

**DE ZAKENRECHTELIJKE WERKING VAN DE CESSIE:
DE NIEUWE IPR-REGELING NA DE WET
VAN 2 AUGUSTUS 2002**

door

V. SAGAERT

Docent Universiteit Antwerpen

Wetenschappelijk Medewerker Instituut voor Insolventierecht K.U. Leuven

Advocaat te Brussel

Art. 145 van de Wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten heeft op weinig transparante wijze een eenduidige IPR-regeling voor de zakenrechtelijke gevolgen van de cessie van schuldvorderingen ingevoerd. Die zakenrechtelijke effecten worden onderworpen aan de lex contractus van de cessie. In deze bijdrage wordt de nieuwe regeling aan een kritische analyse onderworpen. Naast het occulte karakter van deze nieuwe regeling kan ook kritiek uitgeoefend worden op de inhoudelijke ongeschiktheid ervan. De nieuwe verwijzingsregel biedt immers hoegenaamd geen adequate oplossing voor de complexe problemen van tegenwerpelijheid van cessies. De bijdrage onderzoekt ook de merites van alternatieve verwijzingsregelen binnen dit domein. Het is te betreuren dat de wetgever niet ingespeeld heeft op de toenemende tendens om het recht van de woonplaats van de cedent te honoreren.

INHOUD

- I. INLEIDING (1-3)
- II. VERBINTENISRECHTELIJKE VERHOUDING TUSSEN CEDENT EN CESSIONARIS (4-6)
- III. ZAKENRECHTELIJKE ASPECTEN VAN DE CESSIE (7-40)
 - A. Inleiding (7-8)
 - B. Draagwijdte van de nieuwe regeling (9-15)
 - C. Toepassing van art. 12, lid 1 EVO op de zakenrechtelijke aspecten van de cessie? (16-18)
 - D. Beoordeling van de nieuwe regeling (19-26)
 - 1. Algemeen (19-21)
 - 2. Onwerkzaamheid van de nieuwe regel voor de beslechting van rangconflicten (22-23)
 - 3. Ondoeltreffendheid van de nieuwe regeling: gevaar van rechtskeuze in het IPR-goederenrecht (24)
 - 4. Terugval in de harmonisatie van het Europese IPR (25-26)
 - E. Alternatieve verwijzingsregels (27-38)
 - 1. De *lex domicilii debitoris* (28-30)
 - 2. De *lex causae* van de gecedeerde vordering („vorderingsstatuut”) (31-32)
 - 3. Het recht van de woonplaats van de cedent (33-38)
 - F. Renvoi (39)
 - G. Overgangsrecht (40)
- IV. VERHOUDING TUSSEN DE CESSIONARIS EN DE GECEDEERDE DEBITEUR (41-45)
- V. CONCLUSIE (46)

I. Inleiding

1. De cessie van schuldvorderingen is een complexe rechtsfiguur. Zulks vindt zijn grondslag in haar tweezijdig karakter: de cessie heeft zakenrechtelijke gevolgen, aangezien het eigendomsrecht op de schuldvordering wordt overgedragen op de cessionaris en als gevolg daarvan rangconflicten kunnen ontstaan, en verbintenisrechtelijke gevolgen, aangezien de gecedeerde debiteur geconfronteerd wordt met een nieuwe schuldeiser aan wie hij betaling moet verrichten. Deze complexiteit wordt nog groter wanneer de cessie een grensoverschrijdend karakter heeft, d.w.z. wanneer verschillende rechtstelsels in het vizier komen. De vraag rijst dan namelijk welke rechtsregels van toepassing zijn op die zakenrechtelijke en verbintenisrechtelijke aspecten van de cessie.

2. Bij het opstellen van de IPR-verwijzingsregels voor de cessie moet rekening gehouden worden met de rechtmatige belangen van alle bij de cessie betrokken partijen. Het gaat om:

- de cedent, wiens belang erin bestaat dat hij de schuldvordering kan overdragen zonder dat hij in vrijwaring wordt geroepen. Indien de cessie kadert in een kredietovereenkomst, heeft de cedent er belang bij om financiering te krijgen waaraan zo weinig mogelijk kosten verbonden zijn;
- de cessionaris, die een onaantastbaar recht wil verkrijgen op de schuldvordering;
- de gecedeerde debiteur wiens positie niet mag aangetast worden door de cessie op het vlak van bevrijdende betaling aan de cedent, verweermiddelen, enz.;
- derden — zoals schuldeisers van de cedent, opeenvolgende cessionarissen, pandhouders, delegatarissen, gesubrogeerden, titularissen van een rechtstreekse vordering, enz. — die er belang bij hebben om betrouwbare informatie te kunnen krijgen over het zakenrechtelijk statuut van de vordering, zodat ze niet verrast kunnen worden door de toepasselijke regels bij het ontstaan van rangconflicten.

3. Het internationaal privaatrecht (IPR) voor de verbintenisrechtelijke verhouding tussen cedent en cessionaris wordt beheerst door het Europees Overeenkomstenverdrag van 1980 (EVO). Een erg belangrijke wijziging heeft zich recent voorgedaan met betrekking tot de zakenrechtelijke aspecten van de cessie. De Wet van 2 augustus 2002

betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten(1) heeft (op weinig transparante wijze) deze materie door elkaar geschud (zie *infra*, nr. 8 e.v.). Aldus maakt de nieuwe wet een einde aan de doctrinale debatten die zich hebben ontwikkeld omtrent het op de zakenrechtelijke aspecten van de cessie toepasselijke recht. Voor de discussiepunten vóór de nieuwe wet kan worden verwezen naar de uitstekende bespreking van Van Haegenborgh(2).

Deze bijdrage heeft tot doel om die wettelijke regeling kritisch te analyseren. Aangezien de diverse aspecten van de cessie evenwel interfereren en afbakening vereisen, wordt ook aandacht besteed aan de regelen die van toepassing zijn op de geldigheidsvereisten en verbintenisrechtelijke gevolgen van de cessie. De recente Uncitral-Conventionie betreffende de cessie van schuldvorderingen in de internationale handel (hierna „de Uncitral-Conventionie”) zal mede als confrontatiepunt dienen voor de nieuwe wettelijke regeling(3).

II. Verbintenisrechtelijke verhouding tussen cedent en cessionaris

4. De verwijzingsregel die van toepassing is op de verbintenisrechtelijke aspecten van de cessie wordt bepaald door art. 12, lid 1 EVO: „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.” De *lex contractus* van de cessie, d.i. het zgn. *cessiestatuut* bepaalt dus de verbintenisrechtelijke verhouding tussen de cedent en de cessionaris (nakoming, aansprakelijkheid, ontbinding, interpretatie, enz.). Zulks is ook het geval indien de cessie betrekking heeft op schuldvorderingen die niet

(1) B.S. 4 september 2002. Voor een eerste bespreking: zie W. VAN LEMBERGEN, „Grens-overschrijdende cessie van schuldvorderingen na de Wet van 2 augustus 2002 op het financieel toezicht”, *Bank Fin.* 2003, 145-159.

(2) G. VAN HAEGENBORGH, „Cessie in het internationaal rechtsverkeer”, in E. DIRIX e.a., *Overdracht en inpandegeving van schuldvorderingen*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 173-190.

(3) De tekst van de Conventionie kan geraadpleegd worden op www.uncitral.org. Voor een bespreking van deze Conventionie: E. DIRIX en H.C. SIGMAN, „The United Nations Convention on the assignment of Receivables in International Trade. A comparative Analysis from the Belgian and United States Perspective”, *Bank Fin.* 2002, 204-215; zie ook S. BAZINAS, „Der Beitrag von UNCITRAL zu Vereinheitlichung der Rechtsvorschriften über Forderungsabtretungen: Das übereinkommen der Vereinten Nationen über Abtretungen von Forderungen in internationalen Handel”, *ZeUP* 2002, 782-803; F. FERRARI, „The Uncitral Draft Convention on Assignment in Receivables Financing: Critical Remarks on Some Specific Issues”, in *Liber Amicorum Kurt Siehr. Private International Law in the International Arena*, Den Haag, Asser, 2000, 178-196; M.P. VAN ACHTERBERG, „Uncitral-Verdrag inzake cessie van vorderingen in internationale handel”, *WPNR* 2002, nr. 6474, p. 109-116 en nr. 6475, p. 127-132.

onder het EVO vallen, zoals vorderingen uit onrechtmatige daad, onverschuldigde betaling, ongerechtvaardigde verrijking, enz.

Hoe wordt die *lex contractus* nu bepaald? In eerste instantie wordt de overeenkomst beheerst door het recht dat de partijen gekozen hebben (art. 3 EVO). Bij gebreke aan rechtskeuze is het recht toepasselijk van het land waarmee de overeenkomst het nauwst verbonden is. Dat wordt vermoed het land te zijn waar de partij die de kenmerkende prestatie moet verrichten, op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst haar gewone verblijfplaats of, wanneer het een vennootschap, vereniging of rechtspersoon betreft, haar hoofdbestuur heeft (art. 4, lid 2 EVO). Bij een cessie is dat in principe het recht van het land waar de cedent gevestigd is, aangezien deze laatste in principe de kenmerkende prestatie verricht. Zulks is met name het geval indien de cessie gebeurt ten titel van verkoop of schenking(4) en indien de cessie strekt tot betaling aan de cessionaris(5).

Op dat principe geldt echter een uitzondering indien de cessie deel uitmaakt van een ruimere contractuele verhouding. Dan moet immers gekeken worden naar de prestatie die het zwaartepunt vormt van de gehele overeenkomst, op grond van de ondeelbaarheid van de overeenkomst. Te denken valt bijvoorbeeld aan een *fiduciaire cessie*, d.i. een cessie door een schuldenaar aan een schuldeiser tot zekerheid van een tussen hen bestaande schuldvordering na voldoening van dewelke de schuldeiser de schuldvordering moet retrocederen aan de cedent. Bij een fiduciaire cessie maakt de overgang van de schuldvordering deel uit van de ruimere kredietovereenkomst. Binnen die ruimere verhouding wordt de kenmerkende prestatie geleverd door de bankier, d.i. de cessionaris, die immers het krediet verstrekt dat gewaarborgd wordt door de fiduciaire cessie(6). Hetzelfde geldt indien de overdracht van de schuldvordering kadert in een factoring-operatie, waar het de factoringmaatschappij (cessionaris) is die de kenmerkende prestatie levert(7).

(4) G. VAN HAEGENBORGH, *L.c.*, p. 171, nr. 270; M. LOOYENS, „Cessie en subrogatie in het internationaal privaatrecht”, *T.B.H.* 1994, 691. In het Franse IPR: D. PARDOEL, *Les conflits de lois en matière de cession de créance*, Parijs, L.G.D.J., 1997, nr. 156-157.

(5) D. PARDOEL, *o.c.*, nr. 159.

(6) E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, Parijs, L.G.D.J., 2001, p. 111-112, nr. 172; M. LOOYENS, *L.c.*, 691; D. PARDOEL, *o.c.*, nr. 158-160; L. RUET, *Les créances en droit international privé*, Parijs, Thesis, 1989, p. 544, nr. 605; G. VAN HAEGENBORGH, *L.c.*, p. 171, nr. 271; N. WATTE, „Questions de droit international privé des sûretés”, in J.B.B. (ed.), *Le droit des sûretés*, 1992, p. 338, nr. 109. Vgl. evenwel H.C.F. SCHOORDIJK, „De cessie in het internationaal privaatrecht. Een arrest met grote gevaren voor het interne kredietverkeer”, *WPNR* 1999, nr. 6354, p. 285.

(7) E. CASHIN-RITAINE, *o.c.*, p. 111, nr. 172.

5. Bij een *delegatie* van schuldvorderingen komt de vraag naar het recht dat toepasselijk is op de verbintenisrechtelijke verhouding traditioneel op een andere manier aan de orde(8). Delegatie is te onderscheiden van een cessie van een schuldvordering, aangezien het gaat om een driepartijen-overeenkomst waarbij een schuldenaar (A, delegant) aan zijn schuldeiser (B, delegataris) een nieuwe schuldenaar aanwijst (C, gedelegeerde schuldenaar), die hiermee instemt(9). Een delegatie heeft novatoire werking, wat betekent dat er geen bestaande vordering wordt overgedragen, maar een nieuwe vordering wordt tot stand gebracht. Bij een dergelijke delegatieovereenkomst wordt de kenmerkende prestatie geleverd door de gedelegeerde schuldenaar, aangezien de delegatie er precies toe strekt om een verbintenis te doen ontstaan ten laste van de gedelegeerde tegenover de delegataris(10). Derhalve wordt de verhouding gedelegeerde-delegataris, bij gebreke aan rechtskeuze, bepaald door de woonplaats van de gedelegeerde schuldenaar.

6. Ook de geldigheid van de cessie moet in beginsel bepaald worden aan de hand van dezelfde *lex contractus*, d.i. de wet die van toepassing is op de cessie-overeenkomst. Daarvoor kan verwezen worden naar art. 12, lid 1 EVO (zie *infra*, nr. 4). Aldus moet de vraag of de cessie van schuldvorderingen voor loutere zekerheidsdoeleinden geldig is, worden beslecht aan de hand van het cessiestatuut. Indien de partijen geen rechtskeuze hebben gemaakt, moet gekeken worden naar de gewone verblijfplaats of het hoofdbestuur van de cessionaris. Woont deze laatste bijvoorbeeld in Nederland, dan is de fiduciaire cessie ongeldig (art. 3:84, lid 3 N.B.W.). Is evenwel het Belgische recht van toepassing, dan is de cessie geldig, zij het dat dit nog niets zegt over de werking van de fiduciaire cessie in verhouding tot derden (zie hierover *infra*, nr. 11). Ook de vraag naar de gevolgen van een conventionele beperking van de overdraagbaarheid van een cessie is onderworpen aan hetzelfde recht.

(8) Voor IPR-aspecten moet een functionele gelijkstelling worden aangenomen tussen de delegatie van schuldvorderingen en het Duitse „*Anweisung*”, zodat deze laatste aan dezelfde regels onderworpen is.

(9) E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1999, nr. 534. Voor een algemene bespreking: J. RONSE, *Delegatieovereenkomst*, in *A.P.R.*, Brussel, Larcier, 1954, 103 p.

(10) D. PARDOEL, *o.c.*, p. 81, nr. 154. Zie ook J. ERAUW, „Internationaal privaatrechtelijke vragen van schuldoverdracht”, in E. WYMEERSCH (ed.), *Financieel recht tussen oud en nieuw*, Maklu, Antwerpen, 1996, p. 127-128, nr. 21.

Uitzonderlijk geldt voor een aantal geldigheidsvereisten echter een afwijkende aanknopingsfactor. Dat is met name het geval voor de handelingsbekwaamheid van de partijen: luidens art. 3 B.W. zijn wetten betreffende staat en bekwaamheid van de personen toepasselijk op Belgen. Met andere woorden: de nationaliteit geldt als aanknopingsfactor. Indien de cedent een vennootschap is, komt het aan de *lex societatis* toe om te bepalen of een bepaald orgaan van de vennootschap de bevoegdheid heeft om schuldvorderingen te vervreemden(11). Aldus moet de plaats van de effectieve zetel uitsluitel geven over de vertegenwoordigingsmacht van de organen van de vennootschap, over de vraag of er geen belangenvermenging is ingetreden, enz.(12). Wel moet rekening gehouden worden met art. 11 EVO, luidens welk „indien een overeenkomst gesloten is tussen personen die zich in een zelfde land bevinden, een natuurlijke persoon die volgens het recht van dat land handelingsbekwaam is, zich slechts kan beroepen op het feit dat hij volgens een ander recht handelingsonbekwaam is, indien de wederpartij ten tijde van de sluiting van de overeenkomst deze onbekwaamheid kende of door nalatigheid niet kende.” Zo wordt bescherming geboden aan de contractspartij die te goeder trouw meent met een handelingsbekwame partner te handelen. Ook de ongeldigheid die voortvloeit uit wettelijke of conventionele overdrachtsbeperkingen wordt beheerst door een andere aanknopingsfactor, namelijk door het recht van toepassing op de overgedragen schuldvordering („vorderingsstatuut”)(zie *infra*, nr. 44).

Tenslotte geldt ook op het vlak van de formele geldigheidsvereisten een afwijkende verwijzingsregel. De vormvereisten voor de geldigheid van de cessie worden beheerst door het recht dat op de overeenkomst van toepassing is en/of het recht van het land (of van één van de landen) waar de overeenkomst is gesloten (art. 9 EVO)(13). Indien de partijen zich in eenzelfde land bevinden, volstaat het dat de overeenkomst voldoet aan dat recht of aan het recht van de plaats waar de overeenkomst gesloten is.

