

Het mededelingsvereiste bij cessie nader beschouwd

*W.A.K. Rank**

1. INLEIDING

Zoals bekend, vergt art. 3:94 lid 1 van het nieuwe BW voor de overdracht van een vordering op naam een levering 'door een daartoe bestemde akte, en mededeling daarvan' aan de debiteur van de vordering door de vervreemder of de verkrijger. De tekst van de wet heeft in de bancaire praktijk de vraag doen rijzen of aan het vereiste van mededeling is voldaan indien de crediteur van een vordering op een factuur verklaart dat hij zich het recht voorbehoudt de vordering in de toekomst aan een derde over te dragen. Welbeschouwd worden met deze vraag twee punten aan de orde gesteld: 1. de volgorde waarin akte en mededeling moeten plaatsvinden en 2. de vraag of de mededeling betrekking moet hebben op een daadwerkelijke overdracht of dat zij ook mag zien op de loutere mogelijkheid van een in de toekomst gelegen overdracht. Deze vragen zijn niet slechts academisch van aard, maar ook uit praktisch oogpunt van belang. Men hoede zich voor de gedachte dat met het fiduciaverbod van art. 3:84 lid 3 tevens een einde is gekomen aan de overdracht van vorderingen. Feit is dat de fiduciaire cessie plaats heeft moeten maken voor de figuur van de stille verpanding. Daar staat echter tegenover dat de 'gewone' cessie de laatste tijd weer aan betekenis wint. Dit is bijvoorbeeld het geval in het kader van het zogenaamde securitiseren van activa, in welk verband onder meer hypotheekportefeuilles door banken aan grote institutionele beleggers worden verkocht.¹

* Mr W.A.K. Rank is als advocaat verbonden aan het kantoor Nauta Dutilh te Amsterdam en oud-redacteur van de BW-krant en het BW-krant jaarboek.

1. Bij het securitiseren of effectiseren van activa worden relatief illiquide activa geconverteerd in flexibele en overdraagbare schuldpapieren met verschillende risicoprofielen (asset related securities). Daaraan vooraf gaat niet zelden een

2. AKTE EN MEDEDELING CONSTITUTIEF

Met de bestempeling van beide onderdelen — zowel akte als mededeling — tot constitutieve leveringsvereisten wijkt het nieuwe recht af van het oude recht zoals dat werd gebaseerd op art. 668 BW (oud). Volgens dat oude recht was de cessie zakenrechtelijk voltooid met de akte; ook zonder mededeling² had de levering reeds haar gevolgen tegenover de schuldenaar en derden, zoals de schuldeisers van de cedent alsmede de cessionaris en diens schuldeisers. Hoewel de cessionaris derhalve ook tegenover de schuldenaar de hoedanigheid van schuldeiser verkreeg op het ogenblik van de voltooiing van de akte, kon de mededeling in de verhouding tot de schuldenaar niettemin in dier voege van belang zijn, dat betaling door de schuldenaar te goeder trouw aan de cedent bevrijdend was indien zij plaatsvond voor de mededeling. Andersom geformuleerd: met de mededeling werd voorkomen dat de debiteur zich kon beroepen op bevrijdende betaling aan de bezitter van de inschuld (art. 1422 BW oud). Het nieuwe recht gaat, als gezegd, verder: de mededeling aan de schuldenaar is bevorderd tot voorwaarde voor de geldigheid van de cessie. Zonder mededeling is de overdracht niet goederenrechtelijk voltooid.

In het licht van de historie wordt hiermee een stap terug gezet.³ Werd de verbintenis, als hoogstpersoonlijke band tussen crediteur en debiteur, in de oudste tijden niet vatbaar geacht voor overgang op een derde en diende een 'overgang' van rechten derhalve te worden bewerkstelligd door novatie, langzamerhand kreeg de verbintenis een zelfstandiger positie ten opzichte van de crediteur en raakte het beeld van een echte overgang van rechten geaccepteerd. Hiermee ging een wijziging in de positie van de debiteur gepaard: veronderstelde novatie de medewerking van betrokkenen en was daarom aanvaardbaar de medewerking van de schuldenaar vereist, met de aanvaarding

overdracht van schuldvorderingen aan de emittent van het papier. Zie hieromtrent F.G.B. Graaf, *Euromarket Finance: Issues of Euromarket securities and syndicated Eurocurrency loans*, Deventer 1991, blz. 28-29, 221-227.

