

Memorandum

AAN Ministerie van Justitie en Veiligheid
VAN M.H.E. Rongen
M.G. van 't Westeinde
DATUM 8 augustus 2018
BETREFT Consultatie Wet opheffing verpandingsverboden

I Inleiding

In dit memo wordt ingegaan op het Voorontwerp van wet tot wijziging van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het opheffen van bedingen in het handelsverkeer die de overdraagbaarheid of verpanding van geldvorderingen op naam voor financieringsdoeleinden uitsluiten (de Wet opheffing verpandingsverboden). Allereerst wordt het voorstel tot aanpassing van art. 3:83 lid 2 BW besproken (§ II). Daarna komt het voorstel tot aanpassing van de artikelen 3:94 en 3:239 BW aan bod (§ III), gevolgd door een bespreking van het overgangsrecht (§ IV). Tot slot wordt een overzicht gegeven van de aanbevelingen (§ V).

II Het voorstel tot aanpassing van art. 3:83 lid 2 BW

1. Het wetsvoorstel dient niet te worden beperkt tot een cessie of verpanding van geldvorderingen “voor financieringsdoeleinden”. Het vereiste van een financieringsdoel dient te worden geschrapt. Het begrip “financieringsdoeleinden” heeft geen duidelijke (strak omlijnde) juridische betekenis en leidt daardoor tot (potentieel grote) rechtsonzekerheid ten aanzien van de afbakening van cessies/verpandingen met en zonder een financieringsdoel. Het begrip roept tal van vragen op waarvan de beantwoording niet steeds (op voorhand) duidelijk is.
 - (a) Kan worden aangenomen dat een verpanding naar haar aard, vanwege haar zekerheidsfunctie, een financieringsdoeleinde heeft? Een bevestigende beantwoording zou de facto betekenen dat een verpanding van (zakelijke) geldvorderingen niet krachtens beding tussen schuldenaar en schuldeiser kan worden uitgesloten. Zekerheidsverschaffing hoeft echter niet gepaard te gaan met het verschaffen van liquide middelen (een financiering). Is wellicht doorslaggevend of de door het pandrecht gecureerde vordering voortvloeit of samenhangt met een krediet- of financieringsverhouding? En zo ja, wanneer is dan sprake van een krediet- of financieringsverhouding (zie ook onder (d), (e) en (g))?
 - (b) Is vereist dat de waarde van de te cederen of verpanden vorderingen liquide wordt gemaakt (zoals in een *asset-based lending* transactie) of is al voldoende dat de cessie of verpanding dient tot (meerdere) zekerheid van een krediet zonder dat de omvang van het krediet mede wordt bepaald door de (nominale) waarde van de te

cederen of verpanden vorderingen? Gelet op het financieringsbelang van de schuldeiser is een ruime benadering wenselijk.

- (c) In verband met vraag (b) rijst bij *asset-based* transacties, zoals factoring en invoice discounting, de vraag of elke individuele in de cessie of verpanding betrokken vordering dient te worden gefinancierd of dat voldoende is dat de transactie als zodanig voorziet in (de mogelijkheid van) financiering van vorderingen, ook al is duidelijk dat sommige vorderingen (vooralsnog) niet voor financiering in aanmerking komen omdat ze niet voldoen aan de daarvoor overeengekomen financieringscriteria.¹ Ook hier geldt dat gelet op het financieringsbelang van de schuldeiser een ruime benadering wenselijk is.
- (d) Is vereist dat de verpanding (of cessie) gepaard gaat met het *effectief* ter beschikking stellen van liquide middelen? Is er sprake van een verpanding voor financieringsdoeleinden, indien de verpanding een voorwaarde is die de schuldeiser/pandhouder stelt voor het verlenen van een betalingstermijn of uitstel van betaling aan zijn schuldenaar/pandgever? Een voorbeeld is de leverancier van goederen die tot zekerheid van betaling van de koopprijs niet alleen een eigendomsvoorbehoud heeft bedongen, maar ook een verpanding van vorderingen uit doorverkoop van de geleverde goederen. De leverancier geeft zijn afnemer door in te stemmen met een betalingstermijn een vorm van krediet (het zogeheten 'leverancierskrediet'), zodat gezegd zou kunnen worden dat de verpanding voor een financieringsdoeleinde plaatsvindt. Ook buiten deze context kan het verlenen van uitstel van betaling onder omstandigheden als een vorm van krediet worden gezien. Vgl. ook de definitie van "kredietovereenkomst" in art. 7:57 lid 1 (c) BW en de definitie van "krediet" in art. 1:1 Wft.
- (e) Een vergelijkbare vraag als onder (d) is of sprake is van een financieringsdoeleinde indien de verpanding plaatsvindt tot zekerheid van een al eerder verleend krediet zonder dat extra gelden ter beschikking worden gesteld. Bijvoorbeeld als de verpanding een voorwaarde is die een financier stelt om niet tot een vervroegde opeising van het krediet over te gaan. Vgl. ook art. 26 lid 1 Algemene Bankvoorwaarden waarin het recht van de bank op (aanvullende) zekerheid is neergelegd.
- (f) Een verwante vraag is of een cessie ter voldoening van een schuld (een inbetalinggeving in de zin van art. 6:45 BW) een cessie met een financieringsdoeleinde kan zijn. Of gaat het hier slechts om een betalingsafpraak

¹ De transactie kan erin voorzien dat als later alsnog aan de financieringscriteria wordt voldaan, de vorderingen gefinancierd zullen worden. De vorderingen die (vooralsnog) niet voor financiering in aanmerking komen, zullen meestal wel worden verpand of gecedeerd, zodat de factormaatschappij in staat is om door inning van de vorderingen het geïnde in mindering te brengen op mogelijke vorderingen die zij op de pandgever/cedent heeft ter zake van financiering, provisies en kosten.

en heeft de cessie alleen een betalingsdoeleinde? Is de vormgeving van de transacties wellicht van doorslaggevend belang? Een variant kan zijn dat de vorderingen worden verkocht aan de schuldeiser/cessionaris onder verrekening van de koopprijs met de uitstaande schuld. Is nu wel sprake van een financieringsdoeleinde? Men zou kunnen redeneren dat de (verkoop en) cessie in economische zin de financiering betreft van de aflossing van de schuld. De vorderingen hadden immers ook in een financieringstransactie met een derde (bijvoorbeeld een factormaatschappij) kunnen worden verkocht, waarna de opbrengst was aangewend voor de voldoening van de schuld. Meer in het algemeen zou kunnen worden betoogd dat een cessie waarmee gelden worden gegenereerd of die een middel is om schulden te voldoen, betrekking heeft op de financiering van de onderneming in meer brede zin, zodat sprake is van een “financieringsdoeleinde”.