(11) D. PARDOEL, *o.c.*, p. 197, nr. 392.

(12) J. ERAUW, *l.c.*, p. 122-123, nr. 12.

(13) N. WATTE, „Questions de droit international privé des sûretés”, *l.c.*, nr. 98-99; P. VAN OMMESLAGHE, „Le nouveau régime de la cession et de la dation en gage des créances”, *J.T.* 1995, (529) 540, nr. 35; A. VERBEKE en I. PEETERS, „Nieuw recht inzake cessie en pand van schuldvorderingen”, in *Nieuwsbrief voorrechten, hypotheken en andere zekerheden*, 1994-22, p. 23, nr. 134.

III. Zakenrechtelijke aspecten van de cessie

A. INLEIDING

7. De cessie heeft niet enkel verbintenisrechtelijke gevolgen, maar ook zakelijke werking: de schuldvordering verdwijnt uit het vermogen van de cedent, en komt terecht in het vermogen van de cessionaris. De zakenrechtelijke aspecten van de cessie betreffen de zakenrechtelijke overdracht en de tegenwerpelijke van de cessie aan alle andere derden dan de gecedeerde schuldenaar (b.v. andere cessionaris, pandhouder, beslaglegger, curator, enz.)(14).

Het bepalen van het toepasselijke recht voor de tegenwerpelijke van de cessie is van groot belang, aangezien de verschillen tussen de rechtsstelsels groot zijn. Aldus zal naar gemeen Frans recht een cessie slechts tegenwerpelijk zijn nadat de cessie is betekend bij deurwaardersexploot aan de gecedeerde debiteur (of door deze laatste is aanvaard in een authentieke akte)(15). Naar Duits recht en — sinds de wetwijziging van 6 juli 1994 — naar Belgisch recht heeft de cessie in beginsel zakelijke werking door de loutere wilsovereenstemming tussen de cedent en de cessionaris.

8. Het is het IPR van deze zakenrechtelijke effecten van de cessie dat grondig gewijzigd is door de Wet van 2 augustus 2002. Art. 145 van de betrokken wet bepaalt immers dat „de tegenstelbaarheid van de overeenkomst van cessie van schuldvordering jegens andere derden dan de gecedeerde schuldenaar wordt vastgesteld krachtens het recht dat van toepassing is op de cessieovereenkomst.” Aldus wordt uitdrukkelijk bepaald dat het cessiestatuut niet alleen de verbintenisrechtelijke werking van de cessie beheerst, maar ook de zakenrechtelijke gevolgen ervan.

B. DRAAGWIJDTE VAN DE NIEUWE REGELING

9. Wat moet worden begrepen onder de zakenrechtelijke aspecten van de cessie? Wanneer het zakenrecht ter sprake komt, gaat het wezenlijk om de gevolgen voor derden. Toch bevat de zakenrechte-

(14) Voor de tegenwerpelijke aan de gecedeerde debiteur geldt een andere verwijzingsregel: zie daarvoor *infra*, nr. 41-45.

(15) Uitzondering moet worden gemaakt voor de cessies die vallen onder de zgn. „Loi Dailly” van 2 januari 1981. Zie over deze wet: G. VAN HAEGENBORGH, „De Franse Dailly-wet: een bruikbare fiduciaire cessie?”, *R.W.* 1991-92, 521-530.

lijke werking van de cessie een ruimere categorie. Met name twee soorten vragen komen erin aan bod.

Vooreerst gaat het om de zakenrechtelijke overgang van het eigendomsrecht tussen de partijen. De vraag naar het ogenblik van de eigendomsoverdracht van de schuldvordering, vergt een zakenrechtelijke aanknopingspunt(16). Aldus vindt in het Belgische en Franse recht de overdracht plaats door de loutere wilsovereenstemming tussen de partijen, terwijl in het Duitse recht een van de verkoopovereenkomst afgezonderde zakenrechtelijke cessieovereenkomst vereist is.

De zakenrechtelijke aanknopingspunt geldt voor alle problemen inzake de gevolgen van de cessie jegens derden die er een vermogensrechtelijk belang bij hebben dat de cedent nog titularis is van de schuldvordering (schuldeisers van de cedent die beslag leggen, andere cessionaris, pandhouder, curator, enz.)(17). Aldus wordt ook de rangorde tussen verschillende cessionarissen en/of pandhouders van eenzelfde vordering door art. 145 bepaald(18). Verder zal blijken dat de nieuwe wet precies voor de beslechting van rangconflicten geen afdoende oplossing biedt.

Door te spreken over „de tegenstelbaarheid van de cessie” wekt art. 145 de indruk dat het enkel van toepassing is op de tweede categorie, maar niet op de bepaling van het tijdstip van de zakenrechtelijke overgang tussen de partijen. Toch moet de nieuwe verwijzingsregel ook geacht worden op de eerste categorie betrekking te hebben, omdat er tussen beide categorieën een onmiskenbare band bestaat(19). Stel bijvoorbeeld dat A een schuldvordering cedeert aan B, en kort nadien failliet gaat. Indien de vraag rijst of B op het ogenblik van het faillissement van A reeds eigenaar geworden is zodat de vordering onttrokken is aan de failliete boedel, gaat het om de vraag naar de zakenrechtelijke overgang in de onderlinge verhouding tussen partijen, maar tegelijk ook om de tegenwerpelijke van het eigendomsrecht van B aan de samenlopende schuldeisers van A. Het verdient aanbeveling dat eenzelfde rechtstelsel beide vragen beheerst.

(16) Zie evenwel J. ERAUW, *l.c.*, p. 131, nr. 28.

(17) Het Franse Hof van Cassatie omschrijft de derden in deze context als „*ceux qui ont intérêt à ce que le cédant soit encore créancier*” (Cass. fr. 4 december 1985, *Bull. civ.*, I, nr. 336 en *Rev. trim. dr. civ.* 1986, 750, noot J. MESTRE).

(18) Ten onrechte is vroeger geoordeeld dat problemen van rang een procesrechtelijke aanknopingspunt vergen en aldus onder de *lex fori* vallen: zie b.v. in het Engelse recht *Bankers Trust International Ltd. v. Todd Shipyards Corp. (The Halcyon Isle)*[1981] A.C. 221.

(19) Reeds vóór de Wet van 2 augustus 2002 werd geoordeeld dat het tijdstip van de zakenrechtelijke overdracht bepaald werd door de *lex contractus*: N. WATTE, „*Questions de droit international privé des sûretés*”, *l.c.*, p. 340.

10. Hoewel art. 145 volgens een letterlijke lezing enkel van toepassing is op de cessie van schuldvorderingen, d.i. de overdracht van het eigendomsrecht van de schuldvordering, moet aangenomen worden dat deze verwijzingsregel toepassing vindt bij elke andere beschikingshandeling omtrent deze schuldvordering, dus ook bij de vestiging van een beperkt zakelijk recht (pandrecht, vruchtgebruik, enz.)(20). De omgekeerde zienswijze zou tot onoverkomelijke moeilijkheden aanleiding geven telkens wanneer een conflict ontstaat tussen een cessionaris en een beperkt zakelijk gerechtigde.

11. Ook de zakenrechtelijke gevolgen van een *fiduciaire cessie* worden onder het regime van art. 145 beheerst door dezelfde verwijzingsregel (cessiestatuut)(21). Aldus komt de traditionele verwijzingsregel dat het recht van de woonplaats van de schuldenaar moet toegepast worden, te vervallen (zie *infra*, nr. 28 e.v.). Zoals gezegd, betekent dat bij gebreke aan rechtskeuze dat de woonplaats van de cessionaris het toepasselijke recht bepaalt (zie *supra*, nr. 4). Woont deze laatste in België, dan kan de fiduciaire cessie in principe niet worden tegen-
geworpen aan de failliete boedel(22).

Indien de cessie echter onderworpen is aan een recht dat de zakelijke werking van een fiduciaire cessie wel erkent (b.v. Duits of Zwitsers recht), dan kan de cessionaris zijn zekerheidseigendom laten gelden tegenover de failliete boedel. Zulks is ook het geval indien naderhand de cedent failliet verklaard wordt in België of Nederland, aangezien art. 5 van de Europese Insolventieverordening(23) bepaalt dat de opening van een insolventieprocedure de rechten *in rem* op goederen uit de failliete boedel onverlet laat. Aldus kan de cessionaris van een tegenwerpelijke fiduciaire cessie geen enkele beperking ondervinden uit het faillissementsrecht, noch uit dat van de *lex concursus* noch uit dat van de *lex rei sitae*(24). Ook een afkoelingsperiode of een ver-

(20) W. VAN LEMBERGEN, *l.c.*, p. 152, nr. 34. In dezelfde zin T.H.D. STRUYCKEN, „The proprietary aspects of international assignment of debts and the Rome Convention”, *LMCLQ* 1998, 358.

(21) T.H.D. STRUYCKEN, *l.c.*, 357; W. VAN LEMBERGEN, *l.c.*, p. 155, nr. 50.

(22) Cass. 17 oktober 1996, *Arr. Cass.* 1996, 930, *Bull.* 1996, 992, concl. J. PIRET, *Bank Fin.* 1997, 114, noot I. PEETERS, *J.L.M.B.* 1997, 520, noot, *R.W.* 1996-97, 1395, noot M.E. STORME, *T. Not.* 1997, 442, *Rev. prat. soc.* 1997, 145, noot T. BOSLY.

(23) Verordening E.U. nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, *PB. L.* 30 juni 2000, nr. 160, 1.

(24) Geen enkele beperking kan worden opgelegd: E. DIRIX en V. SAGAERT, „Verhaalsrechten en zekerheidsposities van schuldeisers onder de Europese Insolventieverordening”, *T.B.H.* 2001, p. 588-589, nr. 23.

valtermijn voor de uitoefening van de rechten, die zou worden opgelegd door de *lex concursus*, blijven dus buiten toepassing.

12. Schuldvorderingen die geïncorporeerd zijn in een waardepapier (wisselbrief, cheque) zijn onttrokken aan de toepassing van de nieuwe verwijzingsregel. Die instrumenten kunnen worden geëndosseerd ten titel van cessie. Deze schuldvorderingen hebben evenwel hun onlichamelijk karakter verloren en hebben een werkelijke „*situs*”, namelijk de ligging van de waardepapieren waarmee zij samenvallen. Aldus kan de vroegere rechtspraak die het zakenrechtelijk statuut van deze schuldvorderingen bepaalde aan de hand van de *lex rei sitae* gehandhaafd blijven(25). De plaats van de ligging van het waardepapier bepaalt de wijze van eigendomsverkrijging en -verlies(26), welke zakelijke rechten kunnen worden gevestigd op die waardepapieren, enz.

Een andere vraag is echter wat de verhouding is tussen de verkrijger van het waardepapier en de schuldenaar, m.n. of de verkrijger van het waardepapier zich kan beroepen op (materiële en/of formele) abstractie waardoor de schuldenaar hem geen verweermiddelen zou kunnen tegenwerpen. Deze vraag komt aan bod bij de verhouding tussen de cessionaris en de gecedeerde debiteur (zie *infra*, nr. 43).

13. Is de nieuwe verwijzingsregel ook van toepassing op de andere wijzen van overgang van een schuldvordering, zoals de delegatie en subrogatie?

Het lijkt noodzakelijk om de *delegatie van schuldvorderingen*(27) te onderwerpen aan dezelfde zakenrechtelijke aanknopng als de cessie van schuldvorderingen. Ook de delegatie van schuldvorderingen heeft immers zakenrechtelijke gevolgen, zoals de tegenwerpelijkheid van de delegatie in de samenloop van de delegant en de onbeschikbaarheid van de vordering van de delegant op de gedelegeerde. Reeds naar Belgisch-intern recht moet een ruime interpretatie van het begrip „overdracht” in art. 1690, derde lid B.W. worden voorgestaan. Zulks

(25) Kh. Brussel 31 oktober 1930, *B.J.* 1931, 287; *A.P.R.*, tw. *Internationaal Privaatrecht*, nr. 658; M.E. STORME, „Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht”, *T.P.R.* 1998, (703) 807, nr. 171; P. VANDEPITTE, „Ongewilde buitenbezitstelling van titels aan toonder: proeve tot begripsomschrijving enkele vraagstukken van internationaal privaatrecht”, *T.R.V.* 1997, (414) 419.

(26) Indien de titels aan toonder verloren zijn in België, geldt derhalve de procedure van de Wet van 24 juli 1921 (*B.S.* 10 augustus 1921).

(27) Voor een begripsomschrijving: zie *supra*, nr. 5.

is nodig voor een coherente behandeling van de rangconflicten(28). Ook op internationaal-privaatrechtelijk vlak is een uniforme verwijzingsregel nodig. Anders zou het risico ontstaan dat bij rangconflicten tussen een cessionaris en een delegataris de rang van beide concurrente gerechtigden door een ander recht wordt bepaald, en dat beide rechtsstelsels een met elkaar onverenigbare oplossing bieden(29).

Ook de *rechtstreekse vordering* heeft niet enkel verbintenisrechtelijke gevolgen — namelijk een rechtstreekse betalingsaanspraak van de titularis van de rechtstreekse vordering tegen de debiteur van zijn schuldenaar — maar heeft tevens zakenrechtelijke werking: aldus leidt ook de rechtstreekse vordering tot de onbeschikbaarheid van de vordering schuldenaar-onderschuldenaar, vanaf het ontstaan van de rechtstreekse vordering (bij volmaakte rechtstreekse vorderingen, zoals bij de verplichte aansprakelijkheidsverzekering) of vanaf de uitoefening ervan (bij onvolmaakte rechtstreekse vorderingen, zoals die van de onderaannemer). Vanaf hetzelfde ogenblik is de zekerheidspositie van de titularis van de rechtstreekse vordering ook tegenwerpelijk aan de overige samenlopende schuldeisers. Die zakenrechtelijke gevolgen van de rechtstreekse vordering moeten eveneens aan dezelfde verwijzingsregel onderworpen zijn.

Wat de overgang van schuldvorderingen door *subrogatie* betreft, geldt een andere verbintenisrechtelijke aanknopng. Indien de derde verplicht is om de betaling van de schuldenaar te voldoen, rijst geen probleem: art. 13 EVO onderwerpt de subrogatie aan het recht dat van toepassing is op de verhouding schuldeiser-derde („*lex causae*”). De subrogatie wordt immers beheerst door de wet die toepasselijk is op de rechtsbetrekking op grond waarvan de betaling verricht werd die tot subrogatie heeft geleid(30). Hier kan de gelijkschakeling van de verbintenisrechtelijke en de zakenrechtelijke gevolgen niet doorgetrokken worden. Anders zouden er onoverkomelijke moeilijkheden kunnen rijzen bij een rangconflict tussen de gesubrogeerde en een derde aan wie de oorspronkelijke schuldeiser zijn schuldvordering heeft gecedeerd. Wanneer het recht dat de betaling beheerst een andere rangregeling kent dan de *lex contractus* van de cessie, komt men in een patstelling. Hetzelfde bezwaar geldt tegen de toepassing van de *lex causae* van de gesubrogeerde vordering. En een *lex causae* van de subrogatie is niet altijd voorhanden. Een aantrekkelijk alternatief is de toepassing van het recht van de woonplaats van de initiële

(28) Zie E. DIRIX, „De vormvrije cessie”, *R.W.* 1994-95, 141-142.

(29) J. ERAUW, *l.c.*, p. 136-137, nr. 32.

(30) Cass. 23 oktober 1969, *Arr. Cass.* 1970, 189 en *Pas.* 1970, I, 168.

schuldeiser/cedent. Hij vormt immers het centrum van de bij de cessie/subrogatie betrokken belangen. Op deze verwijzingsregel, die terug te vinden is in de Uncitral-Convention, wordt verder nog uitvoeriger ingegaan (zie *infra*, nr. 33 e.v.).

14. Een andere vraag is deze of de aan de schuldvordering verbonden (persoonlijke of zakelijke) *zekerheidsrechten* mee overgaan samen met de gecedeerde vordering(31). Het lot van de aan de schuldvordering verbonden zekerheidsrechten wordt overwegend cumulatief aangeknoopt aan verschillende rechtsstelsels. De *lex causae* van een persoonlijke zekerheid en de *lex rei sitae* van de zakelijke zekerheid bepaalt of het zekerheidsrecht een nevenrecht vormt en vatbaar is voor overgang met de schuldvordering. Is dat het geval, dan bestaat geen eensgezindheid over de vraag welk recht de uitgestrektheid van de cessie beheerst(32). Volgens sommige auteurs bepaalt het cessiestatuut of de cessie zich ook uitstrekt tot deze nevenrechten(33). Anderen pleiten daarentegen voor een toepassing van het vorderingsstatuut ter bepaling van de omvang van de cessie(34).