2. Voor de volledigheid: de 'mededeling' vond volgens art. 668 BW (oud) plaats in de vorm van betekening, waarmee schriftelijke aanneming of erkenning door de schuldenaar gelijk werd gesteld. Zie Asser-Beekhuis I (Zakenrecht), 1985, nr. 368, 369.
3. Zie over de ontwikkeling van de figuur der cessie Asser-Beekhuis I (Zakenrecht), nr. 361 en C.Æ. Uniken Venema, *Overdracht en verpanding van rechten in het Ontwerp-BW*, WPNR 4529 (1958), blz. 121.

van de cessie werd het aandeel van de debiteur geleidelijk aan gereduceerd van een (actieve) erkenning tot een (passieve) kennisneming. Voor het Nederlandse recht mondde deze ontwikkeling, gelijk hiervoor beschreven, uit in een rechtsovergang door enkele akte, zonder erkenning door of kennisgeving aan de debiteur (art. 668 BW oud). De vraag rijst waarom de wetgever nu voor een stap terug in deze ontwikkeling heeft gekozen.

3. RATIO

De kwestie — kennisgeving al dan niet constitutief? — is aanvankelijk onderwerp geweest van een Vraagpunt, luidende:

‘Moet voor overdracht en inpandgeving van vorderingen op naam een kennisgeving aan de schuldenaar als vereiste voor de geldigheid van de overdracht of inpandgeving gesteld worden of moet kennisgeving slechts voorwaarde zijn om de vordering tegen de schuldenaar te kunnen geldend maken, zodat zij eventueel na faillissement van de overdrager of pandgever nog rechtsgeldig kan plaatsvinden?’⁴

In het oude recht werd de vraag bij verpanding van vorderingen in de eerste zin beantwoord (art. 1199 BW oud), doch bij overdracht in de tweede zin (art. 668 BW oud). In haar Voorlopig Verslag over dit vraagpunt gaf de Kamercommissie als haar mening te kennen dat cessie en inpandgeving voortaan op overeenkomstige wijze dienden te worden geregeld. Tussen partijen zelf en hun crediteuren zou volgens haar met het vereiste van een akte kunnen worden volstaan, waarbij de bescherming van derden evenwel zou vergen dat op een dergelijke akte eerst een beroep zou mogen worden gedaan zodra de dagtekening daarvan zeker is. De conclusie luidde dienovereenkomstig dat voor overdracht en inpandgeving van vorderingen op naam kennisgeving slechts voorwaarde zou zijn om de vordering tegenover de schuldenaar geldend te kunnen maken. Zij zou derhalve eventueel na faillietverklaring van de cedent of pandgever kunnen geschieden.⁵

Helaas kunnen voor ons onderwerp aan het vervolg van de discussie omtrent het vraagpunt niet of nauwelijks gegevens worden ontleend. Zij spitste zich namelijk geheel toe op de verpanding van vorderingen en de vraag of de geschetste ‘stille’ verpanding algemeen mogelijk zou moeten zijn — welk standpunt aanvankelijk door

4. Vraagpunt 4, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 755.

5. VV II (2846), Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 755.

de Kamer werd ingenomen — dan wel slechts weggelegd zou moeten zijn voor nader te bepalen erkende kredietinstellingen, terwijl anderen de mededeling reeds dadelijk zouden moeten doen om pandrecht te verkrijgen — welk stelsel de minister voorstond —. Van cessie, anders dan tot zekerheid, werd niet meer gerept.⁶

