

FACTORING: PAST DEZE CREATIE VAN HET BEDRIJFSLEVEN IN HET CIVIELRECHTELIJKE KEURSLIJF?

P.M. Smit

B.E. Reinhartz

Factoring is de overkoepelende naam voor een aantal vormen van dienstverlening en financiering door factormaatschappijen aan bedrijven. Vooral in de laatste 20 à 30 jaar is er in Nederland een sterke groei in de omzet van factormaatschappijen gerealiseerd, hetgeen duidt op een toenemende behoefte van het bedrijfsleven, om van andere dan traditionele krediet- en administratievormen gebruik te kunnen maken. Concreet betekent dit voor ons land dat er in 1984 vorderingen ter waarde van ± 7 miljard gulden zijn gecedeerd ter uitvoering van factoring-contracten.¹⁾

In de juridische wereld bestaat tegenwoordig nog onenigheid en onduidelijkheid, op grond van welke titel deze cessie plaatsvindt. Wij zullen in dit artikel de verschillende mogelijkheden de revue laten passeren.

1.1 Inleiding

Factoring-contracten komen in verschillende variaties voor. De meest uitgebreide vorm omvat vier hoofd-elementen (vier taken die de factor op zich neemt.) De overige vormen bestaan uit twee of meer van deze elementen. Zo vallen door de vele combinaties die mogelijk zijn, toch een aantal wezenlijk van elkaar verschillende (dienstverlenings- en financierings-) pakketten onder factoring. Zeker als men bedenkt, dat behalve variaties m.b.t. hoofdelementen óók talloze variaties t.a.v. meer ondergeschikte elementen voorkomen.

In navolging van het Unidroit-ontwerp voor factoring²⁾ lijkt ons de volgende, ruime definitie voor de praktijk hanteerbaar: de factoring-overeenkomst is een overeenkomst tussen de factor en zijn cliënt (de leverancier) waarbij de factor de verplichting aangaat tenminste twee van de hierna genoemde taken te verrichten en waarbij de leverancier zich verplicht om zijn vorderingen op zijn afnemers,

voortvloeiend uit de levering van goederen of uit dienstverlening, direct na hun ontstaan aan de factor over te dragen. De mogelijk door de factor te vervullen taken zijn:

- financiering (bevoorschotting)
- overname debiteuren-administratie
- incasso
- dekking debiteuren-risico.

1.2 Voordelen en cliënten

Waardoor wordt de in de inleiding geschetste groeiende behoefte aan factoring veroorzaakt, en welke soort bedrijven profiteren van de mogelijkheden van factoring?³⁾ Om met de tweede vraag te beginnen, biedt factoring vooral voordelen aan middelgrote, gezonde bedrijven met een groeiende omzet.⁴⁾ Het antwoord op de eerste vraag luidt, dat factoring een groot aantal voordelen heeft. Deze zullen hierna besproken worden. Daarbij dient men niet uit het oog te verliezen, dat niet elke factoring-variant al deze voordelen biedt.

Deze bedrijven profiteren allereerst van de speciale krediet-faciliteiten, die factoring biedt.⁵⁾ Zij kampen enerzijds vaak met een tekort aan liquide middelen, veroorzaakt door het door henzelf verstrekte leverancierskrediet. Anderzijds bevinden zij zich in een positie, die groei-mogelijkheden biedt. Zij hebben dan baat bij de voorschotten van factormaatschappijen. Deze bedragen namelijk een vast percentage van de door hen (cliënten) overgedragen vorderingen en groeien derhalve met de omzet mee. (Dit in tegenstelling tot krediet verleend door banken: daarbij wordt een krediet-plafond gehanteerd.) De voorschotten worden direct bij het ontstaan van de vordering ter beschikking gesteld. Dit biedt de ondernemer een aantal gunstige mogelijkheden:

- door vroege betaling aan zijn leveranciers kan hij korting bedingen en/of krijgen
- het aannemen van grotere orders dan voor het bedrijf gebruikelijk, hoeft niet belemmerd te worden door het ontbreken van het benodigde bedrijfskapitaal
- de ondernemer kan (in uitzonderingsgevallen en veelal na overleg met de factor) aan sommige debiteuren een verlengde betalingstermijn toestaan.

Voorts wordt het voor genoemde bedrijven steeds moeilijker om de zich uitbreidende debiteuren-administratie up-to-date te houden. De aanpassingen die dit zou vergen - zoals de aanschaf van een of meerdere computers en/of het in dienst nemen van administratief geschoold personeel - zijn meestal (net) niet rendabel. De factor-maatschappijen - als specialisten op dit gebied - kunnen hun cliënten verlossen van het bijhouden van de boeken en het incasseren van hun vorderingen. De cliënten worden op deze wijze in de gelegenheid gesteld hun aandacht volledig te concentreren op de meer commerciële kanten van hun bedrijf.