De *lex rei sitae* bepaalt ook of er aan bijkomende publiciteitsvoorschriften moet zijn voldaan om de overgang tegenwerpelijk te maken aan derden. Aldus moet de cessie van een hypothecaire schuldvordering bekendgemaakt worden volgens art. 5 Hyp. W. indien het gehypothekeerde goed zich in België bevindt(35). Indien het om een persoonlijk zekerheid gaat (borgtocht, garantie), bepaalt de *lex causae* van het nevenrecht vanaf wanneer die overgang tegenwerpelijk is aan de borg of derde-garant(36).

(31) Voor een uitvoeriger bespreking: zie L.F.A. STEFFENS, *Overgang van vorderingen en schulden in het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1997, 223-230.

(32) Indien de cessie onderworpen is aan het Belgische recht, is te verwijzen naar art. 1692 B.W.

(33) R.B. GERRETSSEN, *Overgang van schuldvorderingen op naam: een onderzoek naar de in het Nederlands internationaal privaatrecht toepasselijke verwijzingsregels*, Antwerpen, Kluwer, 1980, 33; M.V. POLAK, *Vermogensrechtelijke meerpartijenverhoudingen*, Deventer, Kluwer, p. 50, nr. 69.

(34) J. ERAUW, *l.c.*, p. 133, nr. 29; L. RUET, *o.c.*, p. 630, nr. 771.

(35) N. WATTE, „Questions de droit international privé des sûretés”, *l.c.*, p. 341, nr. 120. Zie ook J. ERAUW, *l.c.*, p. 133, vn. 56; R.B. GERRETSSEN, *o.c.*, 33.

(36) D. PARDOEL, *o.c.*, p. 238, nr. 472. In het Nederlandse IPR: M.V. POLAK, nr. 69; L.F.A. STEFFENS, *o.c.*, 225-226. Zie evenwel R.I.V.F. BERTRAMS en H.L.E. VERHAGEN, *l.c.*, 266: volgens deze auteurs bepaalt de *lex causae* van het nevenrecht volledig de overgang van het persoonlijk zekerheidsrecht en de *lex rei sitae* bepaalt integraal de overgang van het zakelijk zekerheidsrecht.

Mede onder invloed van de Duitse rechtsleer, ontstond een strekking die ervoor pleitte om de overgang van het zekerheidsrecht accessoir aan te knopen aan de wet die de cessie van de vordering beheerst (d.i. het cessiestatuut)(37). Het lijkt erop dat de nieuwe regeling van art. 145 aan deze strekking meer gewicht geeft. De vraag of zakelijke zekerheidsrechten mee overgaan samen met de overgedragen schuldvordering moet aangeknoopt worden aan het zakenrecht, aangezien de vraag hoe zakelijke rechten kunnen worden overgedragen tot het zakelijk statuut behoort(38). Bijgevolg zou luidens art. 145 Wet van 2 augustus 2002 deze vraag moeten aangeknoopt worden aan de *lex contractus* van de cessie. Indien dit de strekking is van art. 145, ontstaat rechtsonzekerheid: de hypotheekhouder of pandhouder kan op het ogenblik van het ontstaan van de schuldvordering immers nog niet weten welk recht van toepassing zal zijn bij overgang van de schuldvordering en dus blijft hij in onzekerheid omtrent het lot van zijn zekerheidsrecht. Vanuit rechtseconomisch oogpunt ware het wenselijker geweest om deze vraag aan te knopen aan het recht dat deze accessoire zakelijke rechten beheerst, nl. de *lex rei sitae* (zakelijke zekerheid) of de *lex causae* (persoonlijke zekerheid). Dit zou de economische kost van het krediet ten goede gekomen zijn.

De Uncitral-Conventie biedt wel een rechtszekere oplossing voor dit probleem. Een (persoonlijk of zakelijk(39)) zekerheidsrecht, gaat automatisch mee over met de gewaarborgde schuldvordering (art. 10, lid 1). Vereist het toepasselijke recht voor een dergelijke overgang evenwel een afzonderlijke akte, dan is de cedent verplicht om het recht aan de cessionaris over te dragen (art. 10, lid 2). De accessoire aanknoping is dus niet weerspiegeld in de Uncitral-Conventie.

15. Een andere betwiste vraag bij het IPR van de cessie is deze welk rechtsstelsel bepaalt of een schuldvordering *bij voorbaat* kan worden overgedragen. Traditioneel wordt in de Belgische rechtsleer verdedigd dat ook voor deze problematiek het vorderingsstatuut zou moeten worden toegepast. Deze zienswijze werd er ook op nagehouden door

(37) N. WATTE, „Questions de droit international privé des sûretés”, *l.c.*, p. 338, nr. 109. In het Franse recht: Y. LOUSSOUARN en P. BOUREL, *Droit international privé*, Parijs, Dalloz, 1993, 425b. Zie de referenties naar Duitse rechtsleer in L.F.A. STEFFENS, *o.c.*, 224-225 en 226, vn. 145. Ook in het Zwitserse recht is dat de heersende regel: zie art. 145, lid 1 International Privatrecht Gesetz.

(38) *A.P.R.*, tw. *Internationaal privaatrecht*, nr. 643.

(39) De bepaling heeft zowel betrekking op accessoire zekerheidsrechten zoals hypotheek, pand, voorrecht, borgtocht als op zelfstandige zekerheidsrechten zoals garantie en een patrnaatsverklaring.

de Nederlandse Hoge Raad in een zaak waarin tussen een Duitse cedent en een Duitse cessionaris tegenwoordige en toekomstige schuldvorderingen werden overgedragen die naderhand ontstonden naar Nederlands recht. De Hoge Raad oordeelde dat die toekomstige vorderingen niet vatbaar zijn voor overdracht, aangezien het een vraag van overdraagbaarheid betreft die volgens het recht van de overgedragen vordering moet worden beantwoord(40). Ook in het Duitse recht heeft deze opvatting doorgang gevonden(41).

Een dergelijke zienswijze zou ertoe leiden dat de geldigheid van de cessie van een toekomstige vordering slechts kan worden nagegaan op het ogenblik dat deze vordering ontstaat. Om dat te vermijden, gaan in de rechtsleer stemmen op om het cessiestatuut en niet het vorderingsstatuut de geldigheid van de cessie bij voorbaat te laten bepalen(42). Zulks zou geen bescherming ontnemen aan de gecedeerde debiteur: de verhouding tussen de cessionaris en de gecedeerde debiteur blijft beheerst door het vorderingsstatuut.

De nieuwe regeling biedt bijkomend gewicht aan de toepassing van het cessiestatuut. De vraag of een schuldvordering overdraagbaar is, moet immers aangeknoopt worden bij het zakenrechtelijk statuut van die schuldvordering. Het gaat namelijk om de vraag naar de beschikbaarheid van een nog niet bestaande schuldvordering, wat een zakenrechtelijke vraag is. Het is nog maar de vraag of art. 12, lid 2 EVO van toepassing is.

C. TOEPASSING VAN ART. 12, LID 1 EVO OP DE ZAKENRECHTELIJKE ASPECTEN VAN DE CESSIE?

16. De verhouding tussen deze nieuwe bepaling en art. 12 EVO is niet geheel duidelijk. Art. 145 van de nieuwe wet schakelt het IPR van de zakenrechtelijke aspecten van de cessie gelijk met dat van de verbintenissenrechtelijke aspecten, zoals geregeld in art. 12, lid 1 EVO. In de parlementaire voorbereiding wordt weliswaar verwezen naar art. 12, lid 1 EVO en de discussie over de vraag of deze bepaling ook van toepassing is op de zakenrechtelijke aspecten op de cessie(43), maar

(40) H.R. 11 juni 1993, *N.J.* 1993, 776, concl. Adv. Gen. STRIKWERDA en *NIPR* 1993, nr. 262.

(41) B.G.H. 20 juni 1990, *BGHZ* 111, 376 en *IPRax* 1991, 248.

(42) G. VAN HAEGENBORGH, *l.c.*, 181-182. In dezelfde zin T. DE BOER, „Overzicht van rechtspraak. Nederlands privaatrecht. Overgang van vorderingen (1979-1986)”, *WPNR* 1987, nr. 5833, (346) 347-348.

(43) *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1842/001, p. 126.

er wordt niet uitdrukkelijk gezegd dat art. 145 Wet van 2 augustus 2002 toepassing maakt van art. 12 EVO.

17. Over de vraag of art. 12 EVO ook betrekking heeft op de zakenrechtelijke aspecten van de cessie, bestaat grote onzekerheid. Aldus schrijft Krupski dat „*art. 12 has become the paradigm for a failed unification of a conflict of laws rule, leading to unnecessary additional complications in a Common European Market without a uniform secured transactions law*”(44). Verrassend is de passus in het Voorbereidende Rapport Giuliano/Lagarde waarin wordt gesteld dat „*Interpretation of this provision gives rise to no difficulty. It is obvious that according to this paragraph the relationship between the assignor and assignee of a right is governed by the law applicable to the agreement to assign.*”(45).

In het bekende *Hansa*-arrest(46) oordeelt de Nederlandse Hoge Raad dat art. 12, lid 1 EVO toepassing vindt op de verhouding van de cessie tot derden. Dat art. 12 zich tot die zakenrechtelijke aspecten uitstrekt, zou volgens het hoogste Nederlandse rechtscollege volgen uit de voorbereidende werkzaamheden van het EVO. In het Ontwerpverdrag werden niet alleen de gevolgen van de cessie tegenover de gecedeerde debiteur, maar ook de gevolgen in verhouding tot andere derden onderworpen aan het vorderingsstatuut(47). Zonder enige verduidelijking in het bijgevoegde Rapport Giuliano/Lagarde werd deze verwijzingsregel in de definitie Verdragstekst beperkt tot de verhouding tot de gecedeerde schuldenaar. In het *Hansa*-arrest oordeelt de Hoge Raad dat, indien het de bedoeling was om de werking van de cessie jegens andere derden dan de schuldenaar uit het toepassingsdomein van art. 12 EVO te sluiten, „dit allicht aanleiding zou hebben gegeven tot enige toelichting in het rapport Giuliano/Lagarde; het ontbreken van een dergelijke toelichting wijst erop dat van een dergelijke bedoeling geen sprake is”(48).

(44) A. KRUPSKI, „Connecting Security Rights in Receivables. A Canadian Perspective on the Rome Convention”, *ERPL* 2002, 742.

(45) *Publ. B.* 1980, nr. C-282, p. 34.

(46) H.R. 16 mei 1997, *N.J.* 1998, 585 en *A.J.T.* 1998-99, 295, noot K. CHRISTIAENS en I. PEETERS.

(47) Art. 16 van het Ontwerpverdrag, de voorloper van het huidige art. 12, luidde als volgt: „*The law governing the original claim shall determine its assignability and the relationship between the assignee and the debtor, as well as the conditions under which the assignment may be invoked against the debtor and third parties.*” (zie O. LANDO, *European Private International Law of Obligations*, Tübingen, Mohr, 1975, 235).

(48) R.o. 3.4.4.

Met dit standpunt neemt de Hoge Raad evenwel een minderheidsvisie aan. Die ommezwaai tijdens de parlementaire voorbereiding kan immers in eender welke zin uitgelegd worden, in functie van de verwijzingsregel die men wenst te onderbouwen(49). In werkelijkheid wijst niets erop dat art. 12 EVO ook op zakenrechtelijke aspecten betrekking zou kunnen hebben(50). In de eerste plaats volgt zulks uit de tekst van art. 12 EVO, dat uitdrukkelijk spreekt van de „verbintenissen tussen de cedent en de cessionaris”. Bovendien zou de toepassing van art. 12 EVO op de zakenrechtelijke aspecten van de cessie neerkomen op de invoering van de partij-autonomie in het zakenrecht. Een dergelijke omwenteling kan slechts afgeleid worden uit een uitdrukkelijke wilsuïting daartoe van de wetgever. Aangezien een dergelijke uitdrukkelijke bevestiging ontbreekt, blijft het nationale IPR van de lidstaten van toepassing op dit vlak(51). Tenslotte maken verschillende auteurs gewag van een niet-gepubliceerd document waarin duidelijk gemaakt wordt dat het stilzwijgen van het EVO over de zakenrechtelijke aspecten te wijten is aan het feit dat de delegaties daaromtrent geen overeenstemming konden bereiken(52).

18. De verwarring omtrent dit vraagstuk toont op pijnlijke wijze aan dat er een dringende behoefte bestaat aan uniforme interpretatie van de tekst van het EVO. Het tweede protocol bij het EVO biedt daartoe de mogelijkheid, door aan het Europees Hof van Justitie bepaalde bevoegdheden toe te kennen inzake de uitlegging van het EVO(53). België bekrachtigde dit protocol vooralsnog niet waardoor het nog niet in werking is kunnen treden.

(49) Aldus wordt ook de toepassing van de *lex domicilii debitoris* verantwoord vanuit de voorbereidende werken van art. 12 EVO (zie A. SINAY-CYTERMANN, „Les conflits de lois concernant l’opposabilité des transferts de créance”, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1992, p. 42, nr. 14).

(50) J. ERAUW, *l.c.*, p. 123, nr. 13. In dezelfde zin S. BAZINAS, „Der Beitrag von UNCITRAL zu Vereinheitlichung der Rechtsvorschriften über Forderungsabtretungen: Das übereinkommen der Vereinten Nationen über Abtretungen von Forderungen in internationalen Handel”, *ZeuP* 2002, 796-797; J.H. DALHUISEN, *Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law*, Oxford en Portland, Hart Publishing, 2000, 509; R. GOODE, *Commercial Law*, Londen, Penguin Book, 1995, 1126; E.-M. KIENINGER, „Das Statut der Forderungsabtretung im Verhältnis zu Dritten”, *RebelsZ* 1998, 689; M. MOSHINSKY, „The assignment of debts in the conflict of laws”, *L.Q.R.* 1992, 615-616; T.H.D. STRUYCKEN, *l.c.*, 350.

(51) In dezelfde zin K. CHRISTIAENS en I. PEETERS, *l.c.* 280, nr. 19; J. ERAUW, *l.c.*, p. 123, nr. 13; H.C.F. SCHOORDIJK, *l.c.*, 282. In de Franse rechtsleer: P. LAGARDE, „Le nouveau droit international privé après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980”, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1991, 335; A. SINAY-CYTERMANN, *l.c.*, (35), 43; Y. LOUSSOUARN en P. BOUREL, *o.c.*, nr. 425.

(52) J.A. KRUPSKI, *l.c.*, 753.

(53) *Publ. B.* 1989, L, 48, 17.

In het Groenboek van de Europese Commissie over de hervorming van het EVO wordt geen eenduidige oplossing aangereikt voor dit probleem(54). Door zich te beperken tot het aangeven van de vier mogelijke verwijzingsregels, wordt impliciet erkend dat art. 12 EVO in de huidige stand van het recht geen betrekking heeft op de zakenrechtelijke aspecten van de cessie.

D. BEOORDELING VAN DE NIEUWE REGELING

1. Algemeen

19. In de parlementaire voorbereiding vindt men geen verantwoording waarom de wetgever voor het cessiestatuut als verwijzingsregel gekozen heeft, en niet voor een andere optie. De zakenrechtelijke aspecten van een rechtshandeling moeten worden beheerst door een aanknopingsfactor die er op optimale wijze in slaagt rechtszekerheid te verschaffen aan de derden jegens wie de rechtshandeling tegenstelbaar wordt gemaakt(55). Daartoe is het van belang dat de aanknopingsfactor zichtbaar is voor derden en stabiliteit vertoont. De regel die de tegenwerpelijkheid van de cessie aan derden bepaalt, moet m.a.w. eenvoudig *kenbaar* zijn voor derden.

20. Deze nieuwe regel heeft inderdaad een aantal aanknopingspunten in het interne recht en het bestaande Verdragsrecht.

Vanuit theoretisch oogpunt spoort deze nieuwe verwijzingsregel alleszins met een rechtsinterne ontwikkeling: sinds de Wet van 6 juli 1994 maakt het Belgische recht geen onderscheid meer tussen de werking van de cessie tussen partijen en werking van de cessie jegens derden, maar valt de totstandkoming en de tegenwerpelijkheid van de cessie samen. Bijgevolg lijkt het logisch dat ook op IPR-niveau de *lex contractus* niet alleen de geldigheid, maar ook de tegenwerpelijkheid van de cessie bepaalt(56).

