Fiche 3: verordening toepasselijk recht derdenwerking van grensoverschrijdende cessie

1. Algemene gegevens

a) Titel voorstel
Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende het recht dat van toepassing is op de derdenwerking van de cessie van vorderingen

b) Datum ontvangst Commissiedocument
12 maart 2018

c) Nr. Commissiedocument
COM(2018) 96

d) EUR-Lex
http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0096&rid=1

e) Nr. impact assessment Commissie en Opinie Raad voor Regelgevingstoetsing
SWD(2018) 52 en SWD(2018) 53

f) Behandelingstraject Raad
Raad Justitie en Binnenlandse Zaken

g) Eerstverantwoordelijk ministerie
Ministerie van Justitie en Veiligheid

h) Rechtsbasis
Artikel 81 lid 2 onderdeel c van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)

i) Besluitvormingsprocedure Raad
Gewone wetgevingsprocedure: gekwalificeerde meerderheid in de Raad

j) Rol Europees Parlement
Gewone wetgevingsprocedure: medebeslissing door het Parlement

2. Essentie voorstel

a) Inhoud voorstel
Het voorstel maakt onderdeel uit het *Action Plan on Capital Markets Union*, dat als doel heeft te zorgen voor een sterkere Europese economie en het stimuleren van grensoverschrijdende investeringen. Meer specifiek zijn de conflictregels in het voorstel erop gericht het aantal grensoverschrijdende transacties waar cessie onderdeel van uitmaakt te vergroten door het

creëren van rechtszekerheid. Conflictregels zijn regels die bepalen welk recht van toepassing is in grensoverschrijdende situaties, als meerdere rechtsstelsels van toepassing zouden kunnen zijn.

Cessie is overdracht van vorderingen. Als bijvoorbeeld een tandarts (de 'cedent') de vorderingen op zijn klanten overdraagt aan een factormaatschappij (de 'cessionaris') die de vorderingen bij de klanten gaat innen, bestaat er een rechtsverhouding met drie partijen (de tandarts, de klanten en de factormaatschappij). De transactie wordt factoring genoemd en heeft als voordeel voor de tandarts dat hij door het overdragen van de vorderingen gelijk kan beschikken over het geld dat hij daarvoor krijgt (voor bijvoorbeeld investeringen) terwijl hij anders had moeten wachten op het verstrijken van de betalingstermijn die geldt voor zijn klanten.

Voor een schuldeiser van de tandarts – bijvoorbeeld een bank die een lening heeft verstrekt – is het van belang om te weten of de tandarts de vorderingen op geldige wijze heeft overgedragen aan de factormaatschappij ('derdenwerking'). Is dat niet zo, dan kan de bank zich voor schulden van de tandarts aan de bank verhalen op de vorderingen van de tandarts. Als de tandarts, zijn klanten en de factormaatschappij in verschillende lidstaten gevestigd zijn, is het de vraag naar welk recht de bank kan beoordelen of de overdracht van de vorderingen geldig is. Daarvoor zijn drie gangbare aanknopingspunten en op dit moment verschilt per lidstaat welke wordt gebruikt. De aanknopingspunten zijn:

(1) het recht dat van toepassing is op de overeenkomst van cessie tussen de cedent en de cessionaris,
(2) het recht dat van toepassing is op de vordering die wordt overgedragen en
(3) het recht van de woonplaats van de cedent.

Cessie wordt veel gebruikt door beroepsbeoefenaren, zoals tandartsen. Maar cessie is ook een belangrijk instrument in de financiële wereld. Daar gaat het om cessie van grote aantallen vorderingen tegelijk tussen financiële instellingen, ter waarde van miljoenen euro's. Die cessies zijn vaak onderdeel van grotere transacties met instellingen uit verschillende landen, waarbij geld wordt uitgeleend en cessie of verpanding in ruil daarvoor als zekerheid wordt gebruikt ("collateralisation"). Ook bij securitisaties worden grote aantallen vorderingen (vaak hypotheekvorderingen) overgedragen door banken aan speciaal daarvoor opgerichte bedrijven. Het worden daardoor verhandelbare effecten ('securities') en het doel ervan is vergelijkbaar met het eerder beschreven factoring: de waarde van vorderingen direct realiseren zonder aflossing af te wachten.