Nadat Meijers aanvankelijk op het voetspoor van de ministeriële conclusie naar aanleiding van Vraagpunt 4 een bepaling had ontworpen krachtens welke het pandrecht op een door een kredietinstelling in pand genomen vordering gevestigd werd door enkele pandovereenkomst zonder kennisgeving aan de debiteur, werd in een later stadium door de minister geoordeeld dat er onvoldoende grond is voor een dergelijke bijzondere positie van kredietinstellingen. Bij Gewijzigd Ontwerp werd de bepaling voorgesteld die wij thans kennen als art. 3:239 en ingevolge waarvan het voor een ieder mogelijk is om een stil pandrecht op vorderingen te vestigen bij akte, zonder mededeling aan de debiteur.⁷ Wat betreft ons onderwerp — het mededelingsvereiste bij cessie — wordt in de begeleidende Memorie van Antwoord slechts opgemerkt dat het verschil dat in het BW 1838 tussen cessie en verpanding bestond, op deze wijze juist door het omgekeerde verschil is vervangen. Te dien aanzien wordt gesteld dat enerzijds het oude verschil naar algemeen inzicht geen redelijke grond had, terwijl het anderzijds 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 zekerheidsrecht wordt belast.⁸

Intussen valt, ofschoon een expliciete stellingname bij het vraagpunt ten aanzien van het mededelingsvereiste bij cessie ontbreekt, uit de discussie wellicht toch een zekere achterliggende gedachtengang af te leiden. Deze zou hierop neer kunnen komen, dat derden beschermd dienen te worden tegen onzichtbare cessies, dat in dit

6. Aanvulling van zijn standpunt met een uitspraak over de overdracht van vorderingen aan erkende kredietinstellingen achtte de minister niet nodig, omdat zijns inziens kredietinstellingen de overdracht niet nodig hebben en kunnen volstaan met inpandneming. Zie MvA II (2846), MO (2846) en Handelingen (2846), Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 755-761.

7. OM en TM, MvA II en GO, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 761-764.

8. MvA II, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 762-763.

verband tenminste een 'zekere' dagtekening geëist moet worden, en dat kennisgeving aan de schuldenaar als extern teken der cessie de gewenste publiciteit c.q. openbaarheid kan bewerkstelligen.⁹

Ook de toelichting op het eigenlijke cessie-artikel zelf (3:94) verschaft in deze weinig opheldering. Meijers merkt slechts op dat het voorgestane stelsel — mededeling constitutief — 'het meest doelmatig voorkomt', dat er weinig reden is om op dit punt een verschil te maken tussen de wijze van vestiging van een pandrecht op vorderingen en de wijze van overdracht daarvan, en dat 'Omdat het gewenst is dat er van de overdracht iets naar buiten blijkt', zodat niet een kennisgeving 'nog na de faillietverklaring van de overdrager geldig kan geschieden', het stelsel van art. 1199 BW (oud) is verkozen boven dat van art. 668 BW (oud).¹⁰ Nadat van kamerzijde was opgemerkt dat totstandkoming van de levering door mededeling aan de schuldenaar niet als een voordeel werd ervaren omdat er aanleiding kan bestaan om de mededeling aan de derde nog wat uit te stellen,¹¹ herhaalde de minister het argument van de rechtszekerheid: bij de beslissing om voor dit stelsel te kiezen heeft de grotere rechtszekerheid ten aanzien van de vraag of een vordering al dan niet is overgedragen de doorslag gegeven. Nagenoeg gelijke rechtszekerheid zou op andere wijze niet te verkrijgen zijn. Aan het denkbare tussenstelsel, waarbij de vordering tussen partijen reeds overgaat bij de akte doch de rechtsovergang voor werking tegen derden mededeling behoeft, kleven tal van bezwaren, waartegen, aldus de minister, het belang om de mededeling aan de derde uit te stellen, niet licht zal opwegen. Tenslotte, zo stelt hij, zijn ongewenste gevolgen van dit stelsel niet te duchten in de leer dat sedert de akte voorgevallen gebeurtenissen die de vervreemder persoonlijk betreffen (handelingsonbekwaamheid, overlijden) de overgang van het recht door opvolgende mededeling niet tegenhouden.¹²

9. Vgl. C.Æ. Uniken Venema, WPNR 4530 (1958), blz. 134.

10. TM, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 392.

11. VV II, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 394.

12. MvA II, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 396-397 i.v.m. blz. 380. Bedoelde persoonlijk betreffende omstandigheden dienen te worden onderscheiden van aan de rechtsovergang contraire gebeurtenissen waarbij derden zijn betrokken, zoals faillissement of overgang van het recht op een derde.