- (g) Met betrekking tot verpanding rijst de vraag of alleen sprake is van een verpanding voor financieringsdoeleinden indien het pandrecht strekt tot zekerheid van schulden die naar hun *aard en grondslag* schulden zijn ter zake van *kredietverlening* (zoals een schuld uit geldlening). Kan sprake van een verpanding voor financieringsdoeleinden indien zekerheid wordt verschaft voor bijvoorbeeld een door de pandgever in het kader van een financiering afgegeven garantie/borgtocht, voor een regresvordering uit hoofde van een overwaarde-arrangement of voor een *parallel debt* vordering ter zake van een collectief zekerhedenarrangement? Aangezien het begrip “financieringsdoeleinde” niet een term is met een vaststaande juridische betekenis, is een ruime invulling mogelijk en ook wenselijk. Van betekenis zou moeten zijn dat de verpanding of cessie plaatsvindt in het kader van een financiering in ruime zin. Zie in dit verband in het bijzonder ook de vragen (c), (d), (f), (h), (i), (j), (l) en (p).
- (h) Een volgende vraag is of vereist is dat de transactie waarbinnen de cessie (of verpanding) plaatsvindt *naar haar aard* voor zowel cedent als cessionaris een financieringstransactie is. Is vereist dat de cessie/verpanding geschiedt in het kader van een financierings- of kredietrelatie tussen partijen? Of is het voldoende dat alleen bij de *cedent/pandgever* het motief van financiering voorzit? In de eerste benadering rijst de vraag aan de hand van welke de (objectieve) criteria getoetst moet worden of sprake is van een financieringstransactie. Het is mogelijk dat voor de cedent het motief voor bijvoorbeeld een verkoop van vorderingen is gelegen in de financiering van bepaalde ondernemingsactiviteiten, terwijl de transactie vanuit de optiek van de koper/cessionaris niet een financiering van de onderneming van de cedent is, maar een investering in een vorderingenportefeuille. Het omgekeerde zou ook denkbaar kunnen zijn: voor de cedent is het een desinvestering, voor de cessionaris een financiering. Zeker in geval van een eenmalige transactie, waarbij partijen na het afsluiten van de transactie geen (of weinig) bemoeienis meer met

elkaar hebben, kan gemakkelijk de vraag rijzen of sprake is van een financieringstransactie of een (des)investering.² In de tweede benadering rijst de vraag hoe het financieringsmotief van de cedent (objectief) kan worden vastgesteld. Moet de ontvangen koopprijs aantoonbaar zijn aangewend voor financiering van bepaalde activiteiten? En zo ja, hoeveel tijd mag er verstrijken tussen ontvangst en besteding? Of is het voldoende dat het financieringsmotief blijkt uit interne besluitvorming? En hoe te oordelen over het geval dat het primaire motief voor een cessie van vorderingen niet financiering is, maar balansverkorting of risicomangement (beheersing van het insolventierisico van debiteuren)? Om niet verstrikt te raken in deze vragen, lijkt het – mocht het finaliteitscriterium gehandhaafd blijven – wenselijk een ruime benadering te volgen. Aangenomen zou kunnen worden dat een verkoop van vorderingen tegen onmiddellijke betaling van een koopprijs *geacht moet worden* te zijn aangegaan voor financieringsdoeleinden.

- (i) Is vereist dat de cessie of verpanding plaatsvindt in het kader van de financiering van *uitsluitend* de cedent/pandgever? Of kan het ook gaan om de financiering van (uitsluitend) een derde? Denk onder meer aan het verschaffen van derdenzekerheid (bijvoorbeeld in concernverband). Geldt wellicht de nuancering dat de financiering van de derde, waarvoor derdenzekerheid wordt gegeven, in verband moet staan met de financiering door de derde van de cedent/pandgever (denk aan doorleenconstructies)? Zie ook onder (j). De tekst van het nieuw voorgestelde art. 3:83 lid 2 BW stelt geen beperkingen aan de kring van personen die in verband met de cessie of verpanding gefinancierd worden, zodat de vraag ontkennend beantwoord lijkt te kunnen worden. Zie ook vraag (n).
- (j) Voortbordurend op vraag (i), is er sprake van een verpanding voor financieringsdoeleinden indien de verpanding plaatsvindt tot zekerheid van een garantie of borgstelling voor een financiering verstrekt aan een derde? Is wellicht relevant dat de garantstelling en verpanding onderdeel zijn van een concernfinanciering, zodat gezegd kan worden dat de financiering de pandgever (als lid van het concern) mede aangaat zelfs als hij geen direct profijt van het concernkrediet heeft? Of is wel vereist dat hij direct profijt heeft van het concernkrediet (via interne leningen)?
- (k) Stel dat vraag (i) bevestigend moet worden beantwoord. Hoe moet dan worden geoordeeld over een pandrecht dat is gevestigd tot zekerheid van zowel een eigen kredietschuld van de pandgever als de kredietschulden van een derde? Strekt het pandrecht (ondanks de ruimere bedoeling van pandgever en pandhouder) enkel tot zekerheid van de kredietschuld van de pandgever? Of is de verpanding mogelijk

² Denk bijvoorbeeld aan een verkoop tegen een discount van (al dan niet moeilijk inbare) vorderingen waarbij de verkoper zijn relatie met de betreffende schuldenaren heeft beëindigd of wil beëindigen en de koper het insolventierisico van de debiteuren overneemt en ook de inning ter hand zal nemen.

zelfs ongeldig, aangezien de vordering alleen verpandbaar is voor *uitsluitend* kredietsschulden van de schuldeiser/pandgever?