(54) Green paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation, 14 januari 2003, vraag 17, te raadplegen op http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/civil/applicable_law/printer/fsj_civil_applicable_law_en.htm

(55) D. PARDOEL, *o.c.*, p. 188, nr. 377.

(56) In die zin D. PHILIPPE, „La connaissance du contrat par les tiers et ses effets”, in M. FONTAINE en J. GHESTIN (ed.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers comparaisons franco-belge*, Parijs, L.G.D.J., 1992, (152) 168-171; W. VAN LEMBERGEN, *l.c.*, p. 151, nr. 27; P. VAN OMMESLAGHE, „Le nouveau régime de la cession et de la dation en gage des créances”, *J.T.* 1995, 540.

Bovendien biedt de nieuwe verwijzingsregel het voordeel van de „*commercial convenience*”(57). Onder de nieuwe verwijzingsregel kunnen de cedent en de cessionaris zelf door rechtskeuze het toepasselijke recht bepalen. Bijgevolg kunnen ze ook zekerstellen dat ze beantwoorden aan de voorwaarden uit het gekozen rechtsstelsel voor een tegenwerpelijke cessie. Deze verwijzingsregel heeft ook als voordeel dat bij een cessie van een bundel aan schuldvorderingen, bijvoorbeeld bij factoring of een fiduciaire cessie, alle cessies onderworpen zijn aan eenzelfde rechtsstelsel. De partijen hoeven derhalve niet voor de afzonderlijke schuldvorderingen het toepasselijke recht te bepalen(58).

Tenslotte heeft de toepassing van het cessiestatuut als voordeel dat het de verbintenisrechtelijke en zakenrechtelijke aspecten van de cessie aan eenzelfde regel onderwerpt. Zulks voorkomt afbakeningsproblemen tussen deze twee categorieën, die noodzakelijkerwijze verweven zijn(59).

21. Toch mag de kracht van bovenstaande argumenten niet worden overschat. De gedachte dat de nieuwe regel spoort met de interne ontwikkeling van de regeling inzake cessie is niet doorslaggevend(60). De wijziging van het materieel recht mag in principe immers geen invloed hebben op de IPR-verwijzingsregel.

Ook de andere argumenten wegen niet op tegen de moeilijkheden waartoe deze nieuwe regel aanleiding geeft. Pardoel maakt in zijn dissertatie de vernietigende vaststelling dat, naar Frans IPR, „*s'il est un point, sur lequel la doctrine française est unanime, c'est bien sur l'exclusion de l'application de la lex contractus régissant le contrat de transfert à la publicité des créances. Cette règle d'évidence est rarement expliquée ou énoncée.*”(61). Op die tegenargumenten wordt in het navolgende dieper ingegaan.

(57) E.-M. KIENINGER, *l.c.*, 693; M. MOSHINSKY, *l.c.*, 603.

(58) M. MOSHINSKY, *l.c.*, 610-611.

(59) R.I.V.F. BERTRAMS en H.L.E. VERHAEGEN, *l.c.*, 264.

(60) P.A. FORIERS, „La cession de créance, les principes généraux à la lumière de la loi du 6 juillet 1994”, in J.B.B. (ed.), *La cession de créance*, Brussel, 1995, 30; M. LOOYENS, *l.c.*, p. 699, vn. 56.

(61) D. PARDOEL, *o.c.*, nr. 303.

2. Onwerkzaamheid van de nieuwe regel voor de beslechting van rangconflicten

22. Een eerste, doorslaggevend bezwaar is dat de nieuwe regeling tot een impasse kan leiden bij één van de belangrijkste zakenrechtelijke aspecten van de cessie, namelijk het toekennen van een rang aan de cessionaris. Indien men de zakenrechtelijke werking laat beheersen door de *lex contractus*, is de kans reëel dat een rangconflict ontstaat tussen twee cessionarissen wiens cessie onderworpen is aan een verschillend rechtsstelsel. Indien die twee cessiestatuten dan een verschillende peildatum aangeven voor het beslechten van het rangconflict, kan elk van de cessionarissen volgens zijn *lex contractus* voorrang claimen. Voor de tegenwerpelijkheid van de cessie aan derden is vereist dat de rangpositie van alle derden onderworpen is aan eenzelfde recht, wat niet het geval is indien elke concurrente derde op basis van zijn contractsvrijheid het recht kan kiezen dat zijn rangpositie bepaalt. Dat laatste is nochtans waartoe de nieuwe regeling leidt(62).

We kunnen dit aangeven met een concreet voorbeeld: een Belgische vennootschap A cedeert een vordering voor zekerheidsdoeleinden aan een Duitse bank (B) en nadien cedeert hij nogmaals diezelfde vordering aan een Belgische vennootschap (C). C gaat vóór B over tot betekening van de cessie aan de gecedeerde debiteur (D). Vervolgens rijst voor een Belgische rechtbank een conflict tussen B en C omtrent eenieders aanspraken op die vordering. Volgens art. 145 moet de *lex contractus* van de cessie worden toegepast. Hier ontstaat een probleem: de *lex contractus* van de cessie A-C, is het Belgische recht, luidens welk C zal voorgaan op B (art. 1690, derde lid B.W.). De *lex contractus* van de fiduciaire cessie A-B is evenwel het Duitse recht, aangezien bij een fiduciaire cessie de kenmerkende prestatie wordt geleverd door de kredietverlener (zie *supra*, nr. 4). Welnu, volgens het Duitse recht kan de cedent niet op rechtsgeldige wijze een tweede maal dezelfde vordering cederen aangezien hij de beschikkingsbevoegdheid over die schuldvordering is kwijtgespeeld.

(62) S. BAZINAS, *l.c.*, 797; J.G. COLLIER, *Conflict of Laws*, Cambridge, University Press, 1994, 256; Analytical Commentary on the Draft Convention on the Assignment of Receivables in International Trade. Addendum, Note by the Secretary, 22 mei 2001: „*The law chosen by the parties would be completely unworkable in the case of several assignments of the same receivables either by the same or by different assignors, since different laws could apply to the same priority conflicts.*”

23. Welk recht moet men toepassen indien de twee cessies onderworpen zijn aan een verschillende *lex contractus* en beide *leges contracti* een onverenigbare oplossing bieden voor dit rangconflict?

Een eerste mogelijkheid zou erin bestaan om de *lex contractus* van de eerste cessie of van de tweede cessie toe te passen. Zulks zou echter willekeurig zijn ten aanzien van de cessionaris die volledig vreemd is aan dat rechtsstelsel(63).

Daarom werd in het verleden vaak verwezen naar het vorderingsstatuut, d.i. het recht dat de gecedeerde schuldvordering beheerst, omdat dit een gemeenschappelijk referentiepunt is voor de beide concurrerende cessionarissen(64). Het conflict tussen twee concurrente cessionarissen is onmiskenbaar een zakenrechtelijk conflict, zodat deze oplossing verdedigbaar is indien de zakelijke werking van een cessie naar nationaal IPR beheerst wordt door het vorderingsstatuut. Sinds art. 145 Wet 2 augustus 2002 ondubbelzinnig bepaalt dat de tegenstelbaarheid van de cessie naar Belgisch IPR wordt bepaald door de *lex contractus* van de cessie, heeft de wetgever een scherpe scheidingslijn getrokken tussen de tegenwerpelijkheid aan de gecedeerde debiteur en de tegenwerpelijkheid aan andere derden. Voor toepassing van het vorderingsstatuut bestaat sinds de Wet van 2 augustus 2002 geen ruimte meer.

Meer aantrekkingskracht gaat daarom uit van de toepassing van het recht van de woonplaats van de cedent. Deze verwijzingsregel wijst immers naar het centrum van de bij de cessie betrokken belangen (zie *infra*, nr. 34). Bovendien respecteert ze de door de wetgever getrokken scheidingslijn tussen de gecedeerde debiteur en de andere derden. In de mate dat de toepassing van deze alternatieve verwijzingsregel beperkt wordt tot de hypothese waarin de *leges contracti* elkaar tegenspreken, lijkt zulks dus niet in strijd met het wettelijke systeem.

3. Ondoeltreffendheid van de nieuwe regeling: gevaar van rechtskeuze in het IPR-goederenrecht

24. Bovendien stuit de nieuwe regeling op de kritiek dat ze niet past binnen de systematiek van het IPR: de verbintenisrechtelijke aanknopingspunt is niet relevant voor de beslechting van het zakenrechtelijk

(63) G. VAN HAEGENBORGH, *l.c.*, p. 183, nr. 288. In het Nederlandse recht: R.I.V.F. BERTRAMS en H. VERHAGEN, „Zakenrechtelijke aspecten van de internationale cessie en verpanding van vorderingen op naam”, *WPNR* 1993, nr. 6088, 261.

(64) G. VAN HAEGENBORGH, *l.c.*, p. 183, nr. 288; R.I.V.F. BERTRAMS en H.L.E. VERHAGEN, *l.c.*, 266.

statuut van deze schuldvordering. Derden aan wie de cessie tegenwerpelijk moet worden gemaakt hebben geen boodschap aan de vraag welk recht de verbintenisrechtelijke verhouding tussen de partijen beheerst. Het zakenrechtelijk statuut vindt met andere woorden geen relevante aanknopng in het land van de *lex contractus*(65).

Als bezwaar tegen de nieuwe verwijzingsregel geldt dat het toepasselijke recht niet voorzienbaar is voor derden: het is voor derden bijvoorbeeld veel moeilijker om de *lex contractus* te kennen dan om de woonplaats van de gecedeerde debiteur te achterhalen. Aldus biedt de nieuwe verwijzingsregel van art. 145 Wet van 2 augustus 2002 geen rechtszekerheid in verhouding tot derden(66). Zulks houdt verband met het feit dat deze bepaling ruimte laat voor contractsvrijheid van de partijen: door de conventionele bepaling van het recht dat toepasselijk is op hun onderlinge verhoudingen, kunnen de partijen vrij het in de verhouding tot derden toepasselijk recht kiezen. Die rechtskeuze staat haaks op de traditionele gedachte dat voor partijautonomie geen ruimte is binnen het IPR van het zakenrecht. In het reeds genoemde Hansa-arrest van 1997 ontwaart de Hoge Raad evenwel een evolutie dat „de vrijheid van rechtskeuze in art. 3 EVO in het internationaal privaatrecht in toenemende mate wordt aanvaard, zoals onder meer blijkt uit verscheidene in de laatste decennia tot stand gekomen Haagse verdragen en, wat de cessie in het bijzonder betreft, uit het bepaalde in art. 145 lid 1 van de op 1 januari 1989 in werking getreden Zwitserse wet inzake het internationaal privaatrecht van 18 december 1987.”(67).

(65) G. VAN HAEGENBORGH, *l.c.*, p. 187, nr. 292. In dezelfde zin M. MOSHINSKY, *l.c.*, 602.

(66) Ook de onderzoekers van de Rechtsfaculteiten van Luik en de U.L.B. zijn tot eenzelfde kritiek op deze verwijzingsregel gekomen in hun opmerkingen naar aanleiding van de vooropgestelde hervorming van het EVO. „*Dans la mesure où l'institution de la cession de créances est de plus en plus utilisée de manière transfrontalière dans le cadre d'opérations impliquant des cessions globales d'un portefeuille de créances, il nous semble que la solution retenue par la Convention doit rencontrer cette réalité économique et opter pour un critère de rattachement qui permette d'appliquer une loi unique à l'opposabilité aux tiers de la cession de créances, c'est à dire, soit la lex contractus, soit la loi du domicile du cédant. Il est vrai que l'application de la lex contractus peut se prévaloir du principe de l'effet externe des contrats et de l'application généralisée de l'article 8 de la Convention mais ce critère n'offre pas la sécurité juridique nécessaire puisqu'il est difficilement identifiable par les tiers. Au contraire, la loi du domicile du cédant est un critère facilement identifiable par les tiers et en outre similaire à celui adopté par la Convention UNCITRAL. Afin de privilégier l'aspect pratique de la solution à retenir, nous penchons dès en faveur de la loi du domicile du cédant.*” (N. WATTE, P. WAUTELET e.a., „Observation sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation”, nr. 75, te raadplegen op <http://www.dipub.be/>. In dezelfde zin E.-M. KIENINGER, *l.c.*, 693; D. PARDOEL, *o.c.*, p. 180, nr. 360.

(67) H.R. 16 mei 1997, *N.J.* 1998, 585, r.o. 3.5. Waarschijnlijk heeft de Hoge Raad daarmee vooral art. 6 Haags Trustverdrag op het oog. Het gaat hier evenwel om een erg bekritiseerd punt van het Verdrag.

Belangrijker dan aan te tonen dat deze evolutie minder ver gevorderd is dan de Hoge Raad laat uitschijnen, is na te gaan wat de *ratio legis* is voor de traditionele uitsluiting van rechtskeuze in het IPR van het zakenrecht(68). Kenmerkend voor zakelijke rechten is hun absolute tegenwerpelijkheid aan derden. De categorie van derden die de invloed ondergaan van het bestaan van die zakelijke rechten is erg ruim: de schuldeisers van de eigenaar, de derde-verkrijger van de zaak, en elke derde die handelt op basis van het rechtmatige vertrouwen in de schijnbare solvabiliteit van zijn contractspartner. De meeste regelen van het goederenrecht zijn erop gericht om derden in hun rechtmatig vertrouwen op andermans zakenrechtelijke positie te beschermen. Te denken valt aan de publiciteitsmaatregelen(69), maar ook aan het „*numerus clausus*-beginsel”, dat enkel zakelijke werking verleent aan rechten die door de wetgever als zakelijke rechten erkend zijn. Dat „*numerus clausus*-beginsel” kanaliseert de werking van zakelijke rechten naar derden, doordat die effecten volgens de door de wetgever vastgelegde structuren lopen. Die noodzaak aan rechtszekerheid van derden binnen het domein van het zakenrecht noopt ook tot rechtszekerheid op internationaal-privatrechtelijk vlak. Het toelaten van rechtskeuze omtrent zakenrechtelijke aspecten zou het toepasselijke recht kunnen losrukken van het „zwaartepunt” van de zakenrechtelijke overdracht. Het zou de cedent en de cessionaris vrij staan om, door de keuze voor een bepaalde *lex contractus*, de dwingende zakenrechtelijke regels van hun land uit te schakelen. Aldus zouden langs het IPR de regels van openbaarmaking en het „*numerus clausus*-principe” kunnen worden omzeild(70).

Bij wijze van voorbeeld: A, een Nederlandse firma, verkoopt aan B, een andere Nederlandse firma, grondstoffen onder voorbehoud van het eigendomsrecht. In de clause van eigendomsvoorbehoud wordt bedongen dat, bij een eventuele doorverkoop door B aan zijn Belgische afnemer C, de vordering tot betaling van de prijs uit de wederverkoop tot zekerheid zal worden gecedeerd aan A (zgn. „verlengd”

(68) Zie voor een uitvoerige uiteenzetting van de argumenten *pro* en *contra*: D.M. POS, „Rechtskeuze in het internationaal zakenrecht”, *NIPR* 2001, 398-405; D. EINSELE, „Rechtswahlfreiheit im Internationalen Privatrecht”, *RabelsZ* 1996, (417) 435-447.

(69) Om zakelijke rechten op onroerende goederen *erga omnes* tegenwerpeijk te maken, is hypothecaire publiciteit vereist. Om zakelijke rechten op roerende goederen *erga omnes* tegenwerpeijk te maken, is buitenbezitstelling vereist, zowel voor de overdracht van het eigendomsrecht (cf. art. 1141 B.W.) als voor de vestiging van beperkt zakelijke rechten (cf. voor pandrecht: art. 2075 B.W.).

(70) In dezelfde zin M. MOSHINSKY, *l.c.*, 602; T.H.D. STRUYCKEN, *l.c.*, 356.

eigendomsvoorbehoud)(71). Omdat wegens het fiducie-verbod in het Nederlands en Belgisch recht een dergelijke constructie geen zakelijke werking heeft, wordt de verkoop A-B conventioneel onderworpen aan Duits recht, dat een „*verlängerter Eigentumsvorbehalt*” wel in ruime mate toelaat. Vervolgens cedeert B diezelfde vorderingen nog eens aan een andere Nederlandse bank (D). Wanneer B naderhand failliet verklaard wordt, zal D verrast zijn dat hij in samenloop komt met A. Hij hoefde er op basis van bovenstaande gegevens immers geen rekening mee te houden dat de vordering, die enkel aanknopingspunten had in België en Nederland, op basis van het Duitse recht het voorwerp kon vormen van een fiduciaire cessie. Dat voorbeeld weerlegt meteen ook het tegenargument dat, indien er een vestigingsvrijheid bestaat binnen de E.U. keuze omtrent het toepasselijk recht niet mag worden uitgesloten. Die vestigingsvrijheid is voor derden zichtbaar, zodat de rechten van die derden niet in het gedrang komen. De rechtskeuze is vaak occult, wat de positie van derden wel in het gedrang brengt.