4. KANTTEKENINGEN

Op het publiciteits- c.q. rechtszekerheidsargument valt wel het een en ander af te dingen. Zo kan men zich afvragen of aan crediteuren van de cedent daadwerkelijk bescherming geboden wordt door de mededeling van de cessie tot constitutief leveringsvereiste te verheffen. De openbaarheid verbonden aan een dergelijke mededeling is immers zeer betrekkelijk. Haar rechtstreekse werking is beperkt tot de debitor cessus. Echter ook haar zijdelingse werking ten opzichte van derden is beperkt, niet alleen omdat zij slechts iets betekent wanneer en zolang de crediteuren informeren bij de debiteuren van de cedent, maar ook omdat zij geen beveiliging biedt in het geval dat de debiteur met de cedent — en wellicht zelfs met cedent en cessionaris — samenspannt. Evenzeer is het de vraag of derden in het stelsel van art. 3:94 beschermd worden tegen dubbele cessie. Ook hier kan alles afhangen van de oprechtheid van de schuldenaar, die moet verklaren wanneer de respectieve cessies aan hem zijn meege-deeld.¹³

Wat hiervan zij, het mededelingsvereiste wordt naar de bedoeling van de wetgever geacht een publiciteits- en daarmee een typisch goederenrechtelijke functie te vervullen. Bij de beantwoording van de hierboven gestelde vragen zal dan ook van dit goederenrechtelijke karakter der mededeling moeten worden uitgegaan.

5. VOLGORDE VAN AKTE EN MEDEDELING

De eerste vraag was in welke volgorde aan de vereisten van akte en mededeling moet worden voldaan. De huidige wettekst van art. 3:94 hanteert de neutrale formulering 'een daartoe bestemde akte, en mededeling daarvan'.¹⁴ Zo is het niet steeds geweest. Het Gewijzigd Ontwerp sprak van een 'akte, gevolgd door mededeling'. De vervanging van deze woorden door 'akte en mededeling' doet, aldus de wetgever, beter uitkomen dat niet alleen zowel aan de eis van een

13. Vgl. C.Æ. Uniken Venema, WPNR 4532 (1958), blz. 158-159 en WPNR 4533 (1958), blz. 169; H.J. Pabbruwe, Cessie tot zekerheid van toekomstige vorderingen, Op de grenzen van komend recht, Beekhuisbundel (1969), blz. 188, 190-191.

14. Deze formulering is taalkundig weinig fraai: immers, wat moet men begrijpen onder de 'mededeling van een akte'? Weliswaar staat vast dat de mededeling niet ziet op haar inhoud, maar niet staat vast waarop exact dan wel: het opmaken, het ondertekenen, het aanvaarden?

akte als aan die van mededeling voldaan moet zijn, maar ook 'dat onverschillig is in welke volgorde aan deze eisen moet worden voldaan'. Einde toelichting.¹⁵ Ofschoon derhalve tekst en toelichting, naar de letter genomen, op het eerste gezicht de indruk wekken dat de mededeling aan 'de akte' vooraf kan gaan, zou ik hier toch enige terughoudendheid willen betrachten, en wel om de volgende redenen.