Het voorstel harmoniseert de regels voor de geldigheid van een cessie en wijst het recht van de woonplaats van de cedent aan als toepasselijk recht, nummer (3) hiervoor. Dat betekent dat de vraag in het voorbeeld naar de geldigheid (jegens de bank) van de overdracht van de vordering wordt beantwoord naar het recht van het land waar de tandarts gevestigd is. De geldigheid van de cessie gaat over de goederenrechtelijke werking ervan, namelijk de werking

jegens eenieder en niet alleen *tussen partijen* (dat zijn de contractuele aspecten). Er zijn ook andere aspecten bij een cessie, zoals aan wie de schuldenaar van de vordering geldig kan betalen. Die aspecten zijn al Europees geregeld in de verordening Rome I (artikel 14).

Het voorstel bevat afzonderlijke regels voor de geldigheid van transacties ten aanzien van tegoeden op een bankrekening en derivaten, waarop het recht van toepassing is dat de overgedragen vordering beheerst (nummer (2) hierboven). Ook voor securitisaties geldt een uitzondering, daar hebben partijen een *beperkte rechtskeuze* voor het recht dat van toepassing is op de overgedragen vordering.

De verordening heeft universele werking, wat betekent dat het recht dat op grond van de verordening toepasselijk is, ook geldt als dat niet het recht is van een lidstaat.
Wanneer is vastgesteld welk recht van toepassing is op de derdenwerking van de cessie, dient naar dat toepasselijk recht te worden gekeken voor (onder andere) de volgende vragen:

a. aan welke vereisten moet worden voldaan voor geldigheid van de cessie jegens derden, anders dan de debiteur van de vordering (denk aan registratie of publicatie)?
b. welke cessionaris voorrang heeft ten aanzien van een vordering die meerdere keren overgedragen is?
c. heeft de cessionaris voorrang jegens (andere) crediteuren van de cedent?

Het voorstel moet zorgen voor meer rechtszekerheid en zo het aantal grensoverschrijdende transacties waar een cessie onderdeel van uitmaakt (denk aan factoring en securitisaties) vergroten.

b) Impact assessment Commissie

De Commissie is van mening dat het hiervoor geschetste probleem (rechtsonzekerheid over het recht dat van toepassing is op de derdenwerking van grensoverschrijdende cessie) kan worden verholpen door invoering van één conflictregel voor alle lidstaten. Daarmee wordt het risico op verliezen en hoge kosten voor iedere transactie verkleind, zodat het voor bedrijven makkelijker en goedkoper wordt om financiering aan te trekken door middel van factoring of securitisaties. Daarom wordt gekozen voor harmonisering van de conflictregels die door verschillende lidstaten worden gehanteerd.

Over de vraag welke conflictregel van toepassing moet zijn, zijn de lidstaten verdeeld. Nederland is voorstander van een conflictregel gebaseerd op het recht dat van toepassing is tussen de cedent en de cessionaris. De meeste andere lidstaten lijken echter een voorkeur te hebben voor het recht dat van toepassing is op de gecedeerde vordering of het recht van de woonplaats van de cedent. In een consultatie daarover was volgens de Europese Commissie 57% van de stakeholders voorstander van het recht van de woonplaats van de cedent (de tandarts in het voorbeeld), tegenover 43% voor het recht dat van toepassing is op de vordering die wordt overgedragen, in het voorbeeld is dat het recht dat van toepassing is op

de vordering tussen de tandarts en zijn klant. Hierbij wordt opgemerkt dat de stakeholders voornamelijk factormaatschappijen waren. Slechts vijf van de 28 lidstaten, waarvan Nederland er één was, hebben gereageerd op de consultatie. Nederland heeft in de reactie op de consultatie een voorkeur uitgesproken voor het recht dat van toepassing is op de overeenkomst tussen cedent en cessionaris (de tandarts en de factormaatschappij uit het voorbeeld).

Op basis van de consultatie en een in opdracht van de Europese Commissie uitgevoerd onderzoek concludeert de Europese Commissie dat er de meeste steun is voor het voorliggende voorstel: als hoofdregel geldt het recht van de woonplaats van de cedent als toepasselijk recht op de derdenwerking van grensoverschrijdende cessie, met uitzonderingen voor tegoeden op bankrekeningen, derivaten en securitisaties.

De Commissie verwacht dat het voorstel geen negatieve economische of sociale effecten zal hebben en ook niet nadelig zal zijn voor het milieu. Voor gebruikers (banken, bedrijven) zal het voorstel mogelijk tot eenmalige kosten leiden omdat modelcontracten moeten worden aangepast. Voor nationale overheden worden geen significante kosten verwacht.