Verder zullen we aanduiden dat deze nieuwe regeling mogelijk kan worden verklaard vanuit het feit dat de Belgische rechtspraak geen faillissementsbestendigheid toekent aan een fiduciaire cessie, wat vanuit de kredietpraktijk als onpraktisch wordt ervaren. Door plaats te laten voor rechtskeuze omtrent het toepasselijke recht, wordt aan de praktijk een instrument geboden om dat fiducie-verbod te omzeilen (zie *infra*, nr. 26).

4. Terugval in de harmonisatie van het Europese IPR

25. In het licht van een toenemende harmonisatie, ook van de conflictregels, is een uniforme verwijzingsregel in de diverse rechtsorden uiteraard van groot belang. De nieuwe regeling moet sporen met de IPR-regelen die in de andere Europese rechtsstelsels gelden.

In het *Nederlandse recht* geldt een identieke verwijzingsregel als in art. 145 Wet 2 augustus 2002. Nadat er, zoals in België, lange tijd discussie had bestaan over de toepasselijke verwijzingsregel, heeft de Hoge Raad in het Hansa-arrest geoordeeld dat art. 12, lid 1 EVO van toepassing is op zowel „de geldigheidsvereisten voor de overgang van

(71) Een andere vraag is of de vordering uit wederverkoop automatisch, door zaakvervanging, toekomt aan de oorspronkelijke verkoper. Deze laatste vraag moet worden beantwoord volgens de *lex rei sitae* van de verkochte goederen op het ogenblik van de wederverkoop (E. DIRIX en V. SAGAERT, *l.c.*, p. 594, nr. 41; P. MAYER, „Les conflits de lois en matière de réserve de propriété après la loi du 12 mai 1980”, *J.C.P.* 1981, I, nr. 3019, nr. 41; M. MOSHINSKY, *l.c.*, 613).

de gecedeerde vordering naar het vermogen van de cessionaris en de werking van deze overgang tegenover andere derden dan de schulde- naar”(72). Dit arrest stuitte echter op veel tegenstand in de Neder- landse doctrine(73). Ook na het arrest blijft de meerderheid van de rechtsleer zich immers scharen achter het vorderingsstatuut als aan- knopingsfactor voor de zakenrechtelijke werking van de cessie. In toenemende mate wordt ook de woonplaats van de cedent voorgesteld als aanknopingsfactor(74). De Nederlandse Commissie voor Interna- tionaal Privaatrecht handhaaft evenwel de *lex contractus* voor de bepaling van de *erga omnes* tegenwerpelijkheid van de cessie.

In het *Duitse recht* heeft het *Bundesgerichtshof* de tegenwerpelijkheid van de cessie aan derden aangeknoopt bij het vorderingsstatuut(75). Aldus maakt het hoogste Duitse Gerechtshof een onderscheid tussen de contractuele aspecten van de cessie, die onderworpen zijn aan art. 12, lid 1 EVO, en de zakenrechtelijke aspecten, die onderworpen zijn aan art. 12, lid 2 EVO. Eenzelfde oplossing vindt men terug in art. 33 (2) EGBGB: „*Das Recht, dem die übertragene Forderung unterliegt, bestimmt ihre übertragbarkeit, das Verhältnis zwischen neuem Gläubiger und Schuldner, die Voraussetzungen, unter denen die Übertragung dem Schuldner entgegenhalten werden kann, und die befreiende Wirkung einer Leistung durch den Schuldner.*”

In het *Franse recht* geldt nog steeds dezelfde discussie als tot voor kort in het Belgische recht. Traditioneel werd gepleit voor een toepas- sing van de *lex domicilii debitoris*(76), maar stilaan is het zwaartepunt in de Franse rechtsleer verschoven naar een toepassing van het vorder- ingsstatuut. In die zin pleit de meerderheid van de auteurs voor een toepassing van de verwijzingsregel uit art. 12, lid 2 EVO op alle derden, en niet enkel in verhouding tot de gecedeerde schulde- naar(77).

(72) H.R. 16 mei 1997, *N.J.* 1998, 585 en *A.J.T.* 1998-99, 295, noot K. CHRISTIAENS en I. PEETERS, *RvdW* 1997, 126, *NTBR* 1997, 212, noot L.F.A. STEFFENS, *WPNR* 1998, 21, noot D. RIJPMAN en A.A. 1998, 213, noot P. VLAS.

(73) H.C.F. SCHOORDIJK, *l.c.*, 283-284; L.F.A. STEFFENS, „Zakenrechtelijke aspecten van de cessie”, (noot onder H.R. 16 mei 1997), *NTBR* 1997, 212-217.

(74) H.C.F. SCHOORDIJK, *l.c.*, 284; T.H.D. STRUYCKEN, *l.c.*, 357-358.

(75) B.G.H. 20 juni 1990, *BGHZ* 111, 376 en *IPRax* 1991, 248 (de zaak betrof een conflict tussen opeenvolgende cessionarissen); E.-M. KIENINGER, *l.c.*, 695 (en de referenties aldaar).

(76) Parijs 26 maart 1986, *D.* 1986, 374 (2^e zaak), noot M. VASSEUR; Parijs 27 september 1984, *D.* 1985, I.R., 178, noot B. AUDIT; Parijs 18 november 1927, *D.H.* 1928, 91; B. AUDIT, *Droit international privé*, Parijs, Economica, 2000, nr. 762; A. SINAY-CYTERMANN, „Les conflits de lois concernant l’opposabilité des transferts de créance”, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1992, (35) 40 e.v.

(77) Zie de referenties in vn. 102.

In het *Engelse recht* bestaat grote verdeeldheid omtrent de toepasselijke verwijzingsregel over de zakenrechtelijke aspecten van de cessie. Sommige auteurs passen het cessiestatuut toe(78), anderen verdedigen toepassing van het vorderingsstatuut(79), nog anderen opteren dan weer voor de *lex domicilii debitoris*(80). De beslechting van het conflict tussen de cessionaris en andere derden dan de gecedeerde schuldenaar (curator, andere cessionaris, pandhouder, beslaglegger, enz.) moet volgens de heersende zienswijze worden beslecht aan de hand van het vorderingsstatuut. Het cessiestatuut wordt in dat geval onwerkzaam geacht omdat de *lex causae* van de verschillende cessies een andere oplossing kan aanreiken, in welk geval de verwijzingsregels met elkaar in conflict komen(81).

26. Uit het bovenstaande overzicht blijkt dat toepassing van het cessiestatuut op de zakenrechtelijke aspecten van de cessie geenszins de harmonisering op internationaal vlak bevordert(82).

Enkel de Nederlandse Hoge Raad heeft een identieke zienswijze aangenomen als de Belgische wetgever, maar voor het overige blijkt het vorderingsstatuut in de meeste grote rechtsstelsels bepalend te zijn. Het lijkt geen toeval dat precies in het Belgische recht als in het Nederlandse recht is gekozen voor het cessiestatuut. Hoewel dat berust op speculatie, moet met Struycken worden aangenomen dat de reden voor de afwijkende regeling in de lage landen elders ligt, namelijk in het terzijde schuiven van het verbod van fiduciaire cessie dat zowel in het Belgische recht(83) als in het Nederlandse recht(84) geldt. Door het cessiestatuut als aanknopingsfactor naar voor te schuiven, wordt een ruime mogelijkheid gelaten voor rechtskeuze door de partijen. Het wordt aldus mogelijk voor een Belgische cedent

(78) P.M. NORTH en J.J. FAWCETT, *Cheshire and North's Private International Law*, Londen, Butterworths, 1992, 813.

(79) DICEY en MORRIS, *The Conflict of Laws*, Londen, Sweet&Maxwell, 1993, 981; R. STEVENS, „The law applicable to priority in shares”, *L.Q.R.* 1996, (198) 200-201.

(80) J.G. COLLIER, *o.c.*, 252-256; M. MOSHINSKY, *L.c.*, 591; R. GOODE, *o.c.*, 1128. Voor een scherpe kritiek: P.J. ROGERSON, „The situs of debts in the conflict of law: illogical, unnecessary and misleading”, *Cam. L.J.* 1990, 441-460.

(81) *Kelly v. Selwyn* [1905] 2 Ch. D. 117, en W.L.R. 649. In de rechtsleer: P.M. NORTH en J.J. FAWCETT, *o.c.*, 816.

(82) In dezelfde zin voor de identieke Nederlandse verwijzingsregel: T.H.D. STRUYCKEN, *L.c.*, 350. Vgl. W. VAN LEMBERGEN, *L.c.*, p. 151, nr. 29.

(83) In het Belgisch recht is de fiduciaire cessie geldig, maar niet faillissementsbestendig: Cass. 17 oktober 1996, *Arr. Cass.* 1996, 930, *Bull.* 1996, 992, concl. J. PIRET, *Bank Fin.* 1997, 114, noot I. PEETERS, *J.L.M.B.* 1997, 520, noot, *R.W.* 1996-97, 1395, noot M.E. STORME, *T. Not.* 1997, 442 en *Rev. prat. soc.* 1997, 145, noot T. BOSLY.

(84) In het Nederlandse recht is de fiduciaire cessie zelfs niet geldig, bij gebreke aan geldige „*causa*” voor de overdracht: zie art. 3:84, derde lid N.B.W.

om een aan Nederlands recht onderworpen schuldvordering voor loutere zekerheidsdoelstellingen over te dragen op een Belgische bank en deze fiduciaire cessie tegenwerpelijk te houden aan de failliete boedel van de cedent. Ook al kennen noch het Belgische recht noch het Nederlandse recht de tegenwerpelijkheid van een fiduciaire cessie, toch zou het daartoe volstaan om een rechtskeuze te maken voor het Duitse recht volgens art. 3 EVO(85). In die zin zou die IPR-verwijzingsregel slechts voortbouwen op de rechtspraak die in het interne recht het fiduciairverbod zoveel mogelijk beperkt. Voor het Nederlandse recht kan onder meer worden verwezen naar de rechtspraak die de „*sale lease back*”-operatie niet in strijd laat komen met het fiduciairverbod(86).

Bovenstaande analyse zou betekenen dat het IPR gebruikt wordt vanuit de noodzaak om een lacune in het intern-materiële recht op te vullen. Een dergelijk misbruik van het IPR om nationale bepalingen te omzeilen moet uiteraard ten strengste worden afgekeurd: indien de wetgever aan Belgische financieringsoperaties het instrument van een fiduciaire cessie ter beschikking wil stellen, wat onder strikte afbakening legitiem kan zijn, dan moet zulks gebeuren door een wijziging van het interne recht en niet door de IPR-verwijzingsregel te wijzigen op zodanige wijze dat ze plaats laat voor rechtskeuze door de partijen. Het loutere feit dat Duitse of Engelse investeerders een concurrentieel voordeel hebben door de mogelijkheid van fiduciaire cessie, rechtvaardigt niet dat het IPR wordt afgewend van zijn doelstellingen.

E. ALTERNATIEVE VERWIJZINGSREGELS

27. Uit het voorgaande is duidelijk gebleken dat de *lex contractus* geen adequate verwijzingsregel vormt voor de zakenrechtelijke aspecten van de cessie. Om het IPR van de zakenrechtelijke gevolgen van de cessie te regelen, zijn, naast het cessiestatuut, drie andere mogelijke verwijzingsregels denkbaar: het recht van de woonplaats

(85) T.H.D. STRUYCKEN, *l.c.*, 353: „*Entering into the sphere of speculation, one is tempted to think that the Hoge Raad was willing to yield to widespread criticism in the Netherlands on the practical consequences of the provisions of the new Dutch code.*” In dezelfde zin E.-M. KIENINGER, *l.c.*, 711.

(86) H.R. 19 mei 1995, *N.J.* 1996, nr. 119. Zie over dit Sogelease-arrest: S.C.J.J. KORTMANN en J.J. VAN HEES, „Reïncarnatie in het recht, ofwel: de nieuwe gedaante van de zekerheidsoverdracht (Het arrest Keereweer q.q./Sogelease BV)”, *N.J.B.* 1995, 991-996; G.W. MINCKE, „Sale and lease back, art. 3:84 lid 3 BW, eigendomsvoorbehoud en de numerus clausus”, *NTBR* 1995, 175-179; A.F. SALOMONS, „Herwonnen zekerheid: de Hoge Raad kiest voor beperkte uitleg van het fiduciairverbod”, *T.v.I.* 1995, 81-90; H.C. SIGMAN, „Keereweer v. Sogelease BV seen from an American perspective”, *WPNR* 1996, nr. 6214, 167-170.

van de gecedeerde schuldenaar, de *lex causae* van de gecedeerde vordering (vorderingsstatuut), en de woonplaats van de cedent. In het onderstaande worden die alternatieve verwijzingsregels, die dus terzijde zijn geschoven door de Belgische wetgever, op hun merites beoordeeld.

1. *De lex domicilii debitoris*

28. De klassieke rechtspraak en rechtsleer verwijst voor de bepaling van de zakenrechtelijke werking van de cessie naar de *lex domicilii debitoris*, d.i. het recht van de woonplaats van de gecedeerde debiteur(87). De *lex domicilii debitoris* is een toepassing van de *lex rei sitae* regel die normaal gehanteerd wordt ter bepaling van het zakenrechtelijk statuut van een lichamelijk goed. De „*situs*” van een schuldvordering is immers, zo wordt traditioneel aangenomen, gelegen in de woonplaats van de schuldenaar.

Aanknopingspunten kunnen daarvoor worden gevonden in het feit dat een verbintenis in principe moet worden uitgevoerd in de woonplaats van de debiteur (art. 1247 B.W.) en in de Europese Insolventieverordening, die bepaalt dat „een schuldvordering zich bevindt in de lidstaat op het grondgebied waarvan het centrum van de voornaamste belangen van de derde-schuldenaar is gelegen.”(88). Bovendien steunt deze verwijzingsregel op de gedachte dat de vereisten voor de tegenwerpelijke van de cessie plaatsvinden ten huize van de gecedeerde debiteur. Aangezien deze formaliteiten volgens deze opvatting een publiciteitsmaatregel vormen, zou de toepassing van het aldaar geldende recht ook voorzienbaar zijn voor derden(89). Aldus zou de rechtszekerheid van derden bij deze verwijzingsregel gebaat zijn: de woonplaats van de gecedeerde debiteur is immers een stabiel en voor derden uitwendig waarneembaar gegeven, waarop derden

(87) Beslagr. Antwerpen 15 januari 1991, *R.W.* 1991-92, 55; Antwerpen 20 november 1984, *B.R.H.* 1986, 787; Brussel 1 april 1930, *Jur. comm. brux.* 1931, 273; Rb. Brussel 9 april 1968, *Pas.* 1968, III, 106; M. LOOYENS, *l.c.*, 696; M. TRAEST, „Iets over de aanknopning in het Internationaal Privaatrecht van zakelijke rechten op een schuldvordering”, (noot onder Brussel 21 oktober 1998), *A.J.T.* 1999-00, (321) 323, nr. 5; G. VAN HECKE en K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, in *A.P.R.*, nr. 657. Ook in het Franse recht was dat de overheersende zienswijze: P. LAGARDE, „Le nouveau droit international privé des contrats, après l’entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980”, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1991, 335-336; A. SINAY-CYTERMANN, *l.c.*, p. 41, nr. 11-12.

(88) Art. 2, g, derde streepje Verordening van de E.U. nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, *P.B. L.* 30 juni 2000, nr. 160.

(89) A. SINAY-CYTERMANN, *l.c.*, p. 40, nr. 10; N. WATTE, „Questions de droit international privé des sûretés”, *l.c.*, p. 340, nr. 117.

kunnen vertrouwen(90). Een laatste argument, dat in de Franse rechtsorde aan bod is gekomen, bestaat erin dat art. 1690 B.W., dat de formaliteiten voorschrijft voor de tegenwerpelijkheid van de cessie aan de gecedeerde debiteur en derden, een politiewet is die derhalve dwingend op het eigen grondgebied moet worden nagekomen(91).

Volgens deze traditionele benadering zou het zakenrechtelijk statuut van een onlichamelijk goed derhalve op analoge wijze moeten worden bepaald als het zakenrechtelijk statuut van een lichamelijk goed. Deze verwijzingsregel had tot gevolg dat, indien de gecedeerde schuldenaar woonachtig is in België, het Belgische recht steeds van toepassing zou zijn: in beginsel was de cessie dus *solo consensu* aan eenieder tegenwerpelijk (art. 1690, eerste lid B.W.), maar in de verhouding tot een andere cessionaris of pandhouder was een kennisgeving aan of erkenning door de gecedeerde debiteur vereist (art. 1690, derde lid B.W.).

29. Toch was deze verwijzingsregel onder druk komen te staan door verschillende ontwikkelingen.

In de eerste plaats kan terecht in vraag worden gesteld of de schuldvordering nog wel gelegen is in de woonplaats van de schuldenaar en niet in die van de schuldeiser(92). De bevoegdheid van de beslagrechter bij een derdenbeslag wordt bepaald door de plaats van het beslag. Door de Wet van 4 juli 2001 wordt hieraan evenwel een tweede lid toegevoegd dat „de plaats van het beslag de woonplaats is van de beslagen schuldenaar”, d.i. dus de schuldeiser van de vordering waarop beslag wordt gelegd. Deze bepaling werd evenwel nietig verklaard door een arrest van het Arbitragehof omdat ze de beslagen debiteur die zijn woonplaats niet in België heeft, uitsluit van verzet tegen derdenbeslag(93). In antwoord daarop is art. 633, tweede lid Ger. W. opnieuw gewijzigd: „de rechter van de woonplaats van de beslagen debiteur blijft in principe bevoegd, maar indien die woonplaats onbekend is of zich in het buitenland bevindt, is de rechter van de plaats van tenuitvoerlegging bevoegd”(94). Aan het uitgangspunt

(90) H. BATTIFOL en P. LAGARDE, *Droit international privé*, Parijs, L.G.D.J., 1983, II, nr. 611; A. SINAY-CYTERMANN, *l.c.*, p. 40, nr. 10; M. MOSHINSKY, *l.c.*, 608; J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, Sirey, 1947, IV, p. 673, nr. 1296; zie evenwel E.-M. KIENINGER, *l.c.*, 701.

(91) Parijs 27 september 1984, *D.* 1985, I.R., 178, noot B. AUDIT.

(92) Vgl. voor de betwisting of de *lex domicilii debitoris* wel overeenkomt met de *lex rei sitae*: E.-M. KIENINGER, *l.c.*, 701.

(93) Arbitragehof nr. 19/2003, 30 januari 2003, *J.L.M.B.* 2003, 564, noot G. DE LEVAL, *J.T.* 2003, 191, *NjW* 2003, 626, noot K. BROECKX en *Act. dr.* 2003, 349, noot P. WAUTELET.

(94) Wet 8 april 2003, *B.S.* 12 mei 2003.

dat het beslag moet gelegd worden ten huize van de beslagen debiteur wordt dus geen afbreuk gedaan.

Bovendien vindt de kritiek op deze verwijzingsregel ook steun in een interne rechtsontwikkeling: de bekendmaking van de cessie aan de gecedeerde debiteur brengt geen daadwerkelijke publiciteit met zich mee voor andere derden dan de gecedeerde debiteur, maar is een loutere informatie voor de gecedeerde debiteur zelf. Derden moeten zich, wat ook het toepasselijke recht weze, wenden tot de cedent om het zakenrechtelijk statuut van de schuldvordering te achterhalen. Derhalve hoeft deze maatregel niet centraal te staan om de verhouding jegens andere derden te bepalen⁽⁹⁵⁾. Zulks is des te meer het geval nu sinds de wet van 6 juli 1994 de bekendmaking van de cessie aan de gecedeerde debiteur niet langer noodzakelijk is voor de *erga omnes* tegenwerpelijke van de cessie. De *ratio legis* van de verwijzingsregel, namelijk de toepassing van het recht van het land waar deze bekendmaking geschiedt, vervalt wanneer een dergelijke publiciteitsmaatregel niet langer noodzakelijk is om de cessie tegenwerpe-lijk te houden aan alle derden⁽⁹⁶⁾.

Ook de gedachte dat deze verwijzingsregel deze is die de belangen van derden dient doordat ze voor derden tot een maximale voorzienbaarheid zou leiden, verliest daardoor aan belang. Ervan uitgaand dat de door de debiteur verleende informatie correct is, dan nog biedt dit weinig zekerheid aan derden indien de cessie hen tegenwerpe-lijk is door de loutere wilsovereenstemming.

Het argument dat de formaliteiten voor de tegenwerpe-lijkheid uit art. 1690 B.W. het voorwerp uitmaken van een politiewet, kan niet overtuigen. De voorschriften om de cessie tegenwerpe-lijk te houden zijn niet essentieel voor de gevestigde morele, politieke of economische orde⁽⁹⁷⁾, wat overigens ten overvloede aangetoond is door de versoepeling van deze vereisten in de Wet van 6 juli 1994.

Bovendien is deze regel ook niet houdbaar in rechtsvergelijkend perspectief. In talrijke andere rechtssystemen geldt immers een registratieplicht om de cessie tegenwerpe-lijk te maken aan derden. De IPR-regelen die bepalen in welke gevallen van internationale cessie een dergelijke registratie verplicht blijft, bevatten doorgaans ook het criterium van de woonplaats van de cedent. Zulks is bijvoorbeeld het geval in het Amerikaanse recht (zie *infra*, nr. 36). Men kan dan niet

(95) G. VAN HAEGENBORGH, *l.c.*, p. 176, nr. 277. In dezelfde zin G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Parijs, Economica, nr. 320.

(96) P. VAN OMMESLAGHE, *l.c.*, p. 540, nr. 35.

(97) E. CASHIN-RITAINE, *o.c.*, p. 130, nr. 200.

voorhouden dat toepassing van het vorderingsstatuut in de verhouding tot schuldeisers uit landen waar cessie onderworpen is aan registratie, hun rechtszekerheid dient.

30. Tenslotte gelden ook belangrijke praktische bezwaren tegen deze verwijzingsregel.

Indien het een cessie van een bundel van schuldvorderingen betreft (b.v. factoring, fiduciaire cessie)(98), zou voor elke schuldvordering afzonderlijk moeten worden nagegaan welke vereisten voor tegenwerpelijkheid gelden, afhankelijk van de woonplaats van de geceedeerde debiteur. Een enkele transactie kan te maken krijgen met verschillende rechtstelsels indien de debiteuren van de overgedragen vorderingen in een ander land werkzaam zijn. Zulks zou de kosten van dergelijke transactie danig opdrijven, terwijl het voor dergelijke financieringsoperaties precies essentieel is om de kostenstructuur te drukken(99). Het lijkt bovendien niet in overeenstemming met de systematiek van het IPR om een andere verwijzingsregel aan te geven wanneer het gaat om de cessie van individuele schuldvorderingen dan wel om de cessie van een bundel van schuldvorderingen(100).

Bovendien leidt deze regel tot rechtsonzekerheid tussen de partijen indien de cessie betrekking heeft op toekomstige schuldvorderingen. Aangezien de woonplaats van de debiteur van die toekomstige schuldvordering op het ogenblik van de cessie nog niet kan worden bepaald, kan de cessionaris de tegenwerpelijkheid van de cessie niet waarborgen, aangezien hij niet kan weten welk recht van toepassing is(101).

2. De lex causae van de geceedeerde vordering („vorderingsstatuut”)

31. Sinds de wijziging van het interne Belgische recht betreffende de cessie, zijn de opvattingen in de Belgische rechtsleer gewijzigd. Sinds de Wet van 6 juli 1994 kan een cessie in principe vormvrij gebeuren. Aangezien een mededeling aan de geceedeerde debiteur in beginsel

(98) In het Duitse recht spreekt men van een „*Globalzession*” en in het Engelse recht van een „*bulk assignment*”, in het Nederlands kan men bij een fiduciaire cessie van een bundel van schuldvorderingen spreken van een „cessie voor alle sommen”.

(99) M. DELIERNEUX, „L’actualité des crédits internationaux”, in J.B.B. (ed.), *Le crédit aux entreprises, aux collectivités publiques et aux particuliers*, Brussel, 2002, 321; W. VAN LEMBERGEN, *l.c.*, p. 148, nr. 14; M. DESCHAMPS, „The Priority Rules of the United Nations Receivables Convention”, *Duke J. Comp. and Int. L.* 2002, 394; J.A. KRUPSKI, *l.c.*, 752; M. MOSHINSKY, *l.c.*, 610.

(100) Voor een dergelijk onderscheid: R. GOODE, *o.c.*, 1127.

(101) E.-M. KIENINGER, *l.c.*, 701; M. MOSHINSKY, *l.c.*, 610.

niet meer vereist is voor de tegenwerpelijkheid, biedt de woonplaats van de gecedeerde debiteur niet langer een adequaat aanknopingspunt voor de tegenwerpelijkheid van de cessie. In de huidige Belgische rechtsleer pleiten de meeste auteurs voor de toepassing van de wet die de gecedeerde vordering beheerst (vorderingsstatuut) ter bepaling van de zakenrechtelijke gevolgen van de cessie(102). Ook de meeste Franse rechtsleer pleit voor een toepassing van de *lex causae* van de gecedeerde vordering(103). Ook in het Ontwerpverdrag van het EVO was aanvankelijk een dergelijke bepaling opgenomen, doch in de definitieve tekst is deze niet meer terug te vinden (zie *supra*, vn. 47)(104). Volgens deze theorie zou de tegenwerpelijkheid van de cessie aan de gecedeerde debiteur en aan derden aan één en hetzelfde regime onderworpen zijn. Daarom wordt deze zienswijze ook wel aangeduid als de *unitaire theorie*(105). Daarvoor worden verschillende argumenten ingeroepen.

Vooreerst oriënteert deze verwijzingsregel de rechtsverhouding doorgaans naar de „Sitz” van de betrokken belangen. Bij gebreke aan daadwerkelijke ligging van de schuldvordering, is de overgedragen schuldvordering het nauwst betrokken bij het recht dat erop van toepassing is(106). Indien de partijen geen rechtskeuze hebben gemaakt, wijst het vorderingsstatuut immers vaak in de richting van de woonplaats van de cedent, die immers de kenmerkende prestatie levert. De cedent levert doorgaans de kenmerkende prestatie in de overeenkomst, zodat het recht van diens woonplaats op de vordering van toepassing is. Welnu, de woonplaats van de cedent vormt nu precies het zwaartepunt van de bij de cessie betrokken belangen.

Ook wordt deze verwijzingsregel het voordeel van de rechtszekerheid toegedicht: ook al is de *lex causae* van de gecedeerde vordering onderhevig aan rechtskeuze tussen de partijen, toch wordt enige stabiliteit gegeven aan het op de verhouding tot derden toepasselijke

(102) Vred. Borgerhout 14 december 1973, *J.J.P.* 1975, 144; K. CHRISTIAENS en I. PEETERS, „Cessie tot zekerheid in een grensoverschrijdende context”, *A.J.T.* 1998-99, (277) 282, nr. 32; E. DIRIX en V. SAGAERT, „De zekerheidsposities en verhaalsrechten onder de Europese Insolventieverordening”, *T.B.H.* 2001, p. 592, nr. 34; J. ERAUW, *l.c.*, p. 136, nr. 31; M. RIGAUX en M. FALLON, *Droit international privé*, Brussel, Larcier, 1993, II, p. 532, nr. 1300; M.E. STORME, *l.c.*, p. 806, nr. 168; G. VAN HAEGENBORGH, *l.c.*, 187-189.

(103) E. CASHIN-RITAINE, *o.c.*, p. 134, nr. 209; G. KHAIRALLAH, *o.c.*, nr. 320; L. RUET, *o.c.*, p. 550, nr. 612.

(104) Uit het feit dat deze verwijzingsregel niet opgenomen werd in de definitieve tekst van het EVO, leiden sommige auteurs *a contrario* af dat een dergelijke verwijzingsregel niet op steun in internationaal forum kon rekenen (zie A. SINAY-CYTERMANN, *l.c.*, p. 43-44, nr. 18).

(105) E. CASHIN-RITAINE, *o.c.*, p. 128, nr. 198; A. SINAY-CYTERMANN, *l.c.*, p. 39, nr. 9.

(106) E.-M. KIENINGER, *l.c.*, 696.

recht. Aldus zou een laattijdige rechtskeuze of wijziging van het toepasselijke recht de positie van derden niet mogen aantasten(107). Bovendien wordt daarvoor steun gevonden in een *per analogiam* interpretatie vanuit art. 12, lid 2 EVO: indien de werking van de cessie jegens de gecedeerde debiteur bepaald wordt op basis van het vorderingsstatuut, moet dat ook het geval zijn voor de tegenwerpelijheid aan andere derden. Aldus zou de cessie jegens alle categorieën van derden op uniforme wijze aangeknoopt worden, wat meteen problemen in verband met de samenhang van de twee verschillende verwijzingsregelen (die tegen de gecedeerde debiteur en die tegen andere derden) zou vermijden(108). Voor een bespreking van deze combinatieproblemen die ontstaan door de Wet van 2 augustus 2002: zie *infra*, nr. 45.

32. Deze optie is dus praktisch werkzaam en spoort ook met de algemene systematiek van het IPR. Toch biedt deze verwijzingsregel ook belangrijke nadelen. Vanuit theoretisch oogpunt beschouwt ze de cessie van de schuldvordering als een wijziging in de schuldeiser van de vordering. Daarmee miskent ze de zakenrechtelijke werking van de cessie: de wijziging van de schuldeiser is slechts mogelijk door de zakenrechtelijke overdracht van de schuldvordering(109). Tegen het vorderingsstatuut gelden ook andere dan dogmatische bezwaren.

In de eerste plaats is de kenbaarheid van het toepasselijke recht voor derden eerder beperkt indien de overgedragen vordering een contractuele grondslag heeft. Indirect laat de nieuwe verwijzingsregel immers rechtskeuze toe. Derden, bijvoorbeeld schuldeisers van de cedent, kunnen verrast worden door de toepassing van een rechtsstelsel dat objectief geen verband houdt met de overgedragen vordering. Het occulte karakter van de rechtskeuze tussen de partijen verdraagt zich niet met de noodzaak aan publiciteit in het zakenrecht, dat er moet op gericht zijn om derden te laten achterhalen welk rechtsstelsel van toepassing is (zie *supra*, nr. 19)(110). Te denken valt bijvoorbeeld aan een „verlengd eigendomsvoorbehoud”: A verkoopt een goed aan B onder eigendomsvoorbehoud, en bedingt dat B bij eventuele wederverkoop aan C zijn vordering op C zal cederen aan A. Het volstaat

(107) Zie vooral M. TOMASZEWSKI, „La désignation, postérieure à la conclusion du contrat, de la loi qui le régit”, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1972, 567.

(108) E.-M. KIENINGER, *l.c.*, 696. Zie voor deze combinatieproblemen: *infra*, nr. 44-45.

(109) M. MOSHINSKY, *l.c.*, 605.

(110) In dezelfde zin E. CASHIN-RITAINE, *o.c.*, p. 128, nr. 198; E.-M. KIENINGER, *l.c.*, 697; J.A. KRUPSKI, *l.c.*, 743; D. PARDOEL, *o.c.*, p. 185, nr. 370.

voor B om zijn vordering tegen C te onderwerpen aan een bepaald rechtsstelsel om A een zo gunstig mogelijke rang te bezorgen of, omgekeerd, om aan de zekerheid van A elke werking te ontnemen. Indien bijvoorbeeld de verkoop B-C onderworpen wordt aan het Belgische recht, zou het verlengd eigendomsvoorbehoud zonder gevolg blijven, aangezien het in strijd zou komen met het verbod op zekerheidscessies in het Belgische recht. Ook al was het eigendomsvoorbehoud onderworpen aan een recht dat het verlengd eigendomsvoorbehoud wel erkent, bijvoorbeeld het Duitse recht, dan nog blijft A zonder bescherming. Hier kan dus verwezen worden naar de bezwaren van partij-autonomie in het IPR van het goederenrecht (zie *supra*, nr. 24).