In de eerste plaats is bedoelde tekstwijziging mede aangebracht op instigatie van een commentaar van de Koninklijke Notariële Broederschap.¹⁶ Dit commentaar luidde: 'In plaats van de woorden 'gevolgd door' ziet de commissie liever 'en', omdat daaruit duidelijk blijkt dat de cessie pas voltooid is als aan beide eisen is voldaan, terwijl het voorts mogelijk is dat de mededeling (...) *voor het tekenen van de akte* plaatsvindt' (curs. WR). Al kan direct worden toegegeven dat een mededeling eveneens 'voor het tekenen van de akte' plaatsvindt indien van enig voornemen tot het opmaken van zodanige akte in het geheel nog geen sprake is en ook deze formulering derhalve naar de letter een onbepaalde omkering lijkt te impliceren, toch komt het mij voor dat uit deze zinsnede kan worden afgeleid dat betrokkenen de situatie voor ogen heeft gestaan waarin, zo de akte al niet voorhanden is en slechts op ondertekening en/of aanvaarding wacht, toch op z'n minst genomen duidelijk is dat een dergelijke akte met zekerheid en binnen afzienbare tijd tot stand zal komen. Er moet, met andere woorden, reeds enig verband tussen mededeling en akte bestaan wil de mededeling aan de akte vooraf kunnen gaan. Anders gezegd: er moet hoe dan ook een 'begin van een akte' zijn, en wel ten minste in die zin dat de toekomstige cedent zich obligatoir heeft verbonden tot het ondertekenen van een akte.

In de tweede plaats doet hier het publiciteits- c.q. goederenrechtelijke aspect opgeld. Van oudsher heeft de mededeling gediend om naar buiten toe kenbaar te maken *dat* overdracht van een vordering *heeft* plaatsgevonden.¹⁷ Het feit dat de mededeling thans zelf als constitutief element deel uitmaakt van de levering kan mijns inziens aan deze ratio niet geheel afdoen. Bovendien wordt — gelijk hiervoor beschreven — ook naar nieuw recht de mededeling geacht een

15. NvW, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 398.

16. Rapport KNB bij het GO Boek 3 NBW, WPNR 5280 (1974), blz. 681.

17. Asser-Beekhuis I (Zakenrecht), nr. 368.

— meer of minder geslaagde — publiciteits- en derhalve goederenrechtelijke functie te vervullen. Dit overziende lijkt men voor het voorafgaan van de mededeling aan de akte wellicht niet alleen de aanwezigheid van een (obligatoire) verbondenheid te moeten vereisen, maar zelfs de aanwezigheid van ten minste enig goederenrechtelijk element, zoals een (nog niet ondertekende en/of aanvaarde) akte of een voorwaardelijke goederenrechtelijke overeenkomst.

6. DAADWERKELIJKE OVERDRACHT?

De tweede vraag was of de mededeling betrekking moet hebben op een daadwerkelijke overdracht of dat zij ook mag zien op de loutere mogelijkheid van een in de toekomst gelegen overdracht. Met de beantwoording van de eerste vraag is het antwoord op de onderhavige in feite reeds gegeven. Ofschoon de toelichting niet meer vermeldt dan dat de mededeling aan de akte 'vooraf' kan gaan, zijn er argumenten die er voor pleiten een min of meer nauw — wellicht zelfs goederenrechtelijk — verband tussen mededeling en akte noodzakelijk te achten. De mededeling moet naar mijn mening, wil zij aan een akte vooraf kunnen gaan, gezien haar goederenrechtelijke karakter betrekking hebben op een daadwerkelijke cessie — begrepen als cessie waartoe de cedent zich ten minste rechtens heeft verbonden — en niet op een cessie die eventueel — dus misschien ook niet — ergens in de toekomst zal plaatsvinden.

Wellicht ten overvloede zij opgemerkt dat een en ander uiteraard niet belet dat een toekomstige, uit een reeds bestaande rechtsverhouding voortvloeiende of anderszins voldoende bepaalbare vordering¹⁸ wordt gecedeerd. Hierbij heeft men immers van doen met een cessie die in zoverre voltooid is dat aan alle leveringsvereisten (akte en mededeling dan wel mededeling en akte) is voldaan, doch waaraan het beoogde effect — de overdracht — ontbreekt zolang de vordering nog niet tegenwoordig is geworden.

18. HR 24 oktober 1980, NJ 1981, 265 (Langeveld en Dommering qq/Bouwman).