3. Nederlandse positie ten aanzien van het voorstel

a) Essentie Nederlands beleid op dit terrein

De Rome I-verordening[1] regelt dat de betrekkingen tussen de cedent (tandarts) en de cessionaris (factormaatschappij) worden beheerst door het recht dat van toepassing is op het contract tussen hen (nummer (1) hierboven). Dat geldt ook voor de goederenrechtelijke aspecten en dus voor de vraag of de cessie geldig is *tussen de tandarts en de factormaatschappij*.

In Nederland is het gebruikelijk dat ook de goederenrechtelijke aspecten ten aanzien van derden (zoals de bank in het voorbeeld) worden beheerst door het recht van toepassing is op de overeenkomst van cessie tussen de tandarts en de factormaatschappij (nummer (1) hierboven). Ook de vraag of de overdracht van de vordering geldig is *tegenover de bank* wordt dus beantwoord naar het recht dat van toepassing is op de vordering tussen de tandarts en de factormaatschappij.

De Rome I-verordening regelt daarnaast dat tegenover de debiteur van de overgedragen vordering (de klant van de tandarts) het recht van toepassing is dat ook van toepassing is op de overgedragen vordering (nummer (2) hierboven). Dat geldt dus ook voor de vraag of de cessie geldig is *tegenover de klant*.

Nederland maakt geen gebruik van het recht van de woonplaats van de tandarts (nummer (3) hiervoor) als aanknopingspunt voor het bepalen van het toepasselijk recht.

[1] Verordening (EG) nr. 593/2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst.

b) *Beoordeling + inzet ten aanzien van dit voorstel*

Nederland deelt de doelstelling van het nemen van maatregelen op Europees niveau voor toepasselijk recht op grensoverschrijdende cessie. Nederland heeft echter wel bezwaren tegen de door de Commissie gekozen conflictregel en, meer algemeen, de invulling van het voorstel:

1. Het aanknopingspunt dat de Commissie voorstelt (woonplaats cedent) vormt het derde aanknopingspunt dat bij elke internationale cessie in acht moet worden genomen. Op de goederenrechtelijke verhoudingen tussen de cedent en de cessionaris (tandarts en factormaatschappij) is het recht op de overeenkomst tussen hen van toepassing (conform artikel 14 lid 1 in samenhang met overweging 38 van de Rome I-verordening). Ten aanzien van de bescherming van de debiteur van de overgedragen vordering (de klant van de tandarts) is, conform artikel 14 lid 2 van de Rome I-verordening, het recht van de overgedragen vordering van toepassing. Daar zou, op grond van het voorliggende voorstel, het recht van de woonplaats van de cedent aan worden toegevoegd voor de goederenrechtelijke aspecten jegens een derde (de bank). Dat maakt een grensoverschrijdende cessie niet eenvoudiger zoals de Commissie stelt, maar ingewikkelder en dus duurder.

2. Een overdracht van vorderingen kan onderdeel uitmaken van verschillende transacties, denk aan securitisaties en factoring. Daarnaast zijn er verschillende soorten vorderingen die kunnen worden overgedragen, zoals tegoeden op een bankrekening (in feite een vordering van de rekeninghouder op de bank) maar ook een vordering van een bank die een lening heeft verstrekt aan een klant of een tandarts die diensten heeft verricht voor een klant. De Commissie stelt voor al deze verschillende transacties andere aanknopingspunten voor. De hoofdregel (woonplaats cedent) geldt alleen voor cessie in het kader van factoring en de situatie dat vorderingen worden overdragen als zekerheid (in Nederland kan dat laatste niet, maar geldt het pandrecht als vergelijkbare figuur). Voor overdracht van tegoeden op bankrekeningen en derivaten is jegens derden het recht van toepassing dat op de vordering van toepassing is (het recht dat van toepassing is op de overeenkomst tussen de bank en de rekeninghouder). Voor securitisaties kunnen partijen bovendien kiezen voor toepasselijkheid van het recht dat de overgedragen vordering beheerst. Doen partijen dat niet, dan is het recht van de woonplaats van de cedent van toepassing. Deze veelheid aan uitzonderingen maakt het bestaande systeem gecompliceerder en daarmee duurder.

3. Het voorstel regelt alleen het toepasselijk recht op de *derdenwerking* van grensoverschrijdende cessie. De goederenrechtelijke aspecten zijn echter ruimer dan dat. Hiervoor werd al beschreven dat goederenrechtelijke werking gaat over rechten die jegens *eenieder* gelden, denk aan de eigenaar van een auto die zich jegens iedereen kan beroepen op zijn eigendomsrecht niet alleen jegens de persoon van wie hij de auto kocht. Het zou dan ook de voorkeur hebben als op *alle goederenrechtelijke aspecten* van grensoverschrijdende cessie hetzelfde recht van toepassing zou zijn. Dan valt bijvoorbeeld ook de geldigheid van de cessie tussen cedent en cessionaris onder deze regel. Vanuit Nederlands rechtelijk perspectief gaan goederenrechtelijke aspecten altijd over de werking tegenover iedereen. Het Nederlandse

recht kent geen splitsing van de goederenrechtelijke aspecten die afhankelijk is van de verhouding waarin de goederenrechtelijke vraag speelt (bijv. tussen cedent en cessionaris of tegenover een derde). Zo'n splitsing is ook onwenselijk. Het is uiterst onhandig als naar het recht dat tussen cedent en cessionaris geldt, de cessie *niet* geldig is, maar naar het recht dat geldt tegenover derden, zoals een schuldeiser van de cessionaris, de cessie *wel* geldig is. In dat geval kan de schuldeiser immers van de cessionaris eisen dat de vordering aan hem tot zekerheid wordt overgedragen omdat de cessionaris *ten aanzien van die schuldeiser* rechthebbende is geworden van de vordering door de overdracht tussen de cedent en de cessionaris. De cessionaris kan daarentegen de vordering niet tot zekerheid overdragen aan zijn schuldeiser omdat de vordering nooit geldig van de cedent op hem is overgegaan.

Hiervoor werd al aangegeven dat de eerste voorkeur van Nederland het recht is dat van toepassing is tussen de cedent en de cessionaris. Bij eerdere bijeenkomsten met de Commissie is echter gebleken dat dat geen haalbare kaart is. Omdat het door de Commissie voorgestelde recht van de woonplaats van de cedent niet werkbaar is om de hiervoor genoemde redenen, is de inzet tijdens de onderhandelingen om genoeg lidstaten mee te krijgen en op die manier het recht dat van toepassing is op de overgedragen vordering te introduceren als hoofdregel voor de goederenrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende cessie. Dit is een wijziging van de huidige Nederlandse regel. Maar deze wijziging zorgt ervoor dat er nog steeds een praktisch werkbare situatie is zonder onnodige extra kosten en administratie van transacties. Voor alle transacties behalve overdracht van tegoeden op bankrekeningen zou daaraan kunnen worden toegevoegd een beperkte rechtskeuze voor het recht van de woonplaats van de cedent. Dat zou het systeem daadwerkelijk vereenvoudigen en leiden tot meer rechtszekerheid.

c) *Eerste inschatting van krachtenveld*

Bij eerdere consultaties en besprekingen over dit onderwerp heeft een aantal lidstaten een voorkeur uitgesproken voor het nemen van maatregelen op Europees niveau. De oorspronkelijke voorkeur van Nederland voor een regel overeenkomstig het huidig recht, nl. het recht dat van toepassing is op de overeenkomst tussen de cedent en de cessionaris, wordt slechts door een enkele lidstaat gedeeld. Over de andere opties bestaat verdeeldheid binnen de lidstaten. Een aantal lidstaten zal zijn positie nader bepalen naar aanleiding van het voorstel en de eerste besprekingen daarover.

4. Beoordeling bevoegdheid, subsidiariteit en proportionaliteit

a) *Bevoegdheid*

De Commissie voert als basis voor deze verordening artikel 81 lid 2 onderdeel c VWEU aan. Dat artikel maakt maatregelen mogelijk ten aanzien van "de verenigbaarheid van de in de lidstaten geldende regels voor collisie en jurisdictiegeschillen". Nederland kan zich vinden in deze rechtsgrondslag, daar het huidige voorstel beoogt de conflictregels voor derdenwerking van grensoverschrijdende cessie te harmoniseren.

b) *Subsidiariteit*

De subsidiariteit wordt als positief beoordeeld. Om grensoverschrijdende cessie te vergemakkelijken en bedrijven in staat te stellen (buitenlandse) financiering aan te trekken zijn maatregelen op Europees niveau vereist.

c) *Proportionaliteit*

De beoordeling van de proportionaliteit van het voorstel is negatief. Nederland kan zich vinden in de keuze voor een verordening, maar is van mening dat de voorgestelde regels niet zullen bijdragen aan het gestelde doel om grensoverschrijdende cessie te vergemakkelijken en rechtszekerheid te creëren. Het voorstel sluit niet goed aan bij de regels uit Rome I en de verwachting is dat de rechtszekerheid zal afnemen of gelijk blijven. Zoals bij de beoordeling van het voorstel is weergegeven, is een andere hoofdregel (recht van de gecedeerde vordering) passender om het doel van de verordening te verwezenlijken.

5. Financiële implicaties, gevolgen voor regeldruk en administratieve lasten

a) *Consequenties EU-begroting*

Het voorstel heeft geen consequenties voor de EU-begroting.

b) *Financiële consequenties (incl. personele) voor rijksoverheid en/ of decentrale overheden*

Het voorstel heeft geen significante financiële consequenties voor nationale overheden. Eventuele budgettaire gevolgen worden ingepast op de begroting van de beleidsverantwoordelijke departementen, conform de regels van de budgetdiscipline.

c) *Financiële consequenties (incl. personele) voor bedrijfsleven en burger*

Het voorstel heeft financiële consequenties voor het bedrijfsleven (banken, bedrijven). Mogelijk zullen eenmalige kosten gemaakt moeten worden omdat modelcontracten moeten worden aangepast. Het voorstel heeft daarnaast mogelijk negatieve gevolgen voor de kosten van internationale financiële transacties. Nederlandse bedrijven en dienstverleners zijn betrokken bij grote aantallen van dit soort transacties. Zij vertegenwoordigen een grote financiële waarden. Een complexer systeem maakt internationale cessies duurder. Het maakt Nederland minder aantrekkelijk als land van waaruit deze transacties worden gedaan of gecoördineerd. Dit levert een mogelijk concurrentienadeel op ten opzichte van andere landen buiten de Europese Unie.

d) *Gevolgen voor regeldruk/administratieve lasten voor rijksoverheid, decentrale overheden, bedrijfsleven en burger*

Het voorstel heeft geen gevolgen voor de regeldruk/administratieve lasten.

e) *Gevolgen voor concurrentiekracht*

Als het makkelijker wordt om (buitenlandse) financiering aan te trekken is de verwachting van de Commissie dat het voorstel, met uitzondering van de eenmalig te maken kosten, een positief effect zal hebben op de concurrentiekracht van bedrijven. De vraag is of dat in de huidige vorm het geval zal zijn omdat niet wordt verwacht dat de rechtszekerheid en het gemak waarmee vorderingen worden overgedragen zullen toenemen zoals geschetst onder c hierboven.

6. Implicaties juridisch

a) *Consequenties voor nationale en decentrale regelgeving en/of sanctionering beleid (inclusief toepassing van de lex silencio positivo)*

De verordening is rechtstreeks van toepassing in de lidstaten. Mogelijk zal aanpassing van de artikelen over overdracht van vorderingen in Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek (Internationaal privaatrecht) nodig zijn.

b) *Gedelegeerde en/of uitvoeringshandelingen, incl. NL-beoordeling daarvan*

De verordening bevat geen bepalingen die de Europese Commissie de bevoegdheid geven om gedelegeerde en/of uitvoeringshandelingen vast te stellen.

c) *Voorgestelde implementatietermijn (bij richtlijnen), dan wel voorgestelde datum inwerkingtreding (bij verordeningen en besluiten) met commentaar t.a.v. haalbaarheid*

De verordening is achttien maanden na de inwerkingtreding van toepassing in de lidstaten. De inwerkingtreding wordt voorzien op de twintigste dag na officiële publicatie. Nederland acht deze termijn haalbaar.

d) *Wenselijkheid evaluatie-/horizonbepaling*

Artikel 13 van de verordening bepaalt dat de Europese Commissie na vijf jaar nadat de verordening van toepassing is geworden een evaluatierapport over de toepassing van de verordening zal indienen. Nederland kan zich vinden in een evaluatie van de toepassing van de verordening.

7. Implicaties voor uitvoering en/of handhaving

n.v.t.

8. Implicaties voor ontwikkelingslanden

n.v.t.