Bovendien biedt deze verwijzingsregel dezelfde bezwaren als het recht van de woonplaats van de gecedeerde debiteur indien een bundel van schuldvorderingen wordt overgedragen. Wanneer het vorderingsstatuut zou bepalen of de fiduciaire cessie kan tegengeworpen worden aan de failliete boedel, zou voor elke individuele schuldvordering het toepasselijke recht moeten worden gecontroleerd. Dat zou de kosten van de krediettransactie opdrijven en het kredietverkeer belemmeren. Aldus zou deze regel, die ingegeven is vanuit bescherming van de debiteur, zich keren tegen deze laatste(111). Vanuit rechtseconomisch oogpunt is dan ook verzet gerezen tegen die verwijzingsregel(112). In dezelfde lijn zou toepassing van het vorderingsstatuut ook tot anormale resultaten leiden op het vlak van rangconflicten. Stel: A cedeert achtereenvolgens aan B en C een geheel van schuldvorderingen, waarvan een deel onderworpen zijn aan Belgisch recht en een deel aan Duits recht. C gaat vóór B over tot kennisgeving van de cessie aan de verschillende debiteuren. Toepassing van het vorderingsstatuut zou ertoe leiden dat B voorrang heeft op C voor de vorderingen die beheerst worden door het Duitse recht, terwijl C zou primeren op B voor de vorderingen die onderworpen zijn aan het Belgische recht. Aldus zou de rangpositie van B verschillen naargelang de vordering waarover het gaat, ook al heeft B al die vorderingen bij eenzelfde akte van cessie verkregen. Erg logisch komt dit niet over(113).

(111) J.A. KRUPSKI, *l.c.*, 749: „*Excessive protection of debtors might do them more harm than good if the cost of credit is too high.*”

(112) S. BAZINAS, *l.c.*, 797; J.A. KRUPSKI, *l.c.*, 745; M. MOSHINSKY, *l.c.*, 610; Analytical Commentary on the Draft Convention on the Assignment of Receivables in International Trade. Addendum, Note by the Secretary, 22 mei 2001: „*[Application of the law governing the receivable] also exposes prospective assignees to the burden of having to determine the notional situs of each receivable separately.*”

(113) In dezelfde zin M. MOSHINSKY, *l.c.*, 624.

Het argument dat in het interne Belgische recht sinds de wet van 6 juli 1994 de cessie in principe *erga omnes* tegenwerpelijk is zonder enige formaliteit, is tenslotte niet doorslaggevend. De inhoud van de IPR-verwijzingsregel mag immers niet afhankelijk zijn van de inhoud van de materieelrechtelijke regeling door de *lex fori*(114).

3. *Het recht van de woonplaats van de cedent*

33. Uit het rechtsvergelijkende overzicht is gebleken dat de nationale rechtsstelsels uit elkaar drijven in plaats van naar elkaar toe te groeien (zie *supra*, nr. 25). Door recente ontwikkelingen in wetgeving (België) en rechtspraak (Nederland) hebben een aantal landen de groeiende consensus rondom het vorderingsstatuut als verwijzingsregel de kop ingedrukt (overwegend Frankrijk, Duitsland en Engeland). Harmonisatie door een keuze voor één van beide verwijzingsregels — cessiestatuut of vorderingsstatuut — lijkt onhaalbaar(115).

Het is de vraag of geen hernieuwde inspiratie kan worden geput uit de verwijzingsregel van de genoemde Uncitral-Conventie betreffende de cessie van schuldvorderingen in de internationale handel(116). Art. 22 van de Conventie bepaalt dat „*the law of the State in which the assignor is located governs the priority of an assignee in the assigned receivable over the right of a competing claimant*”(117). Aldus wordt het zakenrechtelijk statuut van de overgedragen schuldvordering aan-

(114) M. DELIERNEUX, *l.c.*, 324; P.A. FORIERS, A.-M. STRANART en M. GREGOIRE, „La cession de créance: les principes généraux à la lumière de la loi du 6 juillet 1994”, in J.B.B. (ed.), *La cession de créance*, Brussel, 1995, 30.

(115) Analytical Commentary on the Draft Convention on the Assignment of Receivables in International Trade. Addendum, Note by the Secretary, 22 mei 2001: „*Traditionnally, priority issues have been submitted to the law of the location (lex situs) of the receivable. The traditional rule is no longer regarded as a workable or efficient rule and, in any case, there is no universal agreement on where a receivable is located. In the increasingly common case of a global assignment of present and future receivables, application of the law of the situs of the receivable fails to yield a single governing law. It also exposes prospective assignees to the burden of having to determine the notional situs of each receivable seperately. Application of the law governing the receivable or of the law chosen by the parties produces similar results.*”

(116) Voor de vindplaats en referenties: zie *supra*, vn. 3.

(117) In art. 5 (m) wordt gepreciseerd wat moet worden begrepen onder een *competing claimant*:

„*„Competing claimant” means*

- (i) *Another assignee of the same receivable from the same assignor, including a person who, by operation of law, claims a right in the assigned receivable as a result of its right in other property of the assignor, even if that receivable is not an international receivable and the assignment to that assignee is not an international agreement;*
- (ii) *A creditor of the assignor;*
- (iii) *The insolvency administrator.”*

geknoopt aan het recht van de woonplaats van de cedent(118). Uit de voorbereidende werkzaamheden blijkt dat hiervoor vooral de situatie voor ogen werd gehouden van een cessie om zekerheidsdoeleinden („fiduciaire cessie”), waar de toepassing van de wet van de woonplaats van de cedent aan deze laatste (kredietnemer) een duidelijke verwijzingsregel zou bieden. Deze regel verhindert immers, in tegenstelling tot de toepassing van het vorderingsstatuut of het recht van de woonplaats van de debiteur, dat bij „*bulk assignments*” („alle sommen cessie”), het recht moet worden onderzocht van de verschillende vorderingen die het voorwerp uitmaken van de cessie. Ongeacht de vorderingen die worden overgedragen, steeds is de tegenwerpelijkheid van de „cessie voor alle sommen” onderworpen aan één enkel rechtsstelsel(119).

34. Deze regel situeert de verhoudingen in het zwaartepunt van de erbij betrokken belangen, namelijk ten huize van de cedent(120). Alle derden aan wie de absolute werking van de cessie moet worden tegengeworpen staan in een rechtstreekse band tot de cedent: het gaat om persoonlijke schuldeisers van de cedent, om de rechtsopvolger ten bijzondere titel van de cedent (cessionaris), om de bewindvoerder over de goederen van de cedent (curator), enz. De cedent vormt de gemeenschappelijke noemer van deze rechtsverhoudingen. Rabel schreef reeds in 1964: „*Priority is a matter connected with the assignor rather than with the debtor.*”(121). En alhoewel die verschillende derden zich in velerlei landen kunnen bevinden, valt aan te nemen dat de meerderheid van hen in hetzelfde land als de cedent zal gevestigd zijn(122). Doordat de derde-belanghebbenden allen in een rechtstreekse verhouding staan tot de cedent, die vaak hun debiteur of

(118) Zie voor deze voorrangregel: M. DESCHAMPS, *l.c.*, 389-400. Het is één van de weinige bepalingen uit de Conventie die geen materieel recht bieden, maar zich beperkt tot een uniforme verwijzingsregel.

(119) „Report of the working group on international contract practices on the work of its twenty-seventh session”, Wenen, 20-31 oktober 1997: „*It was stated that such a rule could provide the level of certainty sought by financiers, thus allowing for low-cost financing on the basis of receivables assigned in bulk, if accompanied by a clear rule for the determination of the place of business of the assignor. In addition, it was observed that subjecting questions of priority to the law governing the receivable could have an adverse impact on the cost and the availability of credit, since assignees would have to examine each contract from which the receivable arose to determine the applicable law.*” Zie ook M. MOSHINSKY, *l.c.*, 611.

(120) E.-M. KIENINGER, *l.c.*, 702; X., „Multistate Accounts Receivable Financing: Conflicts in Context”, *Yale L.R.* 1958, 431: „*The assignor’s place of business not only represents an essential contact point in most of these contests, it constitutes the only rule which can practicably solve the conflicts problems they occasion.*”

(121) E. RABEL, *The Conflict of Laws A Comparative Study*, Michigan, 1964, 428.

(122) D. PARDOEL, *o.c.*, p. 189, nr. 380.

hun bijzondere rechtsvoorganger is, is diens woonplaats eenvoudiger te achterhalen dan de woonplaats van de gecedeerde debiteur, die immers verder van de belanghebbenden afstaat. Aldus vormt de woonplaats van de cedent een natuurlijk aanknopingspunt voor de zakelijke werking van de cessie(123).

Deze verwijzingsregel biedt bovendien een grote mate van rechtszekerheid aan derde-belanghebbenden(124). Aldus schrijft Krupski: „*The legal order at the location of the assignor in the case of his or her insolvency constitutes the only connecting factor that is sufficiently stable and predictable.*” (125) Een dergelijke verwijzingsregel zou rechtskeuze door de partijen uitsluiten. Dat zou meteen een belangrijk pluspunt zijn tegenover de door de wetgever voorgestane benadering, die het voor derden moeilijk maakt om het toepasselijke recht te achterhalen (zie *supra*, nr. 24). Weliswaar biedt ook de woonplaats van de gecedeerde debiteur of het vorderingsstatuut reeds een belangrijke mate van stabiliteit voor derden, maar dat is *a fortiori* het geval voor de woonplaats van de cedent aangezien deze laatste degene is met wie belanghebbenden op rechtstreekse basis handelen.

Tenslotte is deze aanknopingsfactor ook bijzonder geschikt in geval van een fiduciaire cessie van alle tegenwoordige en toekomstige vorderingen: in tegenstelling tot bij een toepassing van het cessiestatuut, is één enkel rechtsstelsel van toepassing op de overdracht van alle vorderingen, zodat dit geen belemmering hoeft te betekenen voor het internationaal kredietverkeer(126).

35. Voor de cessionaris houdt deze verwijzingsregel geen risico's in. Men kan zelfs stellen dat de belangen van de cessionaris behartigd worden door de cedent in de rechtsorde waar deze laatste gevestigd is. Immers, de kredietbehoefte van de cedent moet samenvallen met de behoefte van de cessionaris om zekerheid te verkrijgen. Bijgevolg is ook de cessionaris in eerste instantie gericht op dit rechtsstelsel(127). Ook de belangen van de gecedeerde debiteur zouden door deze verwijzingsregel gehonoreerd worden. In het meest voorkomende geval waarin de overgedragen vordering uit een kredietcontract is

(123) D. PARDOEL, *o.c.*, p. 181, nr. 361; T.H.D. STRUYCKEN, *l.c.*, 358-359.

(124) T.H.D. STRUYCKEN, *l.c.*, 359; X., *o.c.*, *Yale L.R.* 1958, 424: „*Equating situs with the assignor's home office would afford a practicable solution. [...] Predictability thus afforded, borrowers and lenders could safely conform assignments to one set of filing and substantive laws.*”

(125) J.A. KRUPSKI, *l.c.*, 746.

(126) D. PARDOEL, *o.c.*, p. 190, nr. 382; T.H.D. STRUYCKEN, *l.c.*, 359.

(127) X., *o.c.*, *Yale L.R.* 1958, 431.

ontstaan, valt de woonplaats van de cedent immers samen met het vorderingsstatuut (zie *infra*, nr. 37). Bijgevolg is de cessie vanuit het standpunt van de gecedeerde debiteur onderworpen aan hetzelfde recht als de vordering zelf, zodat hem dit op generlei wijze kan verrassen.

36. Tevens vanuit het oogpunt van rechtseenmaking lijkt een keuze voor de wet van de woonplaats van de cedent het meest optimaal. Deze verwijzingsregel kan een mogelijke basis vormen voor de harmonisatie van het nationale IPR tussen de Europese rechtstelsels. Zowel in het Franse(128), Nederlandse(129) Duitse(130) als Engelse(131) recht verklaren gezaghebbende auteurs zich voorstander van het recht van de woonplaats van de cedent. In de Amerikaanse Uniform Commercial Code bepaalt § 9-301(1) dat het recht van de woonplaats van de cedent bepalend is om aan de cessie zakelijke werking te geven („*perfection*”)(132). Ook in de Amerikaanse rechts leer wordt, met name voor de overdracht van „*account receivables*” het recht van de woonplaats van de cedent als verwijzingsregel gehanteerd voor de beslechting van rangconflicten tussen twee cessionarissen of andere zakenrechtelijke problemen(133).

Terecht schrijft Deschamps naar aanleiding van de Uncitral-Conventie dat „*the policy decision to turn away from more traditional approaches represents significant progress in the development of international commercial law and the harmonization of conflict-of-laws rules in the area of secured transactions*”(134). Een dergelijke harmonisering is niet alleen belangrijk vanuit theoretisch oogpunt, maar biedt ook rechtseconomische voordelen. Door de uniformisering van de verwijzingsregel, zou ook de rechtszekerheid van de partijen verhogen en dienovereenkomstig de economische kost van de transactie dalen.

(128) E. CASHIN-RITAINE, *o.c.*, p. 133, nr. 208; D. PARDOEL, *o.c.*, p. 190, nr. 382.

(129) H.C.F. SCHOORDIJK, *l.c.*, 284; T.H.D. STRUYCKEN, *l.c.*, 357.

(130) E.-M. KIENINGER, *l.c.*, 702-703 en 710: „*Die Untersuchung hat ergeben, daß die Verfügung über eine Forderung dem Niederlassungsrecht des Zedenten zum Zeitpunkt der jeweiligen Verfügung unterstellt werden sollte. Diese Rechtsordnung bestimmt die Wirkungen der Abtretung im Verhältnis zu Gläubigern des Zedenten und entscheidet die Frage, welcher von mehreren Zessionaren die Forderung erwirbt.*”

(131) M. MOSHINSKY, *l.c.*, 611. Zie ook R. GOODE, *o.c.*, 1128.

(132) § 9-301.

(133) Zie X., *o.c.*, *Yale L.J.* 1958, 418.

(134) M. DESCHAMPS, *l.c.*, 389. Vgl. E.-M. KIENINGER, *l.c.*, 704: „*Schließlich findet die Anknüpfung an den Sitz des Zedenten in den hier betrachteten Vertragsstaaten durchaus Unterstützung, wenngleich man sie nicht als herrschende Meinung bezeichnen kann.*”

37. Die groeiende consensus rond de woonplaats van de cedent als aanknopingsfactor voor de zakenrechtelijke aspecten van de cessie kan verklaard worden doordat de woonplaats van de cedent als verwijzingsregel immers het midden houdt tussen het vorderingsstatuut en het cessiestatuut.

Aan de ene kant is deze verwijzingsregel verwant aan de toepassing van het cessiestatuut. Bij een volwaardige (niet-fiduciaire) cessie valt het cessiestatuut samen met de woonplaats van de cedent, aangezien de cedent de kenmerkende prestatie levert (zie *supra*, nr. 4). In dat geval is het recht van de woonplaats van de cedent dus de *lex contractus* van de cessie, zij het met uitschakeling van de rechtskeuze tussen de partijen. Die uitschakeling van de rechtskeuze spoort, zoals gezegd, met de algemene regeling van het IPR-zakenrecht die rechtskeuze door de partijen verbiedt.

Aan de andere kant kan ook toepassing van het vorderingsstatuut wijzen in de richting van het recht van de woonplaats van de cedent. Behoudens rechtskeuze, zal dit recht van toepassing zijn indien de cedent de kenmerkende prestatie leverde in de overgedragen overeenkomst. In het „*quod plerumque fit*”, namelijk waarin de overgedragen schuldvordering strekt tot terugbetaling van een uitgeleende geldsom, wordt de kenmerkende prestatie verricht door de kredietverlener, d.i. de cedent, zodat het resultaat van beide verwijzingsregelen samenvalt(135).

38. Een mogelijk bezwaar tegen de toepassing van het recht van de woonplaats van de cedent, heeft betrekking op de moeilijkheden die ontstaan uit een „*conflict mobile*”. De woonplaats van de cedent kan wijzigen met alle problemen van dien. Bijvoorbeeld: A draagt een schuldvordering over aan B op een ogenblik dat hij in land X woont. Nadat hij verhuisd is naar land Y cedeert A diezelfde schuldvordering nogmaals aan C.

Dit *conflict mobile* moet op analoge wijze worden opgelost als bij lichamelijke zaken. Het ligt voor de hand om in dergelijk geval het recht te hanteren van de woonplaats van de cedent op het ogenblik van het sluiten van het cessiecontract. Heeft in ons voorbeeld B de vordering volgens het recht van X verkregen op een *erga omnes* tegenwerpelijke wijze, dan is de cedent jegens derden niet langer titularis van die vordering en kan hij deze niet meer overdragen, ook niet onder een ander rechtsstelsel.

(135) L. RUET, *o.c.*, 558-561. In dezelfde zin M. DELIERNEUX, *l.c.*, 323.

Bovendien moet opgemerkt worden dat een dergelijk bezwaar eveneens geldt tegen de andere verwijzingsregels: ook de woonplaats van de gecedeerde debiteur kan wijzigen en zelfs de *lex causae* van de overgedragen vordering kan veranderen indien partijen gebruik maken van hun contractsvrijheid.