Het voordeel van factoring, dat het debiteuren-risico gedekt worden kan, speelt ook een belangrijke rol. Het verschaft een bedrijf zekerheid. Immers de factor neemt de (onzekere) kosten van het leveranciers-krediet over, terwijl de voor deze faciliteit aan de factor te betalen provisie van tevoren vastligt. Bij dit punt zou men kunnen opmerken, dat hier ook de meer traditionele krediet-verzekering mogelijk zou zijn. Echter, een belangrijk verschil (naast enkele andere) is gelegen in het feit, dat bij krediet-verzekering meestal slechts een bepaald percentage van het risico gedekt is, terwijl factoring normaal gesproken volledige bescherming biedt.⁶⁾ Het grote belang van de bescherming is mede hierin gelegen, dat tegenslagen in de vorm van onbetaalde vorderingen voor een bedrijf vaak aanzienlijke bijkomstige gevolgen met zich meebrengen. Zo kan bijv. de voortgang van het werk in gevaar komen. Salinger⁷⁾ spreekt hier van het "domino-effect".

Nog enkele andere positieve aspecten van factoring zijn:

- De factor-maatschappij zal, deels uit eigenbelang, de debiteuren van de cliënt o.a. op hun kredietwaardigheid onderzoeken. Deze informatie komt natuurlijk ook de cliënt ten goede.⁸⁾

- De brochure van één der grote factor-maatschappijen vermeldt nog een min of meer psychologisch voordeel: het "vreemde ogen dwingen-effect". De factor is a.h.w. de boeman, terwijl cliënt en debiteur op goede voet met elkaar kunnen (blijven) staan.

Twee bedrijfs-economisch getinte pluspunten zijn tenslotte nog:

- De "current ratio" van de balans verbetert: dit getal is een maatstaf voor de liquiditeit van het bedrijf.⁹⁾

- Het kunnen schrappen of inkrimpen van de post "dubieuze debiteuren".

Deze beide laatste punten kunnen tot image-verbetering van het bedrijf bijdragen.

2.1 Civielrechtelijk kader

Een zeer wezenlijk aspect van de factoring-overeenkomst is dat de factor een zo groot mogelijke "macht" verwerft over de vorderingen, m.b.t. welke hij zijn diensten verleent.¹⁰⁾ Dit is zowel van belang voor de cliënt: immers hij kan dan zoveel mogelijk werkzaamheden aan de factor overlaten, als natuurlijk voor de factor: hij loopt doorgaans een aantal risico's (de overgenomen vorderingen bieden dan een zekere dekking). Om het voorgaande te realiseren verplicht de cliënt zich in het factoring-contract, zijn bedrijfsvorderingen (zowel de bestaande als de toekomstige) aan de factor in eigendom over te dragen.

Wij zullen nu onderzoeken, welke titel(s) voor deze cessie (van de cliënt aan de factor) in aanmerking komt/(komen).¹¹⁾ De volgende mogelijkheden komen aan bod:

- koop (2.2)
- ter incasso (2.3)
- tot zekerheid (2.5).

N.a.v. de cessie ter incasso komt nog de volmacht tot inning ter sprake (2.4).

2.2 Koop

Deze titel sluit het beste aan bij hetgeen de factor-maatschappijen beogen. De koopovereenkomst biedt aan de factor de meeste juridische bevoegdheden.

Men zou kunnen stellen (de factor-maatschappijen zijn het hierover nog niet geheel eens) dat de factoring-overeenkomst en m.n. de overdracht van de betreffende vorderingen niet als een zuivere koopovereenkomst gekwalificeerd kan worden. Dit o.g.v. het gegeven dat in bepaalde situaties de factor de vordering aan de cliënt terug zal (kunnen) geven, zonder dat hij eerst de koopsom hoeft te voldoen. (Is deze koopsom al gedeeltelijk betaald, dan heeft de factor recht op terugbetaling.) De teruggave van de vordering kan zich voordoen:

1) indien er een factoring-overeenkomst zonder risico-dekking is

gesloten en de debiteur betaalt niet,

2) indien een vordering gedisputeerd wordt door de debiteur

3) bij die vorderingen, waarbij - binnen een factoring-overeenkomst met risico-dekking - niet aan de vereisten voor het bieden van deze dekking is voldaan (bijvoorbeeld vorderingen waarvan de debiteur bekend staat als wanbetaler). Deze vorderingen (onder 3) worden wel "niet-goedgekeurde vorderingen" genoemd. In de praktijk vallen onder dit begrip óók de vorderingen binnen een factoring-overeenkomst met financiering maar zonder risico-dekking, ten aanzien waarvan de factor niet financiert. Waar wij in dit artikel spreken over niet-goedgekeurde vorderingen hebben wij echter slechts het oog op eerstgenoemde categorie: de vorderingen waarvan de factor het risico niet overneemt, hoewel er sprake is van een overeenkomst met risico-dekking.

