



Brussel, 29.9.2016
COM(2016) 626 final

**VERSLAG VAN DE COMMISSIE AAN HET EUROPEES PARLEMENT, DE RAAD
EN HET EUROPEES ECONOMISCH EN SOCIAAL COMITÉ**

**betreffende de kwestie van de werking van een cessie of subrogatie van een vordering
jegens derden en de voorrang van de gecedeerde of gesubrogeerde vordering boven het
recht van een andere persoon**

VERSLAG VAN DE COMMISSIE AAN HET EUROPEES PARLEMENT, DE RAAD EN HET EUROPEES ECONOMISCH EN SOCIAAL COMITÉ

betreffende de kwestie van de werking van een cessie of subrogatie van een vordering jegens derden en de voorrang van de gecedeerde of gesubrogeerde vordering boven het recht van een andere persoon

1. INLEIDING

1.1. Cessie van vorderingen in het kader van de kapitaalmarktunie

In het actieplan voor de kapitaalmarktunie¹ is geconcludeerd dat er ondanks de aanzienlijke vooruitgang in de afgelopen decennia in de ontwikkeling van een interne kapitaalmarkt, nog steeds veel langdurige en diepewortelde belemmeringen zijn die grensoverschrijdende investeringen belemmeren. Een van de vastgestelde obstakels is een gevolg van de verschillen in de nationale aanpak van de gevolgen jegens derden van de cessie van schuldvorderingen, die het gebruik daarvan als grensoverschrijdende zekerheid bemoeilijken, vooral wanneer bankleningen worden gemobiliseerd als financieel onderpand bij krediettransacties van centrale banken² of in het kader van securitisaties, en waardoor het voor beleggers moeilijk wordt het risico te begroten van beleggingen in schuldinstrumenten. Om grensoverschrijdende investeringen te bevorderen, gaat het actieplan voor de kapitaalmarktunie er vanuit dat "de commissie [...] eenvormige regels [zal] voorstellen om met rechtszekerheid vast te stellen welk nationaal recht van toepassing zal zijn op gevolgen ten aanzien van derden in geval van de cessie van schuldvorderingen" en dat er voor 2017 actie zal worden ondernomen³. Dit verslag is de eerste stap om de belangrijkste problemen vast te stellen in verband met het ontbreken van een eenvormige regel die bepaalt welk nationaal recht van toepassing is op de gevolgen ten aanzien van derden van de cessie van schuldvorderingen en de rangorde van de gecedeerde vordering en om de mogelijke benaderingen vast te stellen om deze problemen aan te pakken.

1.2. Het begrip "cessie van vorderingen"

De cessie van vorderingen is een juridisch mechanisme dat zowel de eenvoudige overdracht van vorderingen van de ene persoon aan de andere mogelijk maakt als complexe financiële operaties die worden gebruikt om de zakelijke activiteiten van ondernemingen te financieren, zoals financiëlezekerheidsovereenkomsten, factoring en securitisatie. Het gaat in wezen om de overdracht van een vordering van een schuldeiser ("cedent") jegens een schuldenaar aan een andere persoon ("cessionaris"). Voorbeelden van gebruikelijke cessietransacties staan hieronder vermeld (punt 2.1).

Door de toenemende verwevenheid van nationale markten heeft een cessie vaak een grensoverschrijdend element, wat kan leiden tot wetsconflicten. Rechtszekerheid over de vraag welk recht van toepassing is op de verschillende rechtsbetrekkingen, is van het allergrootste belang voor een probleemloos verloop van overdrachtstransacties. Grotere rechtszekerheid leidt ertoe dat meer kapitaal en krediet van over de grens kan worden aangetrokken en dat voor een meer betaalbare prijs, wat met

¹ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's: "Actieplan voor de opbouw van een kapitaalmarktunie" ("KMU-actieplan"), COM(2015) 468 final, blz. 23.

² Zie het Verslag van de commissie aan de Raad en het Europees Parlement inzake de gepastheid van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2002/47/EG betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten ("FCD-verslag"), COM(2016) 430, final.

³ Zie bijlage 1 bij het actieplan voor de kapitaalmarktunie: Lijst met acties en indicatief tijdschema, blz. 30.

name gunstig is voor kleine en middelgrote ondernemingen (kmo's) en, op de langere termijn, voor het faciliteren van het grensoverschrijdend verkeer van goederen, diensten en kapitaal.

1.3. Bestaande EU-wetgeving

In de Europese Unie is de doelstelling van het vergroten van de rechtszekerheid op het terrein van cessies ter hand genomen door het harmoniseren van de conflictregels in Verordening (EG) nr. 593/2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (de Rome I-verordening)⁴. Deze regels bepalen dat de *betrekkingen* tussen cedent en cessionaris of tussen subrogant en gesubrogeerde uit hoofde van een contractuele subrogatie van een vordering op de schuldenaar, worden beheerst door het recht dat ingevolge de verordening op de overeenkomst van cessie c.q. subrogatie van toepassing is⁵. De geharmoniseerde regels strekken ook tot bescherming van de gecedeerde schuldenaar door te garanderen dat hij de cessionaris niet meer verschuldigd is dan dat hij de schuldeiser/cedent verschuldigd was⁶. Bijgevolg bepaalt het recht dat de gecedeerde vordering beheerst, waarvan de schuldenaar redelijkerwijs mag verwachten dat alleen dat recht van toepassing is, ook de betrekkingen tussen de cessionaris en de schuldenaar, de vraag of de vordering kan worden gecedeerd, de voorwaarden waaronder de cessie aan de schuldenaar kan worden tegengeworpen en of de schuldenaar door betaling is bevrijd. De bestaande regelgeving laat zich echter over een belangrijk aspect niet uit, namelijk de vraag welk recht van toepassing is op de werking van een cessie jegens derden⁷. Deze vraag is cruciaal om rechtszekerheid bij grensoverschrijdende cessies te garanderen.

Met dit verslag voldoet de Commissie aan de wettelijke verplichting⁸ van artikel 27, lid 2, van de Rome I-verordening, waarin de Commissie ertoe wordt verplicht verslag uit te brengen over het vraagstuk van de werking van een cessie of subrogatie van een vordering jegens derden en de voorrang van de gecedeerde of gesubrogeerde vordering boven een recht van een andere persoon.