F. Renvoi

39. Een belangrijke vraag is deze of de *lex contractus*, die door art. 145 van toepassing wordt gemaakt, ook de IPR-verwijzingsregelen omvat. Met andere woorden: laat de nieuwe regeling uit art. 145 „renvoi” toe? De tekst van de wet biedt daarover geen duidelijkheid, maar aangenomen moet worden dat renvoi in deze materie is uitgesloten. Renvoi zou de rechtsonzekerheid van de nieuwe verwijzingsregel vergroten(136). Bijgevolg zou renvoi ook de economische kost van de transactie opdrijven. De partijen zouden niet alleen rekening moeten houden met art. 145 van de nieuwe wet, maar ook het IPR van het door die regeling toepasselijk verklaarde recht moeten nagaan. Dit zijn ook de redenen waarom de Uncitral-Conventie renvoi uitsluit uit zijn verwijzingsregel(137).

G. Overgangsrecht

40. De nieuwe regeling vindt toepassing op alle cessies gesloten na de datum van inwerkingtreding, namelijk 4 september 2002(138). Zulks geldt ongeacht de datum waarop de overgedragen vordering is ontstaan. Indien de schuldvordering ontstaan is vóór deze datum maar overgedragen wordt nadien, vindt de wet toepassing(139). Omgekeerd valt de cessie die dateert van vóór 4 september 2002, maar betrekking heeft op toekomstige schuldvorderingen die pas ontstaan zijn na deze

(136) X., *o.c.*, *Yale L.R.* 1958, 440.

(137) Art. 5 (1): „„Law” means the law in force of a State other than its rules of private international law.” In de voorbereidende werkzaamheden wordt zulks als volgt verantwoord: „If the designation of the applicable law were to include the private international law rules of the law applicable, an element of uncertainty would be reintroduced. For example, the private international law rules of the assignor’s jurisdiction could point to the law of a State which is not party to the draft Convention and which has a rule referring priority issues to the law governing the receivable. The result would be that the parties would lose all the benefits of certainty and predictability art. 24 is designed to provide.” (Analytical Commentary on the draft Convention on Assignment of Receivables in international Trade. Note by the Secretariat, § 70).

(138) Art. 1 K.B. van 22 augustus 2002, *B.S.* 4 september 2002.

(139) Zie in dezelfde zin voor de bepaling uit het EVO: DICEY en MORRIS, *o.c.*, 979.

datum, niet onder deze wet. Voor deze laatste cessies blijft dus de rechtsonzekerheid heersen van vóór de inwerkingtreding.

IV. Verhouding tussen de cessionaris en de gecedeerde debiteur

41. De cessie heeft ook belangrijke gevolgen in de verhouding tot de debiteur, aangezien die geconfronteerd wordt met een nieuwe schuldeiser. De gevolgen van de cessie voor de gecedeerde debiteur zijn luidens art. 12, lid 2 EVO onderworpen aan het recht dat de gecedeerde vordering beheerst („*vorderingsstatuut*”). De achterliggende gedachte is dat de positie van de gecedeerde debiteur niet mag worden aangetast door de wijziging van de crediteur, behoudens de wijzigingen waarin het op de vordering toepasselijke recht zelf voorziet(140). Indien het gaat om een cessie van een contractuele schuldvordering, is derhalve de *lex contractus* van toepassing. Gaat het om de cessie van een vordering uit onrechtmatige daad, dan wordt de verhouding tot de gecedeerde schuldenaar derhalve beheerst door het recht van de plaats waar de onrechtmatige daad werd verricht (*lex loco delicti*).

42. Het recht toepasselijk op de gecedeerde vordering bepaalt alle maatregelen die tot doel hebben om de gecedeerde debiteur te beschermen, met name welke formaliteiten de cessionaris moet naleven om de cessie tegenwerpelijk te maken aan de gecedeerde debiteur en onder welke voorwaarden de gecedeerde debiteur bevrijdend kan blijven betalen aan de cedent. Is de gecedeerde vordering onderworpen aan het Belgische recht, dan moet men derhalve art. 1690, tweede lid B.W. toepassen(141).

Er kunnen omvangrijke coördinatieproblemen rijzen tussen art. 145 van de nieuwe wet en art. 12, lid 2 EVO. Daarbij moet art. 12, lid 2 EVO beschouwd worden als uitzondering op het beginsel dat de werking van de cessie jegens derden bepaald wordt door het cessiestatuut. Bijgevolg moet art. 12, lid 2 EVO beperkt worden tot die bepalingen van het vorderingsstatuut die de bescherming van de debiteur voor ogen hebben. Nemen we volgend voorbeeld: A, die woonachtig is in Duitsland, heeft een vordering op B die onderworpen is aan het Nederlandse recht. A cedeert die vordering aan zijn Duitse

(140) D. EINSELE, *l.c.*, 431; M. MOSHINSKY, *l.c.*, 618; Y. LOUSSOUARN en P. BOUREL, *o.c.*, nr. 425; A. SINAY-CYTERMANN, *l.c.*, 36.

(141) Voor een toepassing: Kh. Hasselt 9 november 1999, *A.J.T.* 1999-00, 507.

bank C tot zekerheid van een krediet dat deze laatste heeft toegestaan. Volgens Steffens kan B zich van zijn kant verweren tegen een betaaling aanspraak van C met een beroep op het fiducia-verbod (art. 3:84, derde lid N.B.W.). Aan de andere kant kunnen de schuldeisers van B van hun kant geen beslag meer leggen op de vordering B-C, aangezien die naar Duits recht *erga omnes* uit het vermogen van B is verdwenen. Deze zienswijze moet worden tegengesproken: het fiducia-verbod heeft niet de bescherming van de gecedeerde debiteur tot doel en komt bijgevolg niet in het vizier onder toepassing van art. 12, lid 2 EVO(142). Bijgevolg is C, ondanks het fiducia-verbod in het vorderingsstatuut, gehouden tot betaling aan de zekerheidscessionaris.

43. Meer in het algemeen wordt de vraag welke verweermiddelen de gecedeerde debiteur kan laten gelden jegens de cessionaris, beheerst door de *lex causae* van de overgedragen vordering(143). Aldus zal de cessie van een vordering onderworpen aan het Belgische recht tot gevolg hebben dat betalingen aan of rechtshandelingen met de cedent door de schuldenaar te goeder trouw tegenwerpelijk blijven aan de cessionaris tot op het ogenblik van de kennisgeving (art. 1691 B.W.). In dezelfde zin zal een betaling te goeder trouw aan de schuldeisers van de cedent de gecedeerde schuldenaar bevrijden (art. 1690, vierde lid B.W.). Is de gecedeerde vordering echter onderworpen aan een ander rechtsstelsel, dan blijven artt. 1690-1691 B.W. buiten toepassing, ook al is de cessie onderworpen aan Belgisch recht. Betreft het bijvoorbeeld een Engelse vordering, dan kan de gecedeerde debiteur alle verweermiddelen inroepen die ontstaan zijn in zijn verhouding tot de cedent vooraleer de cessionaris kennis heeft gegeven van de cessie(144).

Zulks geldt ook voor schuldvorderingen die geïncorporeerd zijn in een waardepapier. Zo wordt de vraag naar de abstractie in de verhouding tot de schuldenaar beheerst door het vorderingstatuut, d.i. het recht waaronder het waardepapier is tot stand gebracht. Indien bijvoorbeeld de eigenaar van buitenlandse titels aan toonder verzet doet tegen de onvrijwillige buitenbezitstelling van die titels, blijft de Wet van 24 juli 1921 buiten toepassing. In beginsel valt de *lex causae* in dat geval

(142) E.-M. KIENINGER, *l.c.*, 707; zie evenwel L.F.A. STEFFENS, *l.c.*, 214. Een analoog probleem rijst ook indien men het recht van de woonplaats van de cedent of van de gecedeerde debiteur als verwijzingsregel hanteert.

(143) G. VAN HAEGENBORGH, *l.c.*, p. 171, nr. 271.

(144) R. GOODE, *Legal Problems of Credit and Security*, Londen, Sweet and Maxwell, 1988, 165-167.

samen met de *lex societatis* van de uitgevende instelling(145). Het gaat immers om de vraag naar de tegenwerpelijkheid van de positie van de nieuwe schuldeiser aan de gecedeerde debiteur(146). Aangezien art. 145 geen betrekking heeft op de verhouding tot de gecedeerde schuldenaar, kan deze aanknoping naar de toekomst gehandhaafd blijven.

Wel moet rekening gehouden worden met bijzondere verdragsrechtelijke bepalingen voor bepaalde instrumenten: de verplichtingen van de acceptant van een wisselbrief en van de ondertekenaar van een orderbrief worden bepaald door de wet van de plaats van betaalbaarstelling(147). De verbintenissen die voor de ondertekenaar voortvloeien uit een cheque worden beheerst door de wet van de plaats van de ondertekening(148).

44. Deze regel beheerst ook de vraag of een schuldvordering vatbaar is voor cessie (art. 12, lid 2 EVO). Zulks is te verklaren door het feit dat de onoverdraagbaarheid van een vordering een beperking inhoudt van het beschikkingsrecht over die vordering en derhalve raakt aan de eigendomsbevoegdheden over die vordering. Derhalve houdt deze vraag verband met het zakelijk statuut van de vordering. Bovendien biedt deze aanknopingsfactor de beste bescherming aan de gecedeerde schuldenaar. In die gevallen waarin de onoverdraagbaarheid van de schuldvordering zou strekken tot bescherming van de gecedeerde schuldenaar, zou de positie van deze laatste in het gedrang komen indien men toch het cessiestatuut zou toepassen voor de bepaling van de overdraagbaarheid, aangezien de debiteur toepassing van het cessiestatuut niet kan voorzien. Daarom is het vorderingsstatuut de enige mogelijke aanknopingsfactor(149).

Aldus bepaalt het vorderingsstatuut of er wettelijke overdrachtsbeperkingen zijn verbonden aan de vordering(150). Zoals een derde een schuldvordering in het vermogen van zijn schuldenaar moet nemen zoals hij ze aantreft (met inherente beperkingen), zo moet men ze op grond van art. 12, lid 2 EVO ook nemen met de nationaliteit waaronder ze is ontstaan(151). Aldus worden inherente beperkingen niet

(145) Brussel 12 juni 1996, *T.R.V.* 1997, 409, noot P. VANDEPITTE en de referenties in vn. 17. In het Franse recht: Cass. fr. 17 oktober 1972, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1973, 520, noot H. BATTIFOL.

(146) M.E. STORME, *l.c.*, p. 807, nr. 171.

(147) Art. 4, lid 1 Verdrag van Genève van 7 juni 1930.

(148) Art. 5 van het Verdrag van Genève van 19 maart 1931.

(149) D. PARDOEL, *o.c.*, p. 222, nr. 437.

(150) D. PARDOEL, *o.c.*, p. 223, nr. 439.

(151) Deze beeldspraak is afkomstig van M.E. STORME, *l.c.*, p. 806, nr. 168.

weggevlakt bij grensoverschrijdende situaties. Zo zal de overgang van een loonvordering die onderworpen is aan Belgisch recht slechts mogelijk zijn onder de voorwaarden van art. 1409 e.v. Ger. W., ongeacht de woonplaats van de cedent en cessionaris. Het gaat om een politiewet die derhalve niet kan worden uitgeschakeld indien de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht op Belgisch grondgebied(152). Ook zal de *lex causae* van de over te dragen vordering bepalen of een conventioneel cessieverbod geldig is en in voorkomend geval zakelijke werking heeft. Stel: een schuldeiser cedeert zijn schuldvordering in strijd met een conventioneel cessieverbod. Indien de overgedragen vordering het Belgische recht als *lex causae* had, is de cessie geldig en is de cessionaris de nieuwe schuldeiser geworden, aangezien het Belgische recht geen zakelijke werking toekent aan een beschikkingsverbod. Enkel de aansprakelijkheid van de cedent zal in het gedrang zijn, en zo mogelijk kan de cessionaris aansprakelijk worden gesteld op grond van derde-medeplichtigheid. Is de overgedragen vordering echter onderworpen aan het Duitse recht, dan vindt geen geldige overdracht plaats (§ 399 B.G.B.).

Hoger hebben we reeds aangeduid dat de vraag naar de mogelijkheid om toekomstige schuldvorderingen te cederen aan de zakenrechtelijke aspecten van de cessie aangeknoopt wordt (zie *supra*, nr. 15).

45. De combinatie van art. 12, lid 2 EVO met art. 145 van de Wet van 2 augustus 2002 is bijzonder problematisch. Opnieuw kunnen we dit aanduiden met een voorbeeld. Stel dat een Belgische vennootschap (A) een vordering, die onderworpen is aan het Duitse recht, heeft op een Duitse vennootschap B. A cedeert de vordering achtereenvolgens aan C en D, twee Belgische banken. Die beide cessies zijn onderworpen aan Belgisch recht. D gaat als eerste over tot mededeling van de cessie aan B. De voorwaarden waaronder B bevrijdend kan betalen moeten op grond van art. 12, lid 2 EVO afgeleid worden uit het Duitse recht (vorderingsstatuut). *In casu* leidt dat ertoe dat B niet bevrijdend kan betalen aan D indien hij intussen ook reeds kennis heeft van de overdracht aan C (§ 408 B.G.B.). De zakenrechtelijke gevolgen worden echter beheerst door het Belgische recht (cessiestatuut) op grond van art. 145. Volgens het Belgische recht heeft D voorrang op C omdat hij als eerste tot kennisgeving overging (art. 1690, derde lid B.W.), zodat D gerechtigd is op betaling vanwege B. D is dus *erga omnes* gerechtigd op de schuldvordering, maar kan toch geen

(152) G. VAN HAEGENBORGH, *l.c.*, p. 170, nr. 268.

betaling verkrijgen vanwege de schuldenaar. De zakenrechtelijke voorrang van D tegen B komt op gespannen voet met het vorderingsstatuut dat aan D een betalingsverbod oplegt.

V. Conclusie

46. De wetgever heeft door art. 145 van de Wet van 2 augustus 2002 een nieuwe verwijzingsregel ingevoerd ter bepaling van de zakenrechtelijke gevolgen van een grensoverschrijdende cessie, nl. de *lex contractus* van de cessie (cessiestatuut). Daarmee heeft de wetgever formeel een duidelijke verwijzingsregel tot stand gebracht, maar dat is dan ook het enige positieve gevolg van de nieuwe regeling⁽¹⁵³⁾. De nieuwe regeling werd opgenomen als één van de slotbepalingen van een wet waarin ze eigenlijk niet thuishoort. Indien de wetgever de nieuwe regeling al niet bewust op occulte wijze heeft willen invoeren, getuigt ze alleszins van een gebrek aan doorzichtigheid en van overzicht in de wetgevingstechniek.

Allicht moest deze weinig transparante manier van werken het inhoudelijk weinig doordachte karakter van de nieuwe regeling verhehlen. Van de vier mogelijke opties die openstaan voor de zakenrechtelijke werking van een grensoverschrijdende cessie is deze gekozen die vanuit praktisch oogpunt tot de meeste rechtsonzekerheid aanleiding geeft. Een eenvoudige blik op de gevolgen van het analoge Hansa-arrest in Nederland had de wetgever kunnen behoeden voor de invoering van een dergelijke verwijzingsregel. Bovendien heeft de wetgever opnieuw „*cavalier seul*” gespeeld in een materie die bij uitstek noopt tot een uniforme regelgeving over de Staten heen. De jarenlange arbeid ter voorbereiding van de Uncitral-Conventie — die het recht van de woonplaats van de cedent als verwijzingsregel hanteert — werd daarbij miskend, voor zover deze de wetgever al bekend was bij de schijnbaar summiere voorbereiding van deze nieuwe regeling. Nochtans biedt deze Conventie een evenwichtige regeling die een gemene deler vormt tussen de nationale verwijzingsregels van de verschillende lidstaten, namelijk toepassing van het recht van de woonplaats van de cedent.

Tenslotte kunnen we ons niet van de indruk ontdoen dat de Belgische wetgever door de invoering van deze verwijzingsregel gehoor geeft

(153) Zie evenwel voor een positieve bespreking W. VAN LEMBERGEN, *l.c.*, p. 156, nr. 54 e.v.

aan de druk van de banksector die de negatieve gevolgen ondervindt van het fiducia-verbod in het Belgische recht. Door te kiezen voor een buitenlands rechtsstelsel dat op de zekerheidscessie van toepassing is, bijvoorbeeld het Duitse recht, kan deze rechtspraak nu eenvoudig omzeild worden. Het is maar de vraag of het internationaal privaatrecht hier niet op oneigenlijke wijze gebruikt wordt, om de gevolgen van een ondoelmatige regeling uit het interne recht te omzeilen.