allereerst het begrip

‘formal validity’. Hieronder verstaat men kwesties als 1) een mededeling of juist geschreven overeenkomst/akte/deed tussen cedent en cessionaris en 2) mededeling of registratie (bij verpanding/security assignment). Het Verdrag beschouwt dit als slechts vormkwesties en de i.p.r.-regel (voor deze vormkwesties geeft het Verdrag geen uniforme regels) is dan ook een typische i.p.r.-regel voor vormvoorschriften die wij ook uit andere verdragen kennen. Wij daarentegen zien in de bovengenoemde kwesties juist materiele rechtelijke regels voor de goederenrechtelijke overgang die de hamvraag uitmaken. Dan is er het begrip ‘effective’. Wij kennen dat begrip niet. Het betekent zoiets als dat de cessie gewoonweg werkt, meestal beperkt tot de verhouding tussen cedent en cessionaris, maar soms ook jegens derden, zoals in artikel 8, zonder dat ons begrip ‘goederenrecht’ een rol lijkt te spelen. Ten slotte is er het zeer belangrijke begrip ‘priorities’ dat men in vele bepalingen van het Verdrag tegenkomt. Ook dat begrip kennen wij niet. In Common Law-landen staat de term ‘priorities’ voor een algemeen begrip met een zeer brede toepassing. Het gaat daarbij om de vraag wie van de ‘competing claimants’ het betere recht heeft met betrekking tot een zaak of vordering of de opbrengst daarvan. Bij een cessie gaat het dan om de cessionaris enerzijds en de curator van de cedent, andere cessionarissen en pandhouders (bij zekerheidscessie) en schuldeisers van de cedent (denk aan beslag onder de debiteur van de vordering) anderzijds. Die vraag is op zichzelf geen goederenrechtelijke vraag. Bij cessie kan een pretendent ‘prioriteit’ hebben op grond van, onder andere, ‘perfection’, een contractuele afspraak of het objectieve recht, bijvoorbeeld een voorrang op de opbrengst van een zaak of vordering.

De niet-goederenrechtelijke benadering en het denken in ‘priorities’ ziet men ook elders in het Verdrag en daarbuiten terug. Ik noem drie voorbeelden. Het eerste betreft artikel 24 dat een speciale ‘priority’-regel geeft voor de opbrengst van vorderingen. Deze regel is van groot belang voor de securitisation-praktijk. Artikel 24 bepaalt dat indien de cedent (de ‘originator’ in een securitisation) de betalingen van de debiteur ontvangt (hetgeen bij een securitisation gebruikelijk is), de cessionaris (meestal een ‘SPV’ als koper in een securitisation) met betrekking tot die opbrengst het betere recht heeft jegens derden, inclusief de curator in geval van een faillissement van de cedent, indien hiertoe een afspraak bestaat tussen cedent en cessionaris en de cedent de ontvangsten in trust houdt op een aparte rekening. Vanuit Nederlandse optiek gaat het hier om een contractuele afspraak met goederenrechtelijke gevolgen jegens derden. Naar Nederlands recht zou dit niet kunnen: de cessionaris heeft slechts een contractueel recht op afdracht van de ontvangsten en als de cessionaris die vordering op goederenrechtelijke wijze wil veiligstellen, dan is daar een pandrecht op het saldo van die rekening voor nodig. Het tweede voorbeeld betreft de recente Raiffeissen Bank-zaak die voor de Engelse Court of Appeal kwam ([2001] All ER (D) 182). In die zaak had een geldnemer, die een financiering behoefde in verband met de koop van een schip, zijn eventuele vordering op de Franse verzekeraar van het schip tot zekerheid gecedeerd aan de bank. Zowel de verzekeringsovereenkomst als deze cessie werd krachtens een rechtskeuze beheerst door Engels recht. Het schip veroorzaakte een aanvaring en de eigenaar van het getroffen schip legde beslag onder de Franse verzekeraar. Naar Engels recht was de cessie ‘perfected’ vóór het beslag, zodat de bank ‘priority’ had jegens de crediteur van de geldnemer/cedent. Naar Frans recht was de cessie niet ‘opposable’ jegens de crediteur, omdat de cessie niet betekend was door een

deurwaarder. Het ging dus om de vraag naar het toepasselijke recht. Ik denk dat wij hierin een zuiver goederenrechtelijke kwestie zouden zien: is de vordering van cedent naar cessionaris overgegaan vóór het beslag? Wij zouden dan het toepasselijke recht vinden via de goederenrechtelijke i.p.r.-regel zoals neergelegd in het Hansa-arrest. In een zeer lezenswaardig en rechtsvergelijkend (opmerkelijk voor een Engelse rechter) vonnis verwerpt de Court of Appeal uitdrukkelijk de goederenrechtelijke (‘proprietary’) benadering en kiest voor een contractuele invalshoek die wordt vertaald in de vraag wie van beiden het ‘betere’ recht heeft jegens de debiteur (de Franse verzekeraar). Na enige omzwervingen brengt dit de Court of Appeal tot toepassing van artikel 12 lid 2 van het EVO-Verdrag: aanknopingspunt bij het recht dat de overgedragen vordering beheerst. In dit geval resulteerde deze regel in Engels recht. Interessant is dat de Court of Appeal niet bereid was om de Hansa-benadering te volgen, juist omdat de Hoge Raad zich daarin concentreerde op de goederenrechtelijke overgang tussen cedent en cessionaris, terwijl het volgens de Court of Appeal veel eerder ging om de vraag naar ‘priorities’ tussen cessionaris en derden.