1.4. Effectentransacties en cessie van vorderingen

Het actieplan voor de kapitaalmarktunie wijst niet alleen op de onzekerheid ten aanzien van de cessie van vorderingen, maar ook op een overeenkomstige onzekerheid in het kader van grensoverschrijdende effectentransacties. Zowel effecten als vorderingen vormen immers regelmatig het voorwerp van overeenkomstige financiële transacties, zoals garantiestelling.

Op het gebied van het effectenrecht werd sectorspecifieke wetgeving aangenomen die conflictregels bevat, ter vermindering van het systeemrisico dat inherent is aan betalings- en effectenafwikkelingssystemen⁹, ter beperking van het kredietrisico bij financiële transacties door contanten, financiële instrumenten en kredietvorderingen als onderpand te verstrekken¹⁰, of ter handhaving van eigendomsrechten in geval van de reorganisatie en de liquidatie van

⁴ Zie artikel 14 van Verordening (EG) nr. 593/2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (de Rome I-verordening).

⁵ Artikel 14, lid 1, van de Rome I-verordening.

⁶ Artikel 14, lid 2, van de Rome I-verordening.

⁷ Hoewel overweging 38 van de Rome I-verordening bepaalt dat de term "betrekkingen" in artikel 14, lid 1, ook van toepassing is op de goederenrechtelijke aspecten van een cessie tussen de cedent en de cessionaris in de rechtsordes waarin deze aspecten los van de aspecten van het verbintenissenrecht worden behandeld, werd tijdens de onderhandelingen in de aanloop naar de goedkeuring van Rome I-verordening duidelijk dat er geen overeenstemming kon worden bereikt over een gemeenschappelijke regeling inzake de gevolgen jegens derden van overdracht.

⁸ De goedkeuring van dit verslag werd uitgesteld in afwachting van een politieke gelegenheid de publicatie ervan te laten volgen door een wetgevingsvoorstel. Dit vindt nu plaats in het kader van het actieplan voor de kapitaalmarktunie.

⁹ Richtlijn 98/26/EG betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen (FR).

¹⁰ Richtlijn 2002/47/EG betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten.

kredietinstellingen¹¹. Deze specifieke conflictregels zijn van toepassing in de EU-lidstaten en verwijzen naar het recht van de staat waar het register, de relevante rekening of het gecentraliseerde effectendepot zich bevindt. Deze regels zijn in de verschillende lidstaten echter op verschillende manieren ingevoerd of worden daar verschillend toegepast. Dit leidt tot rechtsonzekerheid en extra kosten, wat het soepele verloop van financiële operaties in de interne markt kan belemmeren.

Daarnaast is er op het gebied van effecten tot nog toe geen sprake van een algemene benadering inzake collisie¹². Ook is het materieel recht inzake effecten tot op heden nog niet geharmoniseerd op EU-niveau, niettegenstaande de recente ontwikkeling van de EU-wetgeving op het gebied van de infrastructuur van de financiële markten, waarbij de verordening betreffende de Europese marktinfrastructuur (EMIR)¹³, de verordening betreffende centrale effectenbewaarinstellingen (CSDR)¹⁴ en MiFID II /MiFIR¹⁵ kunnen worden genoemd, en niettegenstaande de werkzaamheden die sinds een aantal jaren aan de gang zijn¹⁷.

Het kan in het licht van het nastreven van soortgelijke doelstellingen via transacties inzake vorderingen en effecten nuttig zijn om de werkzaamheden met betrekking tot conflictregels ten aanzien van beide soorten transacties te coördineren. Dat geldt eens te meer omdat het onderscheid tussen "vorderingen" en "effecten" in de praktijk niet altijd duidelijk is.

1.5. Internationale instrumenten

Er is op internationaal niveau gezocht naar oplossingen voor de problemen op het gebied van collisie in het kader van transacties met vorderingen en effecten. In 2001 werd het Verdrag van de Verenigde Naties inzake cessie van vorderingen in de internationale handel opgesteld. Het is tot op heden nog niet in werking getreden. De beginselen uit dit verdrag zijn in 2007 opgenomen in de legislative guide on secured transactions van UNCITRAL (richtsnoeren met betrekking tot de wetgeving inzake gedekte transacties). Ook het Verdrag van Den Haag van 2006 inzake het recht dat van toepassing is op bepaalde rechten ten aanzien van effecten die bij een intermediair worden aangehouden is tot op heden nog niet van kracht.

1.6. Externe studie en raadplegingen

In opdracht van de Commissie is een studie¹⁸ verricht waarin onderzoek werd gedaan naar het vraagstuk van de werking van een cessie of subrogatie van een vordering jegens derden en van de voorrang van de gecedeerde of gesubrogeerde vordering boven het recht van een andere persoon (hierna "de studie" genoemd). De studie is gebaseerd op statistische, empirische en juridische

¹¹ Richtlijn 2001/24/EG betreffende de sanering en liquidatie van kredietinstellingen, PB L 125 van 5.5.2001.

¹² De Commissie heeft een voorstel voor een besluit van de Raad betreffende het ondertekenen van het Verdrag van Den Haag van 2006 inzake het recht dat van toepassing is op bepaalde rechten ten aanzien van effecten die bij een intermediair worden, teruggetrokken.

¹³ Verordening (EU) nr. 648/2012 betreffende otc-derivaten, centrale tegenpartijen en transactieregisters.

¹⁴ Verordening (EU) nr. 909/2014 betreffende de verbetering van de effectenafwikkeling in de Europese Unie en betreffende centrale effectenbewaarinstellingen.

¹⁵ Richtlijn 2014/65/EU betreffende markten voor financiële instrumenten.

¹⁶ Richtlijn (EU) nr. 600/2014 betreffende markten in financiële instrumenten.

¹⁷ Effectbeoordeling bij het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en van de Raad betreffende de rechtszekerheid van het aanhouden en verhandelen van effecten, 23 september 2009.