- (l) Is vereist dat een cessie of verpanding *uitsluitend* plaatsvindt voor financieringsdoeleinden? Of mogen ook andere doeleinden worden gediend? Stel, in geval van een bevestigende beantwoording van de eerste vraag, dat een pandrecht is gevestigd tot zekerheid van niet alleen kredietsschulden maar ook bepaalde andersoortige schulden (of denk aan een pandrecht tot zekerheid van alle vorderingen “uit welken hoofde ook” (bankpandrecht)). Strekt het pandrecht dan enkel tot zekerheid van de kredietsschulden? Of geldt wellicht dat de verpanding ongeldig is, aangezien de vordering enkel *verpandbaar* is voor *uitsluitend* financieringsdoeleinden. Een vergelijkbare vraag kan met betrekking tot cessie worden gesteld in het geval de cessie niet alleen geschiedt met het oog op financiering, maar ook met het oog op balans- en risicomanagement (balansverkortung, risicobeheer). Zie ook vraag (h).
- (m) Stel dat van een cessie door de *oorspronkelijke* schuldeiser vaststaat dat deze voor “financieringsdoeleinden” plaatsvindt. Verkrijgt de cessionaris dan een vrij overdraagbare vordering? Of geldt nog steeds dat de vordering alleen overdraagbaar is voor financieringsdoeleinden? De tekst van het nieuw voorgestelde art. 3:83 lid 2 BW wijst in de richting van het laatste. Het tussen de schuldenaar en schuldeiser overeengekomen beding heeft immers tot gevolg dat de vordering het kenmerk heeft dat zij alleen “voor financieringsdoeleinden” overdraagbaar is. Deze benadering kan, afhankelijk van het type transactie en het soort vordering,³ een negatieve invloed hebben op het bedrag en de prijsstelling van de financiering die de cessionaris bereid is te verstrekken. De verhandelbaarheid van de vordering is immers beperkt. Bovendien kan deze benadering vragen oproepen in samengestelde transacties waarbij vorderingen worden door gecedeerd in meerdere schakels (zie hierna onder (n)). Een vergelijkbare vraag kan worden gesteld met betrekking tot een verpanding. Is de vordering vrij overdraagbaar in het kader van uitwinning door de pandhouder (ook voor de koper die de vordering verkrijgt)? Of kan, bij een ontkennende beantwoording, wellicht worden aangenomen dat in ieder geval een overdracht ter zake van executie mogelijk is, aangezien de executie geschiedt in het kader van een financiering van de oorspronkelijke schuldeiser/pandgever zodat sprake is van een overdracht voor financieringsdoeleinden?⁴ Zie verder ook de vragen (n), (o) en (p).

³ Een vordering met een korte looptijd zal, vanwege haar korte looptijd, minder geschikt zijn om te worden doorverkocht. De vrije overdraagbaarheid van een dergelijke vordering is derhalve van minder belang.

⁴ In deze benadering zou de executiekoper een beperkt overdraagbare vordering verkrijgen, namelijk een vordering die alleen overdraagbaar is voor financieringsdoeleinden.

- (n) Indien aangenomen moet worden dat de cessionaris een vordering verkrijgt die alleen “voor financieringsdoeleinden” kan worden gecedeerd of verpand, rijst de vraag of het financieringsdoeleinde bij een opvolgende cessie of verpanding betrekking moet hebben op de financiering van de *oorspronkelijke schuldeiser* of dat het moet gaan om de financiering van de cessionaris (de financier zelf, als nieuwe schuldeiser van de vordering). Of kan het gaan om financiering van één van beide of mogelijk zelfs een derde?⁵ Als vraag (i) ontkennend kan worden beantwoord dan zou het er niet toe doen welke partij (de oorspronkelijke schuldeiser, de cessionaris of een derde) in verband met de opvolgende cessie of verpanding financiering geniet. De vraag is van belang voor gestructureerde transacties (zoals bepaalde securitisatiestructuren) waarbij vorderingen worden door gecedeerd of verpand in één of meer schakels. De vraag is echter ook van belang voor de meer eenvoudige casus waarin de koper/financier van vorderingen de vorderingen verder wil verhandelen. Als de eis geldt dat de opvolgende cessie of verpanding door de koper/financier dienstig moet zijn aan de financiering van de *oorspronkelijke schuldeiser*, rijst de vraag wanneer dat het geval is. In een strikte benadering is dat wellicht alleen het geval indien de oorspronkelijke schuldeiser zelf (nieuwe) financiering ontvangt. In een minder strikte benadering rijst bijvoorbeeld de vraag of het aantoonbaar moet zijn dat de financiering die de koper/financier zelf ter zake van de opvolgende cessie of verpanding aantrekt is aangewend voor de financiering van de oorspronkelijke schuldeiser. Of is voldoende dat het een (aantoonbare) herfinanciering betreft van de aan de oorspronkelijke schuldeiser verleende financiering?⁶ In de benadering dat het moet gaan om een cessie of verpanding ter zake van een financiering van de cessionaris/financier (de nieuwe schuldeiser van de vordering) is mede van belang hoe vraag (h) moet worden beantwoord.
- (o) De onder (n) aan de orde gestelde vragen zijn ook van belang voor de vraag of, en in hoeverre, een herverpanding door de pandhouder (indien de pandhouder deze bevoegdheid heeft bedongen)⁷ mogelijk is. In de meest strikte benadering dat het financieringsdoeleinde van de verpanding betrekking moet hebben op een directe

⁵ Betoogd zou kunnen worden dat het gelet op de belangen van de schuldenaar moet gaan om de financiering van de oorspronkelijke schuldeiser. De schuldenaar wenst met het beding immers te bewerkstelligen dat hij niet met een andere schuldeiser geconfronteerd wordt. Een uitzondering op de vrijheid van partijen om de onoverdraagbaarheid van de vordering te bedingen is, zo zou men kunnen menen, enkel op zijn plaats teneinde rekening te houden met de financieringsbelangen van de oorspronkelijke schuldeiser. Een andere opvatting is dat de partijautonomie behoort te wijken voor het algemene (economische) belang dat geldvorderingen, evenals eigendom en beperkte rechten, overdraagbaar en verpandbaar dienen te zijn teneinde als onderpand te kunnen dienen voor krediet.

⁶ Denk aan het geval dat de koper/financier de vorderingen doorverkoopt en de koopprijs aanwendt voor de aflossing van een door hem aangetrokken krediet waarmee hij de koopprijs heeft gefinancierd die hij zelf voor de vorderingen aan de oorspronkelijke schuldeiser heeft betaald.

⁷ Zie art. 3:242 BW.

financiering van de *oorspronkelijke schuldeiser* (de pandgever) zal een herverpanding voor een eigen kredietschuld van de pandhouder niet mogelijk zijn.