Voor wat betreft de situaties 1) en 2) zijn wij van oordeel dat de hiervóór opgesomde teruggave-mogelijkheden geen beletsel vormen voor het aannemen van een zuivere koop-overeenkomst. O.i. valt de beschreven overeenkomst tot overdracht wel degelijk onder de noemer "koop", en wel "*koop met recht van teruggave*". Hiervan spreekt men, indien de koper voor zichzelf een eenzijdig ontbindingsrecht heeft bedongen.¹²⁾ Wij citeren Schut¹³⁾:

"Naar mijn mening moet een koop waarbij recht van teruggave is bedongen als een zuivere koop worden opgevat. Het gemaakte voorbehoud geeft de koper het recht door een eenzijdige wilsverklaring te ontbinden. De ontbinding heeft tot gevolg, dat partijen van hun verbintenis zijn bevrijd en dat zij verplicht zijn reeds verrichte prestaties ongedaan te maken".

Zoals gezegd, wij kunnen niet inzien welke belemmering er bij factoring bestaat om een dergelijke koop als titel voor de overdracht van goedgekeurde vorderingen aan te nemen. Ook in rechtspraak en literatuur spreekt men dan over koop.¹⁴⁾ Overigens verdient op dit punt nog vermelding, Salingers opvatting, dat teruggave, indien mogelijk vermeden dient te worden.¹⁵⁾ Als wij Schut (op p. 62) goed interpreteren, is er naar zijn mening bij een koop met recht van teruggave geen sprake van een *ontbindende voorwaarde*, doch werpt hij deze gedachte niet geheel. De factor-maatschappijen hebben wanbetaling door de debiteur (geval 1)) en betwisting van de vordering (geval 2)) ook niet als ontbindende voorwaarde in hun contract opgenomen. Naar onze mening zou dit laatste wel mogelijk zijn. Naar huidig recht heeft de ontbindende voorwaarde zowel terugwerkende

kracht (art. 1301 BW) als zakelijke werking. In het NBW heeft de wetgever van terugwerking afgezien (art. 6.1.5.2 NBW). Zakelijke werking blijft ook onder het komend recht optreden (art. 3.4.2.2 lid 4 NBW).¹⁶⁾

De ontbindende voorwaarde, opgenomen in de factoring-overeenkomst zou de factor wellicht moeite en tijd besparen, aangezien retro-overdracht dan overbodig zou worden. Anderzijds dient hetgeen Salinger over teruggave opmerkt niet uit het oog te worden verloren (zie hierboven).¹⁷⁾

Overigens bij geval 3), de niet-goedgekeurde vorderingen, zouden wij niet zonder meer koop willen aannemen. In 2.3. zullen wij de mogelijkheid van cessie ter incasso bezien.

2.3 Ter incasso

Een andere titel, die aan de cessie in het kader van factoring ten grondslag zou kunnen liggen, is "ter incasso" (vooropgesteld, dat men dit als geldige titel voor eigendomsoverdracht beschouwt, hetgeen wij inderdaad doen, zoals nog zal blijken). Dit speelt vooral bij de overdracht aan de factor van niet-goedgekeurde vorderingen (zoals wij reeds hiervoor vermeldden, verstaan wij hieronder, die vorderingen, waarvan de factor - binnen een factoring-overeenkomst met risico-dekking - het risico niet overneemt. De factor belast zich bij genoemde vorderingen nagenoeg alleen met de inning).

Deze kwestie kwam (naast de andere) aan de orde in het geschil tussen IFN en CBI voor Hof 's-Gravenhage 19 november 1980, opgenomen bij HR 19 oktober 1984, NJ 1985, 213 (G.). (Zie voor een samenvatting van de casuspositie de bespreking van P.C. Knol¹⁸⁾.) IFN en het Hof verschilden o.a. van opvatting over de rechtsgevolgen van een cessie ter incasso aan de factor van niet-goedgekeurde vorderingen.

Hoe oordeelt nu de literatuur over de geldigheid van 'ter incasso' als titel voor een geldige eigendomsoverdracht?

A. Huidig recht

Tegenstanders zijn o.a. Mijnsen¹⁹⁾, Scholten²⁰⁾ en Maeijer.²¹⁾ Zij zijn van oordeel dat een cessie ter incasso niet anders betekent dan een volmacht tot inning. Heemskerck²²⁾ is onzeker. Het merendeel der

auteurs lijkt toch aan te nemen, dat cessie ter incasso de vordering wèl doet overgaan. Genoemd kunnen worden Gerbrandy²³⁾, Verpaalen²⁴⁾, Schut²⁵⁾, Hartkamp²⁶⁾, Adv.-Gen. Ten Kate²⁷⁾ en Adv.-Gen. Biegman-Hartogh.²⁸⁾ Zij zijn over het algemeen van mening dat hier sprake is van fiducia cum amico.

Wij zouden ons bij laatstgenoemden willen aansluiten, zeker met betrekