

15. Besluit

Daar waar een aantal aspecten uit het faillissementsrecht duidelijker en beter geregeld worden, worden er nieuwe onduidelijkheden en voor betwisting vatbare procedures gecreëerd zoals de conservatoire rechtspleging. De hervorming is echter in een aantal aangelegenheden zoals de termijn van aangifte van faillissement geslaagd. Een belangrijke verworvenheid is o.i. de openheid naar de schuldeisers en de gefailleerde toe m.b.t. de toestand van het faillissement en het afhandelen ervan. Ook de invloed van de

werknemers op bepaalde belangrijke beslissingen onder meer in het kader van de verderzetting van de activiteiten van de gefailleerde is een verworvenheid. Dat de curator meer gecontroleerd en opgevolgd kan worden is niet meer dan normaal en kan enkel bijdragen tot een efficiëntere afhandeling van een faillissement in het voordeel van alle belanghebbende partijen.

L. Peeters is senior manager, Ernst & Young Legal Consultants, België, en vrij medewerker aan het Centrum voor Economisch Recht (Vrije Universiteit Brussel). Het artikel is in november 1997 geschreven.

RECHTSPRAAK

Hr 16 mei 1997, RvdW 1997, 126 c
(brandsma q.q./Hansa)¹

1. Inzet en rechtsvraag

Het hier te bespreken arrest op het terrein van het internationaal privaatrecht betreft het goederenrechtelijke conflictenrecht bij cessie. Inzet van de procedure was de vraag of een bepaalde vordering in de failliete boedel viel of dat zij rechtsgeldig door de – latere – failliet was gecedeerd. Voor het antwoord op die vraag moest de rechtsvraag worden beantwoord welk recht van toepassing is op de goederenrechtelijke werking van cessie. De Hoge Raad heeft die tweede vraag deels beantwoord. Bij dat antwoord speelt art. 12 EVO² een centrale rol. Dat artikel luidt als volgt:

‘– 1. De verbintenissen tussen cedent en cessionaris van een vordering worden beheerst door het recht dat ingevolge dit Verdrag op de tussen hen bestaande overeenkomst van toepassing is. – 2. Het recht dat de gecedeerde vordering beheerst, bepaalt of zij voor cessie vatbaar is, alsmede de betrekkingen tussen cessionaris en schuldenaar, de voorwaarden waaronder de cessie aan de schuldenaar kan worden tegengevoerd en of de schuldenaar door betaling is bevrijd.’

2. Casus

Begin augustus 1994 verkoopt Hansa Chemie AG te Duisburg (BRD) een partij chemische producten aan Bechem Chemie BV te Apeldoorn. Op die transactie zijn van toepassing de algemene voorwaarden van Hansa, die onlosmakelijk met de koopovereenkomst zijn verbonden, en waarin Hansa zekerheid heeft be-

dongen in de vorm van een verlengd eigendomsvoorbehoud. Dat verlengde eigendomsvoorbehoud brengt met zich dat Bechem bij voorbaat alle vorderingen die zij uit doorverkoop van Hansa's producten zal verkrijgen, fiduciair aan Hansa cedeert. De algemene voorwaarden van Hansa bevatten geen uitdrukkelijke rechtskeuze. Bechem verkoopt de partij op 18 augustus 1994 door aan Senzora BV, en gaat vervolgens op 22 september 1994 – na surseance van betaling – failliet. Op dat moment heeft Senzora Bechem nog niet betaald, en Bechem Hansa nog niet.

3. Standpunten van partijen

Hansa en de curator van Bechem openen samen een bankrekening, en Senzora stort daarop tegen finale kwijting hetgeen zij aan Bechem verschuldigd was. Hansa betreft vervolgens de curator in rechte. Senzora speelt in die procedure geen rol.

Hansa stelt zich op het standpunt dat de vordering rechtsgeldig aan haar is gecedeerd, omdat (a) de koopovereenkomst op grond van het EVO wordt beheerst door Duits recht, en dus (b) op grond van art. 12 lid 1 EVO ook de geldigheid van de cessie wordt beheerst door Duits recht, terwijl (c) naar Duits recht een fiduciaire cessie rechtsgeldig tot stand komt door een vormvrije overeenkomst,³ en de onderhavige cessie voltooid was op het moment dat Bechem de vordering op Senzora verkreeg.

De curator daarentegen stelt zich op het standpunt dat de vordering niet rechtsgeldig aan Hansa is gecedeerd, omdat (a)

de vordering wordt beheerst door Nederlands recht, en dus (b) op grond van art. 12 lid 2 EVO de geldigheid van de cessie wordt beheerst door Nederlands recht, terwijl (c) het hier gaat om een cessie in strijd met het fiduciaverbod – dus zonder geldige titel – die ook niet tijdig aan Senzora is meegedeeld.

4. Rechtbank Zutphen

De rechtbank te Zutphen geeft Hansa gelijk.⁴ Samengevat overweegt de rechtbank het volgende. De verbintenisrechtelijke aspecten van een internationale cessie vallen zonder twijfel onder de reikwijdte van het EVO, maar het is onzeker of dat ook geldt voor de goederenrechtelijke aspecten. De internationale rechtspraktijk is er mee gebaat dat aan die onzekerheid op eenduidige en praktische wijze een eind komt. Daarom ligt het voor de hand om het EVO – onverkort of analoog: dat kan in het midden blijven – ook de goederenrechtelijke aspecten van een internationale cessie te laten beheersen. Of de onderhavige cessie rechtsgeldig is, moet worden bepaald aan de hand van het recht dat de verbintenissen tussen cedent en cessionaris beheerst. Dat wordt aangewezen door art. 12 lid 1 EVO: het recht dat ingevolge het EVO op de tussen cedent en cessionaris bestaande overeenkomst van toepassing is. In dit geval is dat Duits recht: het recht van het land waar Hansa – die de kenmerkende prestatie moest verrichten – haar hoofdbestuur en hoofdvestiging heeft (zie art. 4 EVO). Bovendien hebben partijen een *impliciete* keuze voor Duits recht gedaan (als bedoeld in art. 3 EVO). Naar Duits recht worden geen bijzondere eisen gesteld aan de wijze waarop een cessie tot stand komt, en naar dat recht is fiduciaire cessie van toekomstige vorderingen zonder beperking mogelijk. Op het mo-

1. JOR 1997, 77 (m.nt. Verhagen). Het arrest is besproken in V&O 1997/6, p. 62-64 (J. Willeumier), Bb 1997/15, p. 141-144 (J.A. Oppedijk), Juridisch up to date 1997/13, p. 12-14 (N.R. van de Vijver), NTBR 1997/7, p. 212-217

(L.F.A. Steffens) en WPNR 98/6297, p. 21-27 (D. Rijpma).
2. Het Verdrag van Rome van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, Trb. 1980, 156.

3. In dit geval de koopovereenkomst met de algemene voorwaarden met het verlengde eigendomsvoorbehoud.
4. Rb. Zutphen 18 juli 1996, JOR 1997, 8 (m.nt. Bertrams).

ment dat Bechem de vordering op Senzora verkreeg was Bechem beschikkingsbevoegd. Naar Duits recht was dus op dat moment de cessie tussen Bechem en Hansa rechtsgeldig en voltooid. De curator komt van het vonnis van de rechtbank in (sprong)cassatie.

5. De Hoge Raad

De Hoge Raad verwerpt het beroep op 16 mei 1997. De Hoge Raad is van oordeel dat de goederenrechtelijke verwijzingsregel voor cessie direct wordt gegeven in art. 12 EVO. De tekst van art. 12 EVO op zichzelf bezien, bevat volgens de Hoge Raad voor dat oordeel geen aanwijzing, maar de tekst is niet beslissend. Aan de hand van de aanwijzingen voor eenvormige uitlegging van het EVO in art. 18 EVO, de maatstaven voor uitlegging van verdragen in de art. 31 en 32 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht ('Verdrag Verdragenrecht'), en in het licht van de preambule van het EVO gaat de Hoge Raad er van uit dat het EVO zo volledig mogelijk beoogt te zijn, zodat het niet voor de hand ligt dat bepaalde (goederenrechtelijke) aspecten van cessie aan de eenvormige verdragsregels zouden zijn onttrokken. Volgens de Hoge Raad blijkt dat laatste ook niet uit de voorbereidende werkzaamheden of uit de omstandigheden waaronder het EVO is gesloten, integendeel. Uit een en ander leidt de Hoge Raad in r.o. 3.5 af, dat voor de relevante goederenrechtelijke verwijzingsregel moet worden gekozen tussen lid 1 en lid 2 van art. 12 EVO. Lid 2 omschrijft op welke vragen het vorderingsstatuut moet worden toegepast. De Hoge Raad komt vervolgens op grond van de nauwkeurigheid van die omschrijving, en op grond van de ontstaansgeschiedenis van lid 2, tot de slotsom dat de opsomming van dat lid 'kennelijk limitatief' bedoeld is, zodat lid 2 niet het recht aanwijst dat bepaalt aan welke vereisten de goederenrechtelijke overgang van een vordering met derdenwerking moet voldoen. Dit leidt de Hoge Raad vervolgens tot de conclusie:

'dat de in art. 12 lid 1 gegeven verwijzingsregel niet alleen geldt voor de louter obligatoire verhouding tussen cedent en cessionaris, maar tevens voor de goederenrechtelijke aspecten van de cessie. De geldigheidsvereisten voor de overgang van de gecedeerde vordering naar het vermogen van de cessionaris en de werking van deze overgang tegenover andere derden dan de schuldenaar, worden derhalve beheerst door het recht dat ingevolge de verwijzingsregels van het EVO op de cessie-overeenkomst van toepassing is.'

6. Commentaar

Het cessiestatuut beheerst de goederenrechtelijke werking tussen cedent en

cessionaris, en die ten opzichte van andere derden dan de debitor cessus.⁵ De Hoge Raad lijkt niet aan te nemen dat art. 12 lid 1 EVO één verwijzingsregel geeft voor alle goederenrechtelijke aspecten van cessie.⁶ De Hoge Raad heeft het immers over de werking van de overgang tegenover *andere derden dan de schuldenaar*. Impliceert dat een tegenstelling tussen de schuldenaar en andere derden? Als dat inderdaad het geval is, dan brengt dat mee – gelet op de motivering van het arrest – dat een cessie ten opzichte van de debitor cessus niet alleen verbintenisrechtelijk, maar óók goederenrechtelijk pas werkt wanneer aan de vereisten van het vorderingsstatuut is voldaan. Dat heeft als nadeel dat een cessie goederenrechtelijk pas écht derdenwerking heeft wanneer is voldaan aan de eisen van zowel het cessiestatuut als het vorderingsstatuut. Die veronderstelde – keuze van de Hoge Raad geeft echter aanleiding tot onnodige moeilijkheden van uiteenlopende aard. Die moeilijkheden komen direct aan het licht wanneer men zich voorstelt dat Senzora in de procedure nog wél een rol had gespeeld.

Zou bijvoorbeeld de cessie ten opzichte van de debitor cessus causaal kunnen zijn, terwijl zij dat tussen cedent en cessionaris niet is? Zou dus Senzora zich er op hebben kunnen beroepen dat de fiduciaire titel van deze cessie naar Nederlands recht niet geldig is, terwijl dat naar Duits recht voor de werking van de cessie irrelevant is? En zou de debitor cessus zich op het ontbreken van een akte kunnen beroepen, terwijl die in het gegeven geval volgens het cessiestatuut niet vereist is? Bij de hiervoor weergegeven lezing van het arrest van 16 mei 1997 moeten de antwoorden op deze vragen bevestigend luiden. Maar dan kan het gebeuren dat van een vordering op het moment van cessie het vorderingsstatuut (nog) niet bekend is, zodat met de eisen daarvan (nog) geen rekening kan worden gehouden. Voorts is het mogelijk dat – als pakket – gecedeerde vorderingen onderworpen kunnen (blijken te) zijn aan uiteenlopende vorderingsstatuten, met de eisen waarvan dan allemaal rekening zou moeten worden gehouden.

Ook bijvoorbeeld de Nederlandsrechtelijke mededelingseis bij cessie kan roet in het eten gooien. Een voorbeeld geënt op de onderhavige casus kan dit verduidelijken. Het vorderingsstatuut is Nederlands recht, zodat de cessie goederenrechtelijk pas werkt tegenover Senzora nadat de door art. 3:94 lid 1 BW voorgeschreven mededeling aan haar heeft plaatsgevonden. Stel nu: (1) dat het hier een gewone (niet-fiduciaire) cessie betreft; (2) dat Hansa naast de aan haar gecedeerde vordering op

Senzora ook nog een schuld aan Senzora heeft; (3) dat Senzora failliet is gegaan voordat mededeling aan haar had plaatsgevonden; en (4) dat Hansa haar vordering op Senzora met haar schuld aan Senzora wil verrekenen. In dat geval zou de cessie tussen Bechem en Hansa ten opzichte van (de curator van) Senzora nog niet voltooid zijn, zodat Hansa ten opzichte van Senzora nog niet als rechthebbende van de vordering zou zijn aan te merken. Op grond van art. 54 lid 2 Fw zou Hansa dan niet kunnen verrekenen.

Wil men in het algemeen – bij deze lezing van het arrest – met zekerheid aan de eis van mededeling ex art. 3:94 lid 1 BW ontkomen, dan moet men naast een naar vreemd recht geldige (fiduciaire) cessie – zoals in de praktijk tot nu toe ook al vaak gebeurde – een stilpandrecht naar Nederlands recht vestigen.

Bij een andere lezing van het arrest verdwijnen deze moeilijkheden. Het gaat – voor zover hier van belang – in art. 12 lid 2 EVO immers om de bescherming van de schuldenaar. Voor die bescherming is voldoende dat art. 12 lid 2 EVO slechts betrekking heeft op de verbintenisrechtelijke bescherming die de schuldenaar kan ontlenen aan het door het vorderingsstatuut aangewezen recht. Naar Nederlands materieel privaatrecht bijvoorbeeld behoeft de schuldenaar om bevrijdend te kunnen betalen niet te weten wie de (werkelijke) rechthebbende is. Voldoende is dat hij op redelijke gronden heeft aangenomen dat de ontvanger der betaling als schuldeiser tot de prestatie gerechtigd was of dat uit anderen hoofde aan hem moest worden betaald (art. 6:34 BW).⁷

Zoals gezegd speelde Senzora in de procedure geen rol meer. De vraag naar het toepasselijk recht op de goederenrechtelijke werking van cessie ten opzichte van de debitor cessus was in deze zaak niet aan de orde. De positie van de debitor cessus heeft in het arrest dan ook weinig aandacht gekregen. Ik zou daarom willen aannemen dat de passage '*andere derden dan de schuldenaar*' niet noodzakelijk een tegenstelling tussen de schuldenaar en andere derden impliceert, en dat het arrest van 16 mei 1997

5. Voor de (stille) verpanding van vorderingen geldt naar alle waarschijnlijkheid hetzelfde.
6. De A-G Strikwerda gaat daar wél van uit.
7. Ik ben mij ervan bewust dat andere rechtsstelsels op een andere manier met het onderscheid verbintennisrecht/goederenrecht omgaan dan in het Nederlands recht gebeurt. Maar ook in andere rechtsstelsels is de vraag wie rechthebbende is in principe een andere dan de vraag aan wie de debitor cessus (nog) bevrijdend kan betalen.

op de vraag naar het toepasselijk recht op de goederenrechtelijke werking van cessie ten opzichte van de debitor cessus gewoon geen antwoord geeft. Het is te hopen dat de Hoge Raad spoedig in de gelegenheid wordt gesteld om die vraag alsnog te beantwoorden. Het ware wenselijk dat dat antwoord dan uitvalt in de richting van art. 12 lid 1 EVO, zodat alle goederenrechtelijke aspecten van cessie worden beheerst door één praktisch hanteerbare verwijzingsregel.

7. Slotsom

Het cessiestatuut beheerst de goederenrechtelijke werking tussen cedent en cessionaris, en die ten opzichte van andere derden dan de debitor cessus. Op de vraag naar het recht dat de goederenrechtelijke werking ten opzichte van de debitor cessus beheerst, geeft het arrest geen antwoord. Voor het fiduciaverbod van art. 3:84 lid 3 BW moet men dus blijven vrezen. Onzeker blijft ook of pakketcessies naar één rechtsstelsel wel of niet mogelijk zijn. En wil men

aan de mededelingseis van art. 3:94 lid 1 BW ontkomen, dan moet men naast een naar vreemd recht geldige (fiduciare) cessie nog steeds een stil pandrecht naar Nederlands recht vestigen. Het is te hopen dat de Hoge Raad spoedig geroepen wordt om deze onzekerheden weg te nemen.

Mr. D. Rijpma is advocaat bij Trenzé Van Doorne te Den Haag. Hij is werkzaam in de civiele (cassatie)praktijk.

LITERATUUR

Overzicht literatuur en tijdschriften juli-december 1997, verzorgd door de Tilburgse Onderzoeksgroep Goederen- en Insolventierecht (TOGI)

Goederenrecht

Pand en hypotheek

In de Tilburgse bundel Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid (redactie B.W.M. Nieskens-Isphording e.a.) (hierna te noemen: bundel Discussies) wijden E. Dirix en T.H.D. Struycken beschouwingen aan verpanding van vorderingen in Nederland en België.

In Bb nr. 18 (blz. 165/166) bespreekt E.B. Rank-Berenschot het arrest Wage-makers q.q./Rabo (HR 20 juni 1997, RvdW 1997, 146C), waarin centraal staat de vraag of bij gebrekkige vermelding van een vordering op de debiteurenlijst niettemin sprake kan zijn van een geldige verpanding van die vordering. Het gaat hierbij dus om een invulling van het bepaaldheidsvereiste. R. Westrik bespreekt in WPNR 6289 (blz. 745-748) de wijze waarop de Hoge Raad dit vereiste toepast. In WPNR 6294 (blz. 823-825) beschrijft R.D. Vriesendorp verhaalsperikelen bij dubbele verpanding van vorderingen

In de NV nr. 10 (blz. 285-291) vat J.J.A. Hamers zijn dissertatie over verpanding van NV en BV-aandelen samen. E.B. Rank-Berenschot heeft tevens de kroniek in NTBR nr. 6 (blz. 121-131) over het zekerheden- en verhaalsrecht van de afgelopen vijf jaar verzorgd.

Trust en andere buitenlandse rechtsfiguren
De tijdschriften en andere juridische literatuur van de tweede helft van 1997 maken duidelijk dat de Nederlandse civilisten (waaronder bepaald ook de practici!) in toenemende mate zich met buitenlandse rechtsfiguren gaan bezighouden. Het meest markante voorbeeld van dit verschijnsel is ongetwij-

feld de trust. M.E. Koppenol-Laforce verdedigde op 3 oktober 1997 aan de Erasmus Universiteit te Rotterdam haar proefschrift over het Haagse Trustverdrag dat voor Nederland op 1 februari 1996 in werking is getreden. In haar dissertatie gaat zij na welke werking aan de trust kan worden toegekend onder het verdrag indien deze aanraking vertoont met een niet-trustland zoals Nederland. WPNR heeft een apart nummer (6281) aan de trust gewijd. D.Hayton (blz. 542-545) pleit ervoor om via wetgeving trustconcepten in het Nederlandse burgerlijk recht op te nemen. Koppenol-Laforce (blz. 545-551) komt in haar bijdrage tot de conclusie dat in Nederland gelegene zaken en door Nederlands recht beheerste vermogensrechten onder trustverband kunnen worden gebracht. Zij gaat na aan welke vereisten een dergelijke inbreng moet voldoen. Zowel H.J. Sniijders (blz. 551-556) als Vriesendorp (556-561) beschrijven verhaalsmogelijkheden voor schuldeisers op goederen die onder trustverband staan. A.L.G.A. Stille (blz. 561-567) bespreekt een aantal aspecten van de 'mandatory rules/dispositions impératives' van het Nederlandse familie-, huwelijksvermogens- en erfrecht bij de erkenning van een trust. R.L.H. IJzerman (blz. 567-571) beschrijft enkele Nederlandse fiscale aspecten van Angelsaksische trusts. R.P.J. Kottenhagen (blz. 572-575) geeft een overzicht van opvattingen in de Nederlandse rechtsliteratuur over de trust. De trust is niet de enige buitenlandse rechtsfiguur waaraan aandacht is besteed. Wanneer op basis van wetsvoorstel 23095 art. 7:3 BW in werking treedt, zal het Nederlandse equivalent van de Duitse 'Vormerkung' worden geïntroduceerd. Dit wil zeggen dat de koop van een registergoed kan worden ingeschreven in de registers met als gevolg dat het obligatoire recht van de koper een sterke derdenwerking krijgt. Daardoor zullen o.a. vervreemding of

bezwaring van het goed niet tegen de koper kunnen worden ingeroepen. Zowel in WPNR 6277 (blz. 459/460) als in de bundel Discussies wijdt B.W.M. Nieskens-Isphording aandacht aan de Vormerkung. Zie hierover ook S.E. Bartels in zijn bijdrage aan genoemde bundel. In NTBR nr. 8 (blz. 256/257) bespreekt J.M. Milo het boek Overdracht/Uebertragung van Nieskens-Isphording over de overdracht naar Nederlands en Duits recht. In de serie Monografieën Nieuw BW is onder nr. B 6a een bewerking door W.H.M. Reehuis van het boekje over overdracht van O.K. Brahn verschenen.

Andere deelgebieden

Op 2 juli 1997 verdedigde J.J. van Hees aan de Katholieke Universiteit Nijmegen zijn dissertatie over leasing. Dezelfde schrijver verzorgde samen met R.M. Hermans en S.C.J.J. Kortmann de adviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht onder de titel Vermogensrechtelijke aspecten van leasing. Verder geeft van Hees in AA nr. 10 (blz. 758-763) een korte samenvatting van zijn proefschrift.

In de bundel Discussies wijden A.I.M. van Mierlo en E.M. Hemmen beschouwingen aan resp. conservatoir beslag tot afgifte of levering en de rechtsgevolgen van beslag. A.E.M. van der Putt-Lauwers en M.A.B. Chao-Duvis besteden in genoemde bundel aandacht aan bepaalde aspecten van derdenbescherming. R.H. Maatman heeft in WPNR 6286 (blz. 679-683) een artikel geschreven over o.a. 'securitization' en het fiduciaverbod.

Schoordijk bespreekt in WPNR 6270 (blz. 326-329) de intrede van W.G.Huijgen. Deze rede houdt o.a. een uitvoerig pleidooi in om de rechtsgeldigheid van een koopovereenkomst van onroerende zaken van notariële tussenkomst afhankelijk te maken. Schoordijk bestrijdt dit uitgangspunt.

In WPNR 6293 (blz. 807-811) gaat J.W. Peek na of de vordering van de vennootschap op de houder van niet volgestorte aandelen voor cessie vatbaar is. M.A.J.G. Janssen laat in WPNR 6278