¹⁸ De studie werd in 2011 uitgevoerd door het British Institute of International and Comparative Law en is beschikbaar op: http://ec.europa.eu/justice/civil/document/index_en.htm.

gegevens afkomstig uit twaalf rechtsgebieden in de Europese Unie¹⁹, die een scala aan rechtstradities vertegenwoordigen, alsook uit zes economisch belangrijke niet-lidstaten²⁰.

2. BELANG VAN CESSIE IN DE INTERNATIONALE HANDEL EN OP DE KAPITAALMARKTEN

2.1. Voorbeelden van cessietransacties

Een cessie had tot voor kort altijd betrekking op een enkele vordering, die van de schuldeiser overging op een of meer opvolgende verkrijgers.

Voorbeeld 1: Daadwerkelijke overdracht van een enkele vordering

Een schuldeiser/cedent (C) cedeert zijn vordering²¹ op de schuldenaar aan cessionaris A. A kan de schuldenaar mededeling doen van de cessie, bijvoorbeeld wanneer het recht van de gewone verblijfplaats van C dit vereist²². A cedeert diezelfde vordering vervolgens aan cessionaris B. B kan besluiten om geen mededeling te doen van de cessie, bijvoorbeeld omdat het recht dat de onderliggende vordering beheerst, dat niet als vereiste stelt om de cessie aan derden of de schuldenaar te kunnen tegenwerpen. C wordt vervolgens insolvent en zijn curator probeert vast te stellen of B de geldige eigenaar van de vordering is.

Sinds kort worden vorderingen ook in bulk gecedeerd en worden naast bestaande ook toekomstige vorderingen gecedeerd. Dergelijke transacties worden door ondernemingen vaak gebruikt voor het verkrijgen van kapitaal en krediet voor de financiering van ondernemingsactiviteiten.

Voorbeeld 2: Factoring

Een kmo-leverancier (C) wil het grootste deel van zijn bestaande en toekomstige vorderingen²³ op klanten in verschillende lidstaten aan factor A cederen, die in ruil voor een korting op de aankoopprijs bereid is tot kasstroomfinanciering, het innen van de vorderingen en aanvaarding van het risico van oninbare vorderingen. Voor het aanbieden van een interessante korting aan C moet A zeker weten dat de cessie in het geval van C's insolventie aan derden kan worden tegengeworpen.

Wat A wellicht ook zorgen baart is de mogelijkheid dat volgens het recht dat op de cessie van toepassing is – dat de goederenrechtelijke gevolgen van de cessie tussen A en C beheerst – weliswaar alle vorderingen waarop de cessie betrekking heeft, kunnen worden gecedeerd, maar dat enkele van die vorderingen worden beheerst door recht dat bulkcessies verbiedt²⁴.

¹⁹ Het betreft: België, Duitsland, Engeland, Finland, Frankrijk, Italië, Luxemburg, Nederland, Polen, Spanje, Tsjechië en Zweden.

²⁰ Het betreft: Australië, Canada, Japan, de Russische Federatie, de Verenigde Staten en Zwitserland.

²¹ De vordering kan voortvloeien uit een overeenkomst of onrechtmatige daad, ongerechtvaardigde verrijking, *negotiorum gestio*, *culpa in contrahendo* of andere rechtsbetrekkingen.

²² In veel lidstaten is het niet nodig dat van een cessie mededeling wordt gedaan of dat deze op enigerlei wijze wordt geregistreerd om aan derden te kunnen worden tegengeworpen (bv. België, Duitsland, Engeland, Polen, Spanje en Tsjechië), terwijl in andere lidstaten mededeling moet worden gedaan aan de schuldenaar (bv. Frankrijk en Luxemburg) of de schuldenaar de cessie in een authentieke akte moet erkennen (bv. Italië).

²³ De cessie van toekomstige vorderingen valt in de lidstaten onder verschillende regelingen. In het algemeen wordt aangenomen dat toekomstige vorderingen kunnen worden gecedeerd. Volgens onder meer Belgisch, Duits en Fins recht moeten toekomstige vorderingen echter worden bepaald of bepaalbaar zijn om te kunnen worden gecedeerd, terwijl volgens het Zweedse recht toekomstige vorderingen verbintenissen zijn die duidelijk in het desbetreffende garantiebewijs moeten zijn voorzien.

²⁴ Het kan ook gebeuren dat C een vordering cedeert in strijd met een wettelijk of contractueel cessieverbod. Wettelijke verboden gelden bijvoorbeeld voor persoonlijke schulden zoals lonen en

Zekerheid over het recht dat de werking van de cessie jegens derden en de voorrang van een cessie boven concurrerende cessies beheerst, is van cruciaal belang geworden, in het bijzonder bij krediettransacties waarbij kmo's zijn betrokken, die vaak geen financiering over de grens kunnen krijgen of alleen onder ongunstige voorwaarden, tenzij zij een zekerheid kunnen aanbieden. Die zekerheid heeft vaak de vorm van een vordering op hun schuldenaren.

Voorbeeld 3: Cessie tot zekerheid

Een kmo (C) wil de waarde van de vorderingen op de kopers van haar producten maximaal benutten voor het krijgen van verzekerd krediet van zowel cessionaris A als cessionaris B, waarbij dezelfde goederen als zekerheid worden gegeven. Voordat ze het krediet aan C verstrekken, zullen A en B eerst willen weten wat de rangorde is van hun zekerheidsrechten op de goederen van C²⁵.

Als C aan A en B dezelfde vorderingen cedeert zonder dat zij er weet van hebben dat de vorderingen twee keer zijn gecedeerd, is de cessie op frauduleuze wijze gebeurd. Bij insolventie van C zou de curator dan moeten bepalen wie van de twee cessionarissen voorrang heeft.

Een complex mechanisme voor het verkrijgen van kosteneffectief krediet is securitisatie. Securitisatie is een financieringsmethode waarbij homogene, inkomengenererende activa (vaak vorderingen) - die op zich moeilijk te verhandelen kunnen zijn - worden samengevoegd en verkocht aan een speciaal opgerichte derde partij, die ze gebruikt als onderpand om aandelen uit te geven en te verkopen op financiële markten²⁶.

Voorbeeld 4: Securitisatie

Een grote detailhandelsketen (C) cedeert de vorderingen op klanten die betalen met de kredietkaart van de keten aan een special purpose vehicle (A)²⁷. A geeft vervolgens aan beleggers op de kapitaalmarkten schuldbewijzen uit. Die schuldbewijzen worden gedekt door de stroom inkomsten uit de kredietkaartvorderingen die aan A zijn gecedeerd. Met de betalingen die uit hoofde van die vorderingen plaatsvinden, worden door A de rente en aflossingen op de schuldbewijzen betaald.

Nu het aantal grensoverschrijdende investeringen is toegenomen, worden effecten zoals obligaties vaak als onderpand gecedeerd tot zekerheid voor door beleggers verstrekt krediet. De eigendomsketen tussen beleggers en emittent is complex: effecten kunnen worden aangehouden via meerdere ketens van intermediairs, die net als de beleggers mogelijk in een ander land zijn gevestigd. Daardoor is het moeilijk om te bepalen wie wat in eigendom heeft, wat ernstige gevolgen kan hebben voor de financiële stabiliteit.

pensioenen (bv. België, Nederland en Polen) of bulkcessies (Polen). In sommige lidstaten hebben niet-overdraagbaarheidsbepalingen absolute werking (bv. Nederland), terwijl in andere lidstaten een uitzondering wordt gemaakt voor geldvorderingen (bv. Duitsland). In Finland, Polen en Tsjechië is cessie afhankelijk van de toestemming van de schuldenaar. De situatie in het Belgische recht is onduidelijk.

²⁵ In het nationale recht geldt over het algemeen dat de eerste cessionaris voorrang heeft (bv. België, Duitsland, Engeland, Finland, Italië, Nederland, Polen en Tsjechië). In Engeland en Nederland is het relevante tijdstip het moment waarop de cessionaris de schuldenaar mededeling doet van de cessie. In Engeland moet een cessie tot zekerheid in de vorm van een hypotheek of andere bezwaring zijn ingeschreven bij de Registrar of Companies.

²⁶ Understanding Securitisation, Background – benefits – risks, European Parliamentary Research Service (PE 569.017), januari 2016, blz. 1.

²⁷ Dit voorbeeld is een aanpassing van het voorbeeld dat in de UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, blz. 16 en 17, wordt gebruikt.

3. PROBLEMEN

3.1. Huidige divergentie van conflictregels in de lidstaten

De materiële voorschriften die in de lidstaten van toepassing zijn op cessie, verschillen op bepaalde punten sterk van elkaar. Zo zijn er bijvoorbeeld verschillende mededelingsvereisten voor de werking van cessies²⁸, verschillende voorrangregels, verschillende regels voor de cessie van toekomstige vorderingen, alsook verschillende beperkingen op de overdraagbaarheid van vorderingen. Zolang deze materiële voorschriften niet zijn geharmoniseerd, zijn internationaal-privaatrechtelijke oplossingen buitengewoon belangrijk voor het oplossen van wetsconflicten.

Voor het bepalen van het recht dat van toepassing is op de derdenwerking van een cessie, worden in de rechtsstelsels die in het kader van de studie zijn onderzocht, echter verschillende benaderingen gevolgd.

In Nederland beheerst *het recht dat op de overeenkomst tussen cedent en cessionaris van toepassing is*, alle goederenrechtelijke aspecten van de cessie. Deze oplossing is gebaseerd op het beginsel van de partijautonomie, maar draagt het risico in zich dat de schuldeisers van de cedent kunnen worden bedrogen. Als verweer hiertegen kan een beroep worden gedaan op het algemene beginsel *fraus omnia corrumpit* of kan de exceptie van openbare orde worden aangevoerd. Wat betreft de vraag welke cessie in het geval van concurrerende cessies voorrang heeft, bepaalt het recht dat van toepassing is op de tweede cessie of degene die te goeder trouw als tweede heeft verkregen, bescherming geniet. Deze benadering heeft ook in andere lidstaten, zoals Duitsland, enige steun verworven. Ook Zwitserland hanteert deze benadering.

Volgens Belgisch recht wordt de derdenwerking van een cessie beheerst door *het recht van de gewone verblijfplaats van de cedent*. Sommige Italiaanse rechtsgeleerden zouden graag zien dat deze benadering wordt ingevoerd voor bulkcessies en cessies van toekomstige vorderingen. In Luxemburg geldt voor de specifieke sector van securitisatie dat op de derdenwerking van een cessie het recht van toepassing is van het land van vestiging van de cedent. Ter vergelijking: volgens Amerikaans recht bepaalt het recht van de plaats van vestiging van de cedent of een cessie de vordering volledig doet overgaan.

In verscheidene lidstaten, zoals Spanje en Polen, wordt de derdenwerking beheerst door *het recht dat op de onderliggende vordering van toepassing is*. Hoewel het Verenigd Koninkrijk, Duitsland en Italië geen daartoe strekkende wettelijke bepalingen kennen, vindt deze benadering wel ondersteuning in de rechtspraak en doctrine van die landen. Deze benadering wordt ook gehanteerd in Australië, Canada, Japan en de Russische Federatie.

Andere benaderingen die in de lidstaten worden gehanteerd, zijn toepassing van de *lex rei sitae* (Tsjechië en Zweden) en van *het recht van de gewone verblijfplaats van de schuldenaar* (Frankrijk). In andere lidstaten, bijvoorbeeld Finland, is er *geen duidelijke regel*.

3.2. Rechtsonzekerheid

Het ontbreken van een uniforme conflictregel zorgt op diverse terreinen voor rechtsonzekerheid.

De heterogeniteit en dubbelzinnigheid van de gevolgen voor derden en het ontbreken van oplossingen voor wetsconflicten op dit punt kunnen tot tegenstrijdige resultaten leiden. Zo kan er in **Voorbeeld 3** sprake van zijn dat zowel A als B meent dat hij voorrang heeft, waarbij A zich mogelijk beroept op het recht van de gewone verblijfplaats van C en B op het recht dat de overeenkomst van cessie met A

²⁸ Zie **Voorbeeld 1**. De verschillen in vormvereisten met betrekking tot kredietvorderingen zijn uitgewerkt in het recente verslag betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten, COM(2016) 430 final.

beheerst. Ieder is van oordeel dat de cessie tussen hem en de cedent volledige werking heeft en de aan hem gecedeerde rechten voorrang hebben. Vaak zullen zij zich niet bewust zijn van de rechten van de ander, maar vertrouwen op overeenkomstig het door hen toepasselijk geachte recht uitgevoerde controles inzake het bestaan van andere cessionarissen, d.w.z. controles op basis van vereisten inzake openbaarmaking die potentiële cessionarissen krachtens het recht van een bepaalde lidstaat wel, maar krachtens het recht van een andere lidstaat geen bescherming zullen bieden.

Wat vorderingen uit hoofde van toekomstige overeenkomsten betreft, is het op het tijdstip van cessie niet altijd eenvoudig vast te stellen welk recht op de gecedeerde vordering van toepassing is. In **Voorbeeld 2** kan A niet van tevoren vaststellen welk recht de onderliggende vorderingen zal beheersen. Het risico dat hij loopt doordat hij nog niet weet welke regels voor hem zullen gelden, zou A kunnen doen besluiten om C niet te financieren of een aanzienlijk hogere beloning te vragen.

Naast het gebrek aan regels leiden de aspecten van cessie die wel al zijn gereguleerd tot bepaalde onzekerheden, met name voor zover het op financiële markten verhandelde financiële instrumenten betreft. Het is bijvoorbeeld niet duidelijk wat de exacte reikwijdte van artikel 14 van Verordening 593/2008 (Rome I) is²⁹. Terwijl traditionele "effecten" (d.w.z. aandelen of obligaties) over het algemeen geacht worden niet onder deze bepaling te vallen³⁰, wordt ervan uitgegaan dat rechten ten aanzien van effecten die [elektronisch] op sommige kapitaalmarkten worden verhandeld, juist wel onder deze conflictregel vallen³¹.

Rechtsonzekerheid bij het vaststellen van de gevolgen van cessie jegens derden en de rangorde is het meest prangend wanneer de cedent insolvent blijkt. Ook al regelt artikel 14 van de Rome I-verordening duidelijk welk recht tussen de partijen van toepassing is, dan nog zal in het geval van insolventie bij het vaststellen van de werking van cessies en hun rangorde heel vaak ook nog een derde rechtsstelsel in het spel komen, namelijk het recht dat van toepassing is op een eventuele insolventieprocedure tegen de cedent.

In Verordening (EU) 2015/848 betreffende insolventieprocedures (herschikking) (hierna de "insolventieverordening (herschikking)" genoemd)³² zijn de conflictregels neergelegd die in insolventieprocedures van toepassing zijn. In de regel worden insolventieprocedures ingeleid in de lidstaat waar op dat moment het centrum van de voornaamste belangen van de cedent is gelegen. Bij wijze van uitzondering op deze regel kan, wanneer de schuldenaar een vestiging in een andere lidstaat bezit, in die andere lidstaat ook een secundaire procedure worden ingeleid, maar alleen ten aanzien van

²⁹ Zie R. Plender, M. Wilderspin, *The European Private International Law of Obligations*, 3e druk, Thomas Reuters 2009, paragrafen 13-019 en 13-020.

³⁰ Dit is de algemene opvatting inzake "aandelen" (zie R. Plender, M. Wilderspin, *op. cit.*, punt 13-020; H. van Houtte (red.), *The Law of Cross-border Securities Transactions*, Sweet & Maxwell 1999, blz. 7; *Dacey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, deel 2, 15e druk, Thomson Reuters 2012, paragraaf 24-066; *BIICL Study*, blz. 244 en 347) en "obligaties" (H. van Houtte (red.), *op. cit.*, blz. 31–32).

³¹ Dit is de heersende opvatting wat betreft de Duitse "rechten ten aanzien van effecten", d.w.z. de "Gutschrift in Wertpapierrechnung", volgens M. Born, *Europäisches Kollisionsrecht des Effektengiros. Intermediatisierte Wertpapiere im Schnittfeld von Internationalem Sachen-, Schuld- und Insolvenzrecht*, Mohr Siebeck 2014, blz. 63. Ook R. Plender en M. Wilderspin, *op. cit.*, blz. 375 suggereren dat overdrachten van "equitable interests" over het algemeen binnen de reikwijdte van artikel 14 van de Rome I-verordening vallen. *Dacey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, *op. cit.*, paragraaf 24-067 veronderstellen echter dat "belangen in een trust" buiten artikel 14 vallen.

³² Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures (PB L 160 van 30.6.2000, blz. 1) is ingetrokken bij Verordening nr. (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (herschikking) (PB L141 van 5.6.2015, blz. 19).

de goederen die zich daar bevinden³³. De wetgeving van de staat waarin de insolventieprocedure is ingeleid (lex concursus) bepaalt, onder meer, welke goederen deel uitmaken van de insolvente boedel, de regels betreffende de verdeling van de opbrengst van de te gelde gemaakte goederen, de rangindeling van de vorderingen en de regels betreffende nietigheid, vernietigbaarheid of niet-tegenwerpbaarheid van de voor de gezamenlijke schuldeisers nadelige rechtshandelingen. De verordening verduidelijkt waar goederen, zoals aandelen op naam in vennootschappen, girale effecten alsook tegoeden op rekeningen, geacht worden zich te bevinden met het oog op de vaststelling van de reikwijdte van secundaire procedures³⁴. Bovendien worden de zakelijke rechten en het eigendomsvoorbehoud van derden beschermd wanneer insolventieprocedures worden ingeleid in een andere lidstaat dan de lidstaat waar de goederen zich bevinden³⁵.

De wet die van toepassing is op de gevolgen van cessie jegens derden kan daarom in geval van tegen de cedent ingeleide insolventieprocedures worden bepaald krachtens de Insolventieverordening (herschikking). Insolventie is immers een situatie waarin eigendomskwesaties tussen concurrerende rechthebbenden bijzonder belangrijk worden. Bijgevolg zullen toekomstige geharmoniseerde regels inzake de derdenwerking van cessie nauwkeurig afgestemd moeten worden op het bestaande acquis op het gebied van insolventie.

3.3. Praktische problemen en hoge juridische kosten

De empirische gegevens die voor de studie zijn verzameld³⁶, laten zien dat 47% van de geraadpleegde belanghebbenden praktische problemen ondervonden toen ze ervoor wilden zorgen dat de cessie derdenwerking had. Anders dan verhandelbare effecten, die in het algemeen in elektronische rekeningen opgenomen worden, wordt het bewijs van kredietvorderingen alleen gevormd door een kredietovereenkomst. Daardoor is er een groter risico dat dezelfde kredietvordering als onderpand kan worden gebruikt voor meer dan één zekerheidsnemer zonder dat de latere zekerheidsnemers weten dat de kredietvordering al eerder werd verpand ten gunste van een andere persoon. Daarnaast vergroot het gebrek aan geharmoniseerde collisieregels het aantal materiële rechtsregels die mogelijk van toepassing zijn op het aanbod van kredietvorderingen als onderpand, wat het moeilijker kan maken om aan de toelatingscriteria van het Eurosysteem te voldoen³⁷.

Voorts zijn de gemiddelde juridische kosten van grensoverschrijdende transacties waarbij vorderingen worden gecedeerd, die voor het grootste deel voortvloeien uit het feit dat in meerdere rechtstelsels de vereiste procedurele stappen moeten worden gezet en aan bepaalde vormvereisten moet worden voldaan, vaak erg hoog en kunnen deze oplopen tot honderdduizenden euro's. Een van de factors maakte bijvoorbeeld melding van juridische kosten die varieerden van 350 000 tot 1 miljoen pond sterling per transactie.

³³ Zie artikel 3, lid 2, van de Insolventieverordening (herschikking).

³⁴ Zie artikel 2, lid 9, van de Insolventieverordening (herschikking).

³⁵ Respectievelijk artikel 8 en artikel 10 van de Insolventieverordening (herschikking).

³⁶ De empirische analyse toont de praktische problemen aan die in verschillende marktsectoren bij grensoverschrijdende cessies en subrogaties worden ondervonden en is gebaseerd op de antwoorden in een vragenlijst die door 36 belanghebbenden werd ingevuld. De respondenten vertegenwoordigden ondernemingen, bedrijfsorganisaties, financiële instellingen, beroepsorganisaties van advocaten, beoefenaars van een juridisch beroep, academici en andere belanghebbenden.

³⁷ Richtsnoer EU/2015/510 van de Europese Centrale Bank van 19 december 2014 betreffende de tenuitvoerlegging van het monetairbeleidskader van het Eurosysteem (ECB/2014/60) ("ECB-richtsnoer algemene documentatie"). Artikel 97 van het ECB-richtsnoer algemene documentatie schrijft voor dat er in totaal niet meer dan twee heersende rechtstelsels mogen zijn ten aanzien van a) de wederpartij; b) de crediteur; c) de debiteur; d) de garant (indien van toepassing); e) de kredietvorderingsovereenkomst, f) de mobilisatie-overeenkomst.

4. MOGELIJKE BENADERINGEN

4.1. Algemene overwegingen

De studie³⁸ laat zien dat er, zoals ook aangegeven in het actieplan voor de kapitaalmarktunie, een geharmoniseerde conflictregel voor de derdenwerking van een cessie nodig is om te zorgen voor meer rechtszekerheid, waarbij met de belangen van alle bij een grensoverschrijdende cessie betrokken partijen in gelijke mate rekening wordt gehouden. Een dergelijke conflictregel zou ook de grensoverschrijdende handel bevorderen, met name door het verminderen van juridische kosten en de noodzaak van zorgvuldigheid, en het bevorderen van de beschikbaarheid van kapitaal en krediet tegen betaalbare prijzen voor kmo's.

De studie toont ook aan dat een universeel aanknopingspunt wellicht niet geschikt is voor alle soorten overdrachtstransacties. Een combinatie van aanknopingspunten waarbij met de belangen van diverse belanghebbenden rekening wordt gehouden, is wellicht beter. Aangezien sectorspecifieke regels het risico van complexiteit en kwalificatieproblemen in zich bergen, zou het gebruik daarvan echter zoveel mogelijk moeten worden beperkt.

Van alle mogelijke aanknopingspunten hebben het recht dat op de overeenkomst van cessie van toepassing is, het recht van de gewone verblijfplaats van de cedent en het recht dat de gecedeerde vordering beheerst, de steun gekregen van een meerderheid van de belanghebbenden alsook van een aanzienlijk aantal lidstaten.

Nadere verduidelijking zou ook nuttig kunnen zijn voor een aantal verwante zaken, zoals de reikwijdte van artikel 14 van verordening "Rome I"³⁹.

In het licht van het voorgaande zijn drie mogelijk benaderingen naar voren gekomen⁴⁰.

4.2. Het recht dat op de overeenkomst tussen cedent en cessionaris van toepassing is

Thans worden de goederenrechtelijke aspecten van een cessie tussen de cedent en de cessionaris beheerst door het recht dat op de overeenkomst van cessie van toepassing is⁴¹. Deze benadering zou *alle* goederenrechtelijke aspecten van een cessie – inclusief de werking van een gecedeerde of gesubrogeerde vordering jegens derden en de vraag of de vordering van de cessionaris voorrang heeft boven die van andere rechthebbenden – onderwerpen aan het recht dat cedent en cessionaris hebben gekozen voor hun overeenkomst van cessie. Teneinde een eventuele benadeling van derden te voorkomen, zouden cedent en cessionaris in de keuze van het toepasselijke recht echter beperkt

³⁸ Van de respondenten meende 80% dat een gemeenschappelijke regel nodig is die bepaalt welk recht van toepassing is op de derdenwerking van een cessie. Als oplossing gaf 44% van de respondenten de voorkeur aan het recht van de gewone verblijfplaats van de cedent, 30% aan het recht dat de gecedeerde vordering beheerst en 11% aan het recht dat de cedent en cessionaris hebben gekozen.

³⁹ Met betrekking tot de vraag welk recht van toepassing is op vorderingen in rechte tot het verkrijgen van de opbrengst of waarde van een gecedeerde vordering zou duidelijk kunnen worden gemaakt dat het recht dat op basis van artikel 14 van verordening "Rome I" wordt vastgesteld, hiervoor doorslaggevend is. Nadere verduidelijking zou ook kunnen worden gebruikt om ervoor te zorgen dat alle kwesties die rechtstreekse gevolgen hebben voor de schuldenaar worden geregeld door het recht dat op de gecedeerde vordering van toepassing is, waaronder de vraag of de cessionaris een rechtstreekse vordering tegen de schuldenaar kan instellen of dat hij zich voor het instellen van een vordering in rechte moet voegen bij de cedent.

⁴⁰ Drie andere oplossingen – het recht van het land waar de schuldenaar is gevestigd, het recht van de plaats waar de cessie heeft plaatsgevonden en de *lex fori* – genieten weinig steun onder belanghebbenden, creëren onzekerheid, zijn niet geschikt voor transacties via elektronische middelen en moedigen forumshopping aan (zie de studie, blz. 384 en 385).

⁴¹ Zie overweging 38 van de Rome I-verordening.

moeten worden, wat de gevolgen van de cessie betreft⁴², tot hetzij het recht van de gewone verblijfplaats van de cedent of het recht dat de gecedeerde of gesubrogeerde vordering beheerst.

Wanneer cedent en cessionaris geen rechtskeuze hebben gemaakt, of het gekozen recht niet overeenstemt met de twee genoemde oplossingen, zouden alle goederenrechtelijke aspecten van de cessie worden beheerst door het recht van de gewone verblijfplaats van de cedent⁴³. Deze oplossing zou het gebruik van sectorspecifieke regels beperken en het aantal rechtsstelsels verminderen dat op een cessie van toepassing is⁴⁴.

Het vraagstuk van de rangorde van vorderingen van concurrerende cessionarissen kan worden opgelost door de gevolgen van elke transactie te analyseren in de volgorde waarin ze ontstaan, volgens het op die transacties toepasselijke recht. Daarbij zou de anterioriteitsregel uit het goederenrecht worden gevolgd (*prior tempore, potior iure*), die alleen wordt beperkt door regels betreffende verkrijging te goeder trouw met betrekking tot daaropvolgende transacties.

De belangrijkste voordelen van deze oplossing zijn dat alle goederenrechtelijke aspecten van een cessie worden beheerst door hetzelfde recht en dat partijen de vrijheid hebben om het recht te kiezen dat het beste beantwoordt aan de behoeften van hun sector. Tegelijkertijd blijft de schuldenaar bescherming genieten krachtens de bestaande regels. Deze oplossing biedt ruimte voor bulkcessies van bestaande en toekomstige vorderingen, omdat het recht van de gewone verblijfplaats van de cedent kan worden toegepast, hetzij als gevolg van de keuze van partijen, hetzij als standaardregel.

Het belangrijkste nadeel van deze oplossing is het risico dat in sommige lidstaten het mededelingsvereiste wordt omzeild. Dit risico wordt echter verminderd door het feit dat de rechtskeuze is beperkt tot twee rechtsstelsels, die beide nauw aan de betrokken cessie zijn gerelateerd.

4.3. Het recht van de gewone verblijfplaats van de cedent

In dit voorstel wordt de derdenwerking van een cessie beheerst door het recht van de gewone verblijfplaats van de cedent⁴⁵. Deze regeling is misschien niet goed geschikt voor financiële vorderingen uit hoofde van een bestaande overeenkomst die is gesloten in het kader van het soort systeem dat onder het toepassingsgebied van artikel 4, onder h), van verordening "Rome I" valt, of in het kader van een multilateraal systeem voor de vereffening van betalingen of andere transacties tussen banken en financiële instellingen of voor vorderingen uit hoofde van een financieel instrument. Dit nadeel zou kunnen worden verminderd door de algemene regel aan te vullen met een specifieke regel inzake de derdenwerking van een cessie van bepaalde financiële vorderingen die verwijst naar het recht dat op de relevante datum op de gecedeerde of gesubrogeerde vordering van toepassing is.

Voorrangsvragen zouden worden beantwoord met een verwijzing naar de datum van de laatste cessie of een andere gebeurtenis die een concurrerend recht doet ontstaan.

De belangrijkste voordelen van dit voorstel zijn dat het een enkel aanknopingspunt verschaft dat schuldeisers met én zonder zakelijke zekerheid rechtszekerheid biedt en, in het geval van

⁴² Op de contractuele aspecten van de cessie zou ander recht van toepassing kunnen blijven.

⁴³ Wanneer geen rechtskeuze is gemaakt, wordt het toepasselijke recht vastgesteld onder verwijzing naar de kenmerkende prestatie van de overeenkomst (artikel 4 van verordening Rome I), d.w.z. de prestatie van de cessionaris. Deze standaardoplossing zou aan de genoemde rechtsstelsels weer een nieuw element voor een specifieke cessie toevoegen, namelijk dat van de gewone verblijfplaats van de cessionaris.

⁴⁴ Om die reden wijkt voorstel A wat dit betreft af van de studie, waarin wordt voorgesteld om het recht dat de gecedeerde vordering beheerst als standaardregel te hanteren, gekoppeld aan een sectorspecifieke regel voor vorderingen uit toekomstige overeenkomsten.

⁴⁵ Ten behoeve van een daartoe strekkende bepaling moet artikel 19, leden 2 en 3, van verordening Rome I mogelijk buiten toepassing worden verklaard.

concurrerende cessies, een geschikte en voorspelbare oplossing biedt om te bepalen wiens vordering voorrang heeft. Het recht van de gewone verblijfplaats van de cedent is gemakkelijk vast te stellen en zal in de meeste gevallen de plaats zijn waar de hoofdinsolventieprocedure tegen de cedent wordt geopend. Conflicten tussen gedekte transacties en insolventiewetten zijn daardoor gemakkelijker op te lossen. Het voorstel is ook bijzonder geschikt voor bulkcessies en cessies van vorderingen die voortvloeien uit toekomstige overeenkomsten, die een belangrijke financieringsbron voor kmo's zijn. Het voorstel is voorts in overeenstemming met de UN Receivables Convention, alsook met de Legislative Guide on Secured Transactions van de Commissie van de Verenigde Naties voor Internationaal Handelsrecht (Uncitral)⁴⁶, wat betreft het type cessies dat binnen de werkingssfeer van die instrumenten valt⁴⁷.

Tot de nadelen behoren hogere transactiekosten en grotere complexiteit, omdat het voorstel ertoe kan leiden dat de goederenrechtelijke aspecten van een cessie door twee rechtsstelsels worden beheerst, namelijk het recht dat de overeenkomst van cessie beheerst, voor de betrekkingen tussen cedent en cessionaris, en het recht van de gewone verblijfplaats van de cedent, voor de derdenwerking. Er is in potentie ook een conflict van aanknopingspunten in gevallen waarin in verschillende landen gevestigde cedenten gezamenlijk cederen en in gevallen van opeenvolgende cessies, waarbij dezelfde vordering meerdere keren wordt gecedeerd door cedenten in verschillende landen.

4.4. Het recht dat de gecedeerde vordering beheerst

Krachtens dit voorstel beheerst het recht dat op de betrekkingen tussen cessionaris en schuldenaar van toepassing is, ook de goederenrechtelijke gevolgen van de cessie jegens derden. Deze algemene regel zou voor cessies van vorderingen uit hoofde van toekomstige overeenkomsten, waarbij het op de vordering toepasselijke recht op het tijdstip van cessie niet kan worden bepaald, vergezeld moeten gaan van een specifieke regel die verwijst naar het recht van de gewone verblijfplaats van de cedent. Deze specifieke regel zou ook kunnen worden gebruikt voor de factoring- en invoice discounting-industrie, waar bulkcessies anders een situatie kunnen doen ontstaan waarin op dezelfde vorderingenportefeuille vaak veel verschillende rechtsstelsels van toepassing zijn.

Voorrangsvragen zouden worden beantwoord met een verwijzing naar de datum van de laatste cessie of een andere gebeurtenis die een concurrerend recht doet ontstaan.

De belangrijkste voordelen van deze oplossing zijn de stabiliteit van het aanknopingspunt, waarvan het onwaarschijnlijk is dat het in de loop van de tijd zal veranderen, en bijgevolg het kleinere risico van conflicten tussen aanknopingspunten wanneer tussen cessionarissen en andere rechthebbenden een geschil over de rangorde van vorderingen ontstaat. Wanneer een ander recht op de gecedeerde vordering van toepassing wordt, doet dat geen afbreuk aan de rechten van derden. Het voorstel leidt tot een vermindering van het aantal rechtsstelsels waaraan een cessie is onderworpen, een vermindering van de kwalificatieproblemen met betrekking tot het onderscheid tussen "schuldenaar" en "derde partij" en een vermindering van de juridische kosten in verband met cessie. Het voorstel is met name geschikt voor bepaalde financiële vorderingen.

Tot de belangrijkste nadelen behoren de potentiële onzekerheid over het toepasselijke recht in gevallen van insolventie van de cedent waarbij de lex concursus afwijkt van het recht dat de cessie beheerst. Net als bij de vorige benadering is ook hier een splitsing mogelijk tussen de goederenrechtelijke gevolgen van de cessie tussen cedent en cessionaris en jegens derden. Onzekerheid over de

⁴⁶ Goedgekeurd op 14 december 2007.

⁴⁷ Zowel het VN-verdrag als de Uncitral-Guide sluit de cessie van vorderingen uit hoofde van effecten, onafhankelijke garanties, bankdeposito's, derivaten- en deviezentransacties en betalingssystemen uit. Het VN-verdrag sluit verder ook kredietbrieven uit.

toepasselijke wetgeving is er ook wanneer in de oorspronkelijke overeenkomst geen duidelijke rechtskeuze is gemaakt of wanneer de gecedeerde vordering niet contractueel van aard is. In dergelijke situaties zou het toepasselijke recht moeten worden vastgesteld op basis van artikel 4 van verordening "Rome I" of artikel 10 van verordening "Rome II".

5. CONCLUSIES

Uniforme conflictregels die van toepassing zijn op de derdenwerking van cessies alsook op de rangorde van vorderingen van concurrerende cessionarissen en andere rechthebbenden, vergroten de rechtszekerheid en verminderen de praktische problemen en hoge juridische kosten die de huidige diversiteit aan benaderingen in de lidstaten met zich meebrengt.

De Commissie stelt in dit verslag drie mogelijke benaderingen voor. De eerste benadering is gebaseerd op het recht dat op de overeenkomst tussen cedent en cessionaris van toepassing is. De tweede benadering is gebaseerd op het recht van de gewone verblijfplaats van de cedent. De derde benadering is gebaseerd op het recht dat de gecedeerde vordering beheerst. Alle voorstellen bevatten een standaardregel of specifieke regels om rekening te houden met de diverse belangen die spelen of de verschillende situaties die zich kunnen voordoen.

In de toekomst moet bij het zoeken naar een oplossing die voor rechtszekerheid zorgt bij de cessie van vorderingen passende aandacht worden geschonken aan eventuele parallelle of overeenkomstige oplossingen die voor rechtszekerheid bij effectentransacties moeten zorgen. Daartoe zal medio 2017 een studie worden voltooid inzake de op effecten alsook op financiële markten verhandelde vorderingen toepasselijke wetgeving⁴⁸.

Na de goedkeuring van dit verslag zal de Commissie eind 2016 een brede openbare raadpleging starten inzake de in dit verslag gesignaleerde problemen. Iedere wetgevingsvoorstel voor de aanpak van het in dit verslag geconstateerde gebrek aan rechtszekerheid zal vergezeld gaan van een effectbeoordeling, waarbij ook de kwantitatieve aspecten van het probleem passende aandacht krijgen.

⁴⁸ Openbare aanbesteding nr. JUST/2016/JCOO/PR/CIVI/0062.