Het derde voorbeeld betreft de verhouding tussen artikel 4 en artikel 5 in de EU Insolventie-Verordening waar het gaat om de betekenis van de term ‘ranking’ in artikel 4. In het kort komt het hierop neer. Volgens de algemene bepaling van artikel 4 worden de diverse kwesties met betrekking tot het faillissement, zoals de ‘ranking’ (voorrang) van vorderingen, beheerst door het recht van het land waar het faillissement is uitgesproken (de *lex concursus*). Artikel 5 vormt hierop een uitzondering. Volgens die bepaling worden goederenrechtelijke aanspraken, zoals een pandrecht, op zaken gelegen buiten het rechtsgebied van het land waar het faillissement is uitgesproken, niet geraakt door het faillissement en worden deze beheerst door het normaal toepasselijke recht. In Nederland en Duitsland neemt men zonder meer aan dat de uitzondering van artikel 5 met zich brengt dat de ‘ranking’ van een pandrecht onder het speciale regime van artikel 5 valt. Sommigen in Engeland en Frankrijk menen echter dat de ‘ranking’ in relatie met derden onder het algemene regime van artikel 4 blijft vallen. Ook hier blijkt dat de Engelsen en Fransen een geheel andere analyse volgen dan de Duitsers en wij, hetgeen terug te voeren is op de eerder genoemde verschillen in benadering.

Ten slotte, welke benadering is te verkiezen: de Nederlands/Duitse met de nadruk op het goederenrecht en een overgang die absoluut is en dus altijd ook jegens derden werkt, of de Common Law/Franse met geen of nauwelijks een goederenrechtelijke connotatie en een overgang die relatief kan zijn. Uiteindelijk, nu geen van beide evidente voordelen biedt, moet ieder land maar tevreden blijven met zijn eigen benadering en traditie. Wel wil ik bij een gelegenheid als deze de stelling plegen dat inhoudelijk en wat betreft de praktische gevolgen er niet veel zou veranderen indien wij zouden overstappen op het Common Law-/Franse model. Dit is overigens geen krachtig pleidooi om dit inderdaad ook maar te doen. In dit verband wijs ik wel op enige relativeringen met betrekking tot het Nederlandse recht. Er bestaan figuren die verwant zijn aan de cessie, zoals subrogatie, contractoverneming, novatie en schuldooverneming, waarin ook wij niets goederenrechtelijks zien en een contractuele benadering volgen. Deze figuren worden dan ook geregeld in Boek 6 BW. Trouwens, de meeste bepalingen met betrekking tot cessie staan ook in Boek 6 en dat is geen verkeerde plaats. Voorts heb ik mij altijd verbaasd over het

stelselmatige en sterk benadrukte verschil tussen de overeenkomst *tot* cessie (de overeenkomst waarbij de cedent zich verplicht een vordering over te dragen) en de overeenkomst *van* cessie (de goederenrechtelijke overgang). Retorisch vraag ik u: Wie heeft ooit een overeenkomst *tot* cessie gezien? Retorisch antwoord: vrijwel altijd is er maar één cessieovereenkomst en eigenlijk maar één bepaling: 'A verkoopt en draagt hierbij over...'

*Volgchrift: nieuwe Belgische i.p.r.-regel met betrekking tot cessie*

De bovenbesproken tweedeling in het materiële recht met betrekking tot de cessie zien wij ook terug op het niveau van de Belgische i.p.r.-regel op het gebied van cessie, zij het dat de tweedeling iets anders getrokken is. Op basis van artikel 12(2) EVO is de geldigheid van de cessie tussen cessionaris en de debiteur van de vordering onderworpen aan het recht dat van toepassing is op de overgedragen vordering (het zogeheten vorderingsstatuut). De geldigheid van de cessie tussen alle overige partijen, inclusief de verhouding tussen cedent en cessionaris, is onderworpen aan het recht van het land waar de debiteur gevestigd is. Deze regel berust op de gedachte dat men een vordering kan lokaliseren waarop dan de *lex rei sitae* losgelaten kan worden. Deze tweesporige i.p.r.-regel kent men ook in Frankrijk en Engeland, hoewel in Engeland mogelijk een trendbreuk is ingezet in het hierboven besproken vonnis van de Court of Appeal. In België heeft zich inmiddels een andere wijziging voorgedaan. Artikel 145 van de wet van 2 augustus 2002 met betrekking tot het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten bepaalt dat in de verhouding tot andere partijen dan de debiteur de geldigheid van de cessie wordt beheerst door het op de cessie toepasselijke recht. Het gevolg is dat ook op het niveau van het i.p.r. met betrekking tot de goederenrechtelijke aspecten van de cessie in België een tweedeling blijft bestaan, maar dat in de verhouding tussen andere partijen dan de debiteur thans ook onze Hansa-verwijzingsregel geldt. Voor de goede orde: onze Hansa-regel geldt wat betreft de goederenrechtelijke aspecten ook in de relatie tot de debiteur, waarbij wij artikel 12(2) EVO beperken tot die (niet-goederenrechtelijke) onderwerpen die in die bepaling genoemd zijn.