- (p) In het geval van een verkoop en cessie van vorderingen in het kader van een financieringstransactie (zoals factoring, invoice discounting of securitisatie) is het gebruikelijk dat vorderingen die niet blijken te voldoen aan bepaalde ‘eligibility criteria’ worden terug overgedragen. Als vraag (m) ontkennend moet worden beantwoord (de koper/cessionaris verkrijgt een vordering die alleen voor financieringsdoeleinden overdraagbaar is) dan rijst de vraag of van de retrocessie wel kan worden gezegd dat deze geschiedt voor “financieringsdoeleinden”. Strikt genomen is dat niet het geval (de retrocessie gaat niet gepaard met een vorm van financiering). Een ruime benadering is echter wenselijk. Aangenomen zou moeten worden dat retrocessies in het kader van een financieringstransactie zonder meer cessies voor financieringsdoeleinden zijn.⁸
- (q) De vraag rijst of het wellicht van betekenis is als cedent/pandgever en cessionaris/pandhouder in de cessie/pandakte of in andere documentatie met zoveel woorden tot uitdrukking brengen dat de cessie/verpanding geschiedt voor financieringsdoeleinden? Mag dan als vaststaand worden aangenomen dat sprake is van een cessie./verpanding voor financieringsdoeleinden? Zie ook hierna onder randnummer 5.
- (r) Tot slot zij opgemerkt dat bij veel van de hiervoor opgenomen vraagpunten de algemene vraag kan worden gesteld wat het rechtens relevante belang van de schuldenaar van de vordering is om zich te mogen verzetten tegen een cessie/verpanding in het ene type transactie, maar in het andere type transactie niet? Het verschillend behandelen van de transactietypen lijkt in veel gevallen hoogst arbitrair.
2. Volgens de concepttoelichting heeft het voorstel enkel betrekking op vorderingen die in de uitoefening van beroep of bedrijf, tussen ondernemingen zijn ontstaan. Geldvorderingen *op* of *van* particulieren vallen buiten het bereik van het voorstel (zie Toelichting, p. 4 en p. 6-7). De eis dat de met de vordering corresponderende schuld ook voor de *schuldenaar* voortvloeit uit de uitoefening van diens beroep of bedrijf blijkt echter niet uit de tekst van het nieuw voorgestelde art. 3:83 lid 2 BW. Het verdient aanbeveling om deze eis niet te stellen, zie nader onder randnummer 3.
3. In de concepttoelichting moet worden verduidelijkt wanneer sprake is van een vordering die voortkomt uit “de uitoefening van een beroep of bedrijf”. Deze term wordt ook gebruikt in de

⁸ Bij wijze van alternatief zou de wettelijke regeling erin kunnen voorzien dat de vordering overdraagbaar is, indien het gaat om een (retro)cessie aan de oorspronkelijke of een vorige schuldeiser. Voor de schuldenaar is dat niet bezwaarlijk omdat de (retro)cessie tot gevolg heeft dat de vordering weer terugkeert in handen van zijn oorspronkelijke wederpartij (de beginsituatie) of aan iemand aan wie de vordering eerder rechtsgeldig was overgedragen. Nadeel is wel dat de wettelijke regeling erg complex wordt.

artikelen 6:236 en 237 van afdeling 6.5.3 BW (Algemene voorwaarden). Zie verder de definitie van “consument” in art. 6:230g lid 1 (a) BW en, in verband met consumentenkoop, art. 7:5 lid 1 BW waarin eveneens gerefereerd wordt aan een “bedrijfs- of beroepsactiviteit”. Zie daarnaast de regeling van art. 1:88 lid 1 (c) en (d) en lid 5 BW. Heeft de term “uitoefening in een beroep of bedrijf” in het voorstel dezelfde betekenis als in (één van) de genoemde bepalingen? Vallen vorderingen die voortvloeien uit overeenkomsten die weliswaar *ten behoeve van* de beroeps- of bedrijfsuitoefening zijn aangegaan, maar geen direct verband houden met de beroeps- of bedrijfsactiviteiten en niet *in* de uitoefening van een beroep of bedrijf zijn aangegaan onder de reikwijdte van het conceptvoorstel (denk bijvoorbeeld aan de aanschaf van inventaris of de verlening van ondersteunende diensten)? Deze vraag is met name van belang voor de beoordeling van de positie van de *schuldenaar*, dat wil zeggen de vraag of de schuldenaar in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf heeft gehandeld.⁹ Moet *objectief* worden vastgesteld dat de schuldenaar heeft gehandeld in de uitoefening van een beroep of bedrijf of komt het (mede) aan op de vraag of de *schuldeiser* redelijkerwijs mocht aannemen dat de schuldenaar handelde in de uitoefening van een beroep of bedrijf? Is het gezichtspunt van de cessionaris/pandhouder wellicht (ook) nog van belang? Een ruime invulling van het begrip “uitoefening van een beroep of bedrijf” lijkt wenselijk, in de zin dat van een ruim verband met de beroeps- of bedrijfsuitoefening mag worden uitgegaan. Een striktere invulling zou de *schuldeiser* aanzienlijk kunnen beperken in zijn financieringsmogelijkheden indien een onoverdraagbaarheidsbeding van toepassing blijkt te zijn. Bovendien kan een meer strikte invulling van het begrip ertoe leiden dat het voor een schuldeiser en diens financier onder omstandigheden lastig kan zijn om met zekerheid te beoordelen of een bepaalde overeenkomst door de schuldenaar in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf is aangegaan. Gelet op de rechtszekerheid is het beter om, anders dan de toelichting suggereert, *niet* de eis te stellen dat de schuldenaar in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf moet hebben gehandeld. De huidige tekst van het nieuwe art. 3:83 lid 2 stelt deze eis naar zijn bewoordingen ook niet. Het voornaamste doel van het conceptwetsvoorstel is zeker te stellen dat de professioneel handelend schuldeiser geldvorderingen die hij verkrijgt in *zijn* bedrijfsuitoefening kan aanwenden voor de financiering van zijn onderneming. Ook vorderingen op particulieren (consumenten) zouden daaronder begrepen moeten zijn. Dat hoeft niet bezwaarlijk te zijn voor particuliere schuldenaren. Ook met betrekking tot geldvorderingen op particulieren is immers het uitgangspunt dat deze overdraagbaar zijn (art. 3:83 lid 1 BW). Als een particulier al bij machte is om zijn professionele schuldeiser een onoverdraagbaarheidsbeding op te leggen, dan valt niet in te zien waarom een particulier dat wel is toegestaan, maar een zakelijk handelende schuldenaar niet.

4. Ook in een ander opzicht roept het vereiste dat de geldvorderingen voortkomen uit de “uitoefening van een beroep of bedrijf” vragen op. Het is niet ongebruikelijk dat een cessie of verpanding in het kader van een financieringstransactie mede betrekking heeft op alle

⁹ In het bijzonder als de schuldenaar een natuurlijk persoon is (de éénmanszaak), kan de vraag rijzen of de overeenkomst beroeps- of bedrijfsmatig is aangegaan of voor privédoeleinden.

bestaande en toekomstige vorderingen van de schuldeiser uit hoofde van of in verband met de overeenkomst waaruit de hoofdvordering voortvloeit. Denk aan schadevergoedingsvorderingen (uit wanprestatie of onrechtmatige daad) en aan ongedaanmakingsvorderingen ter zake van de ontbinding, nietigheid of vernietiging van de onderliggende overeenkomst. Mag van deze vorderingen worden aangenomen dat ze voortkomen uit de “uitoefening van een beroep of bedrijf”? Ook hier is een ruime benadering wenselijk. Bovendien zouden ongedaanmakingsvorderingen die geen *geld*vorderingen zijn (denk aan een vordering tot retro-overdracht) eveneens overdraagbaar en verpandbaar moeten zijn, ook al zou het cessie- of verpandingsbeding tevens dit soort vorderingen bestrijken.¹⁰

5. De vereisten van een “financieringsdoeleinde” en een “beroeps- of bedrijfsmatig verkregen” geldvordering roepen ook bewijsvragen op. Op wie rust de bewijslast ter zake van beide vereisten? In beginsel is dat de partij die in een procedure een beroep op de geldigheid van de cessie of verpanding doet. Een aanverwante vraag in dit verband is of de schuldenaar betaling op grond van art. 6:37 BW kan opschorten, zolang hem niet duidelijk is of sprake is van een cessie of verpanding met een financieringsdoeleinde? De hiervoor gesignaleerde onduidelijkheid omtrent de betekenis van het vereiste zou een beroep op opschorting in sommige gevallen mogelijk al snel kunnen rechtvaardigen. Kan wellicht worden aangenomen dat de schuldenaar *moet* uitgaan van de aanwezigheid van een financieringsdoeleinde (en dus van een in beginsel geldige cessie/verpanding), indien zijn oorspronkelijke schuldeiser (de cedent/pandgever) hem te kennen geeft dat de cessie of verpanding een financieringsdoeleinde heeft? Brengt een dergelijke verklaring van de cedent/pandgever – eventueel al op voorhand op te nemen in de cessie/pandakte – met zich dat het bestaan van het financieringsdoeleinde vaststaat? Of kan de schuldenaar nog tegenbewijs leveren?¹¹ Vergelijkbare vragen kunnen worden gesteld met betrekking tot een geschil omtrent de geldigheid van de cessie/verpanding tussen de faillissementscurator van de cedent/pandgever en de cessionaris/pandhouder. Met betrekking tot het vereiste dat de vordering ook voor de schuldenaar is voortgekomen uit diens beroeps- of bedrijfsuitoefening, lijkt het, daar waar dit niet op voorhand duidelijk is, redelijk dat de schuldenaar dient aan te tonen dat dit niet het geval is. Voor de schuldeiser en zeker voor de cessionaris/pandhouder kan dit – mede afhankelijk van de omstandigheden en de invulling die aan het vereiste dient te worden gegeven, zie onder randnummer 3 – ondoenlijk zijn om aan te tonen dat de schuldenaar beroeps- of bedrijfsmatig handelde.
6. Gelet op de rechtszekerheid verdient het aanbeveling om van de begrippen ‘betaalrekening’ en ‘spaarrekening’ in de wet een definitie op te nemen. Met betrekking tot het begrip

¹⁰ De vraag of het cessie- of verpandingsbeding ook betrekking heeft op de hier genoemde vorderingen (en of het beding een ontbinding of vernietiging van de onderliggende overeenkomst overleeft) is een kwestie van uitleg van het beding.

¹¹ Een andere vraag is overigens of de schuldenaar een instructie van zijn oorspronkelijke schuldeiser om te betalen aan de beweerdelijke cessionaris/pandhouder in beginsel zonder meer dient op te volgen, zelfs al zou er geen geldige cessie of verpanding zijn.

‘spaarrekening’ rijst de vraag of vereist is dat de rekening wordt aangehouden bij een ‘bank’ in de zin van art. 1:1 Wft. Of omvat het begrip ook (rentedragende) rekening-couranttegoeden die een onderneming bij een andere onderneming aanhoudt (bijvoorbeeld in het kader van een handelsrelatie of cash-pooling)?

7. In het nieuw voorgestelde art. 3:83 lid 2 BW wordt bepaald dat elk beding dat strijdig is met het bepaalde in lid 2 nietig is. Is hiermee beoogd dat andersluidende bedingen (bijvoorbeeld ongeclausuleerde onoverdraagbaarheidsbedingen) in beginsel¹² *in hun geheel* geen rechtsgevolg hebben met als gevolg dat de vordering overeenkomstig de hoofdregel van art. 3:83 lid 1 BW vrij overdraagbaar is? Deze sanctie schiet haar doel – het overdraagbaar laten zijn van de vordering voor financieringsdoeleinden – voorbij. Het verdient aanbeveling de slotzin van het nieuw voorgestelde lid 2 te schrappen. Als een beding naar de bedoeling van partijen een ruimere reikwijdte heeft dan is toegestaan op grond van het bepaalde in lid 2, dan betekent dit niet dat het beding ‘ongeldig’, ‘nietig’ of ‘vernietigbaar’ is vanwege strijd met de wet. Uit lid 2 volgt dat het beding eenvoudigweg geen effect sorteert voor zover daarmee is beoogd ook een overdracht voor financieringsdoeleinden uit te sluiten.¹³ De overdraagbaarheid van de vordering voor financieringsdoeleinden volgt dan uit de hoofdregel van lid 1.

8. Het verdient aanbeveling om ook een wettelijke regeling te treffen voor cessie- en verpandingsbedingen die enkel *verbintenisrechtelijke werking* hebben en niet kunnen worden aangemerkt als bedingen met goederenrechtelijke werking als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW.¹⁴ Dergelijke bedingen verhinderen een geldige cessie of verpanding niet, maar hebben tot gevolg dat de schuldeiser wanprestatie pleegt jegens zijn schuldenaar indien hij de vordering cedeert of verpand.¹⁵ Ook bedingen met verbintenisrechtelijke werking, zeker indien ze zijn versterkt met een boetebeding, kunnen een belemmering vormen voor de financiering van de schuldeiser.¹⁶ In het BW zou kunnen worden bepaald dat de enkele schending van een cessie- of verpandingsbeding de schuldenaar niet de bevoegdheid geeft om de overeenkomst waaruit de gecedeerde of verpande vordering voortvloeit te ontbinden of om betaling op te schorten of een andersoortig betalingsverweer tegen de

¹² Behoudens mogelijke (analoge) toepassing van art. 3:41 BW (partiële nietigheid) of art. 3:42 BW (conversie).

¹³ Hetzelfde geldt voor een beding waarmee wordt beoogd de overdraagbaarheid van een roerende zaak uit te sluiten. Ook dit beding heeft eenvoudigweg geen goederenrechtelijke effect. Er is geen sprake van nietigheid of vernietigbaarheid van het beding op grond van strijd met art. 3:83 lid 1 BW (jo. art. 3:40 lid 2 BW). Zo ook: F.M.J. Verstijlen, De Wet opheffing verpandingsverboden, WPNR 7203/2018, p. 577.

¹⁴ Dit lijkt ook de bedoeling van het voorontwerp te zijn (zie Toelichting, p. 8), maar erg duidelijk is dit niet en het blijkt ook niet uit de tekst van het nieuw voorgestelde art. 3:83 lid 2 BW. Art. 3:83 lid 2 BW heeft immers alleen betrekking op bedingen waarmee de goederenrechtelijke overdraagbaarheid van een vordering wordt uitgesloten of beperkt en niet ook op (uitsluitend) verbintenisrechtelijk werkende bedingen.

¹⁵ Zie HR 21 maart 2014, JOR 2014/151, m.nt. Schuijling (Coface/Intergamma).

¹⁶ De schuldenaar zou een schadevergoedings- of boetevordering ter zake van schending van het beding in beginsel kunnen verrekenen met de gecedeerde of verpande vordering, ook na mededeling van de cessie of verpanding. Beide vorderingen vloeien voort uit dezelfde rechtsverhouding als bedoeld in art. 6:130 leden 1 en 2 BW.

cessionaris/pandhouder te voeren. Tevens zou moeten worden bepaald dat schadevergoedings- of boetevorderingen vanwege schending van het beding niet kunnen worden verrekend met de gecedeerde of verpande vordering.¹⁷ Eventueel wordt zelfs bepaald dat cessie- en verpandingsbedingen niet kunnen worden versterkt met een boetebeding of dat de aansprakelijkheid van de schuldeiser onder een boetebeding niet verder reikt dan de werkelijk door de schuldenaar geleden schade.¹⁸ De hier genoemde regelingen dienen van dwingend recht te zijn.

9. Het verdient aanbeveling om art. 3:83 lid 2 BW aan te vullen met een bepaling die inhoudt dat alleen de *schuldenaar* een beroep kan doen op het onoverdraagbaarheidsbeding. Uit de praktijk en jurisprudentie blijkt dat een geschil over de rechtsgeldigheid van een cessie of verpanding die in strijd met een cessie- of verpandingsbeding heeft plaatsgevonden, vaak wordt uitgevochten tussen de cessionaris/pandhouder en een *derde*, zoals een faillissementscurator van de cedent/pandgever of een beslaglegger. Schuldeisers van de cedent/pandgever zouden niet moeten kunnen profiteren van de (vanuit hun optiek toevallige) aanwezigheid een onoverdraagbaarheidsbeding. Het beding strekt immers niet ter bescherming van hun belangen, maar enkel ter bescherming van de belangen van de schuldenaar.¹⁹

III Het voorstel tot aanpassing van de artikelen 3:94 en 3:239 BW

10. Het verdient aanbeveling de voorgestelde aanpassingen *niet* door te voeren. In de praktijk geschiedt een mededeling van cessie of verpanding in de meeste gevallen al schriftelijk, zodat het overbodig is dit voor de cessie/verpanding van geldvorderingen in de zin van het nieuw voorgestelde art. 3:83 lid 2 BW wettelijk verplicht te stellen. Er is bovendien sprake van een uitzondering op het uitgangspunt van art. 3:37 lid 1 BW dat verklaringen, waaronder mededelingen, in iedere vorm kunnen geschieden en in een of meer gedragingen besloten kunnen liggen. Er dienen voldoende zwaarwegende argumenten te zijn om van dit algemene beginsel af te wijken.²⁰ Het belang van de schuldenaar bij een “eenduidig betalingsadres” speelt niet alleen bij de cessie/verpanding van geldvorderingen als bedoeld in het nieuwe art. 3:83 lid 2, maar bij de cessie/verpanding van alle soorten

¹⁷ In vergelijkbare zin: art. III.-5:116 (2) (b) DCFR en art. 13 (2) UNCITRAL Model Law on Secured Transactions.

¹⁸ Een boetebeding kan weliswaar door de rechter worden gematigd (art. 6:94 BW), maar dit biedt geen zekerheid vooraf.

¹⁹ Zie: M.H.E. Rongen, Cessie, Deventer 2012, nr. 572; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 216; M.H.E. Rongen, De uitleg van cessie- en verpandingsverboden na het arrest Coface/Intergamm, TFR 2014, p. 334 en T.H.D. Struycken, Relativering van nietigheid in het goederenrecht, in: Daar word ik blij van (Blom bundel), Den Haag 2016, p. 265 e.v.

²⁰ Het argument genoemd in de concept-toelichting (p. 6) dat een gangbare praktijk wordt bestendigd overtuigt daarom niet. Iets wat al “gangbare praktijk” is, hoeft niet door de wetgever te worden “bestendigd”, tenzij de mogelijke uitzonderingen die zich op de “gangbare praktijk” zouden kunnen voordoen (in casu: een niet schriftelijke mededeling) een dusdanig ingrijpende inbreuk op bepaalde belangen (in casu: van de schuldenaar) met zich kunnen brengen dat wettelijk ingrijpen gerechtvaardigd is. Daarvan is naar onze mening geen sprake.

vorderingen, waaronder ook vorderingen op particulieren. En het belang is ook aan de orde bij andere vormen van overgang van vorderingen, zoals bij subrogatie. Waarom de belangen van de schuldenaar bij een “eenduidig betaaladres” in het ene geval zwaarder zouden wegen dan in het andere, maakt de concepttoelichting niet duidelijk. Daarbij komt dat het belang van de schuldenaar bij een “eenduidig betaaladres” al voldoende beschermd wordt door (i) de regel dat pas sprake is van een mededeling van cessie of verpanding in de zin van de wet, indien de schuldenaar een bepaalde verklaring/mededeling redelijkerwijs als een mededeling van cessie of verpanding heeft moeten opvatten,²¹ (ii) het bepaalde in art. 6:34 lid 1 BW dat onder omstandigheden met zich kan brengen dat de schuldenaar, ondanks de ontvangst van een mededeling van cessie of verpanding, bevrijdend kan betalen aan zijn oorspronkelijke schuldeiser en (iii) het bepaalde in art. 6:37 BW dat de schuldenaar onder omstandigheden de bevoegdheid geeft betaling op te schorten. Tot slot is er geen reden om een schuldenaar bij het ontbreken van een schriftelijke mededeling te beschermen, indien uit de omstandigheden blijkt dat het hem duidelijk was dat hem een cessie of verpanding werd medegedeeld.

11. Indien het schriftelijkheidsvereiste wordt gehandhaafd, verdient het aanbeveling te bepalen dat met toestemming van de schuldenaar van het vereiste kan worden afgeweken. Er is geen reden om het vormvereiste dwingend van toepassing te laten zijn, indien de schuldenaar er geen bezwaar tegen heeft dat een mededeling van cessie of verpanding op een andere wijze zal kunnen geschieden. Dit maakt het mogelijk om met de schuldenaar van tevoren overeen te komen dat bepaalde verklaringen, gedragingen of gebeurtenissen (die zich in het kader van een bepaalde transactie of handelsrelatie voordoen) door de schuldenaar dienen te worden opgevat als een mededeling van cessie of verpanding.
12. De reikwijdte van de nieuw voorgestelde artikelleden is niet geheel duidelijk. Geldt het schriftelijkheidsvereiste alleen voor de cessie en verpanding van zakelijke geldvorderingen voor *financieringsdoeleinden*? De onduidelijkheid ten aanzien van het begrip “financieringsdoeleinden” (zie randnummer 1) leidt dan tot onzekerheid omtrent het toepassingsbereik van het nieuwe vormvereiste. Daarnaast rijst de vraag of het schriftelijkheidsvereiste geldt voor de cessie en verpanding van *alle* zakelijke geldvorderingen op naam, *inclusief* vorderingen uit hoofde van betaal- en spaarrekeningen? Of geldt het vormvereiste niet voor de laatst genoemde vorderingen? En als het schriftelijkheidsvereiste niet geldt voor de cessie en verpanding *zonder* financieringsdoeleinde en ook niet voor de cessie en verpanding van vorderingen ter zake van betaal- en spaarrekeningen, wat rechtvaardigt dan het verschil in behandeling? Dezelfde vraag kan worden gesteld met betrekking tot de cessie en verpanding van vorderingen op en van particulieren waarvoor het schriftelijkheidsvereiste niet zou gelden. Tot slot zij opgemerkt dat ook de in randnummers 3 en 4 gesignaleerde onduidelijkheid omtrent de vraag wanneer een vordering “voorkomt uit de uitoefening van een beroep of bedrijf” leidt tot onduidelijkheid omtrent de reikwijdte van het nieuwe vormvereiste.

²¹ Zie M.H.E. Rongen, Cessie, Deventer 2012, nr. 452.

13. In de concepttoelichting wordt opgemerkt dat de schuldenaar ter zake van de ontvangst van de schriftelijke mededeling van cessie of verpanding een “centraal (e-mail)adres, bijvoorbeeld op de bedrijfswebsite of bij het Handelsregister, kenbaar [*kan*] maken”.²² In de toelichting moet worden verduidelijkt dat een dergelijke aanwijzing door de schuldenaar er niet aan in de weg staat dat een mededeling van cessie of verpanding ook op een andere wijze door de schuldenaar kan worden ontvangen. Beter is het om de passage in de toelichting te schrappen. De schuldenaar dient niet de bevoegdheid te hebben om eenzijdig en dwingend voor te schrijven op welke wijze een mededeling van cessie of verpanding door hem dient te worden ontvangen. Dit zou de gangbare praktijk van het opnemen van de mededeling van cessie of verpanding op de factuur kunnen frustreren en het opzetten van een efficiënte transactiestructuur (en daarmee de financiering van de cedent/pandgever) ernstig kunnen belemmeren.²³

IV **Overgangsrecht: het voorstel voor een nieuw art. 85a Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek**

14. Voor wat betreft het overgangsrecht is een bijzondere regeling overbodig. Hetgeen het nieuw voorgestelde art. 85a Overgangswet beoogt veilig te stellen, volgt reeds uit de thans geldende bepalingen van de Overgangswet, waaronder in het bijzonder de artikelen 68a en 69. Anders dan het voorontwerp en de toelichting daarop suggereren is artikel 79 Overgangswet niet relevant voor het geldende overgangsrecht.
15. Zoals vermeld onder randnummer 7 is een beding dat ruimer is geformuleerd dan toegelaten op grond van het nieuwe art. 3:83 lid 2 BW niet ‘nietig’ of ‘vernietigbaar’ van wege strijd met de wet. Het gevolg is eenvoudigweg dat het beding geen goederenrechtelijk effect sorteert voor zover het de grenzen van het nieuwe art. 3:83 lid 2 BW overschrijdt.²⁴ Artikel 79 Overgangswet is derhalve niet van toepassing.
16. Op grond van art. 68a Overgangswet geldt dat het nieuwe art. 3:83 lid 2 BW *onmiddellijke werking* heeft. Dit betekent voor ten tijde van de inwerkingtreding van de Wet opheffing verpandingsverboden (de **Wet**) bestaande onoverdraagbaarheids- of onverpandbaarheidsbedingen, dat dergelijke bedingen niet langer in de weg staan aan een cessie of verpanding voor financieringsdoeleinden.
17. Met betrekking tot ten tijde van de inwerkingtreding van de Wet al *bestaande* vorderingen betekent dit dat deze vorderingen vanaf de inwerkingtreding van de Wet overdraagbaar en verpandbaar zijn voor financieringsdoeleinden. Art. 69 Overgangswet verhindert echter dat *bestaande* vorderingen die al *vóór* de inwerkingtreding van de Wet in strijd met het beding

²² Zie de Toelichting, p. 9.

²³ Bij transacties waarbij doorlopend vorderingen worden gecedeerd of verpand (zoals bij factoring en invoice discounting) zou bovendien voortdurend gecontroleerd moeten worden of de schuldenaar wellicht via zijn website of het handelsregister een ander (e-mail)adres heeft aangewezen.

²⁴ Zo ook: F.M.J. Verstijlen, De Wet opheffing verpandingsverboden, WPNR 7203/2018, p. 577.

voor financieringsdoeleinden waren gecedeerd of verpand alsnog van rechtswege overgaan op de cessionaris of worden bezwaard met pandrecht.²⁵

18. Wel kunnen ten tijde van de inwerkingtreding van de Wet al *bestaande* vorderingen *vanaf* de inwerkingtreding van de Wet rechtsgeldig voor financieringsdoeleinden worden gecedeerd of verpand. Hetzelfde geldt voor vorderingen die *na* de inwerkingtreding van de Wet ontstaan.
19. Met betrekking tot vorderingen die *na* de inwerkingtreding van de Wet ontstaan, maar al *vóór* de inwerkingtreding rechtsgeldig *bij voorbaat* zijn gecedeerd of verpand, geldt dat deze cessie of verpanding effect zal sorteren zodra de vordering ontstaat. De cessie of verpanding bij voorbaat verkrijgt haar werking op het moment dat de vordering door de cedent/pandgever wordt verkregen en de cedent/pandgever op dat moment beschikkingsbevoegd is. Vanwege de onmiddellijke werking van het nieuwe art. 3:83 lid 2 BW is de vordering op het moment van haar ontstaan ook overdraagbaar en verpandbaar.
20. Juist vanwege het feit dat art. 79 Overgangswet niet van toepassing is, is de vrees die in de concepttoelichting wordt geuit dat door een snelle tussentijdse aanpassing de looptijd van contracten voor bepaalde of zelfs onbepaalde tijd zou kunnen worden verlengd, met als doel om de onoverdraagbaarheid en/of onverpandbaarheid van vorderingen tot in lengte van jaren te fixeren, niet op zijn plaats. Gelet op de onmiddellijke werking van de Wet bestaat deze mogelijkheid niet.²⁶
21. Met betrekking tot het nieuwe vormvereiste van een schriftelijke mededeling brengt de onmiddellijke werking van de Wet met zich dat dit vormvereiste alleen geldt voor mededelingen van cessie of verpanding die *na* de inwerkingtreding van de Wet geschieden. Anders dan het nieuw voorgestelde art. 85a lid 2 Overgangswet met zich lijkt te brengen,²⁷ zou het niet nodig moeten zijn dat mededelingen moeten worden herhaald voor zover het gaat om cessies of verpandingen die *vóór* de inwerkingtreding van de Wet *bij voorbaat* hebben plaatsgevonden en die betrekking hebben op vorderingen die eerst *na* de inwerkingtreding ontstaan, maar waarbij – anders dan in de praktijk gebruikelijk is – de mededeling bij voorbaat niet schriftelijk heeft plaatsgevonden. Dit zou een onnodige rompslomp met zich kunnen brengen en mogelijk ook tot ongerechtvaardigde

²⁵ Art. 69 Overgangswet verhindert een bekrachtiging op grond van art. 3:58 BW.

²⁶ Mocht toch aangenomen moeten worden dat art. 79 Overgangswet in beginsel van toepassing is, dan kan eenvoudig worden bepaald dat het nieuwe art. 3:83 lid 2 BW, in afwijking van het bepaalde in art. 79 Overgangswet, onmiddellijke werking heeft.

²⁷ Zie ook de Toelichting, p. 10.

rangwisselingen tussen concurrerende cessionarissen, pandhouders of beslagleggers kunnen leiden.²⁸

V Overzicht van aanbevelingen

22. Met betrekking tot het conceptvoorstel verdient het volgende aanbeveling:

- (i) Het voorstel dient niet te worden beperkt tot een cessie of verpanding van geldvorderingen voor financieringsdoeleinden. Het vereiste van “een financieringsdoeleinde” dient te worden geschrapt (zie randnummers 1 en 5).
- (ii) In de concepttoelichting moet worden verduidelijkt wanneer sprake is van een vordering die voortkomt uit “de uitoefening van een beroep of bedrijf”. Tevens moet worden verduidelijkt dat bedrijfsmatig door de schuldeiser verkregen geldvorderingen *op particulieren* eveneens onder de nieuwe regeling vallen (zie randnummers 2, 3 en 4).
- (iii) Gelet op de rechtszekerheid verdient het aanbeveling om van de begrippen ‘betaalrekening’ en ‘spaarrekening’ in de wet een definitie op te nemen (zie randnummer 6).
- (iv) Het verdient aanbeveling de slotzin van het nieuw voorgestelde art. 3:83 lid 2 BW te schrappen (zie randnummer 7).
- (v) Het verdient aanbeveling om ook een wettelijke regeling te treffen voor cessie- en verpandingsbedingen die enkel verbintenisrechtelijke werking hebben en niet kunnen worden aangemerkt als bedingen met goederenrechtelijke werking als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW (zie randnummer 8).
- (vi) Het verdient aanbeveling om art. 3:83 lid 2 BW aan te vullen met een bepaling die inhoudt dat alleen de schuldenaar een beroep kan doen op het onoverdraagbaarheidsbeding (zie randnummer 9).
- (vii) Het verdient aanbeveling om voor de cessie en verpanding van geldvorderingen als bedoeld in het nieuw voorgestelde art. 3:83 lid 2 BW niet het vormvereiste van een *schriftelijke* mededeling te stellen (zie randnummers 10-13).

²⁸ Uit art. 3:97 lid 2 BW volgt dat een levering bij voorbaat niet werkt tegen iemand die de vordering krachtens een eerdere levering bij voorbaat heeft verkregen. Stel dat een toekomstige vordering vóór de inwerkingtreding van de Wet door de cedent twee keer bij voorbaat is gecedeerd met mededeling daarvan aan de schuldenaar (openbare cessies overeenkomstig art. 3:97 lid 1 jo 3:94 lid 1 BW). Van de oudste cessie bij voorbaat is echter geen schriftelijke mededeling gedaan. Van de tweede cessie bij voorbaat daarentegen wel. Art. 85a Overgangswet lijkt nu met zich te brengen (zie mede de Toelichting, p. 10, maar geheel duidelijk is dat niet) dat de tweede cessie bij voorbaat voorgaat op de eerste, aangezien met terugwerkende kracht geldt dat van de eerste cessie niet rechtsgeldig mededeling is gedaan (namelijk niet schriftelijk).

- (viii) Indien het vormvereiste van een schriftelijke mededeling wordt gehandhaafd, verdient het aanbeveling te bepalen dat met toestemming van de schuldenaar van het vereiste kan worden afgeweken (zie randnummer 11).
- (ix) Een bijzondere regeling van het overgangsrecht is niet nodig. Het nieuw voorgestelde art. 85a Overgangswet kan worden geschrapt (zie randnummers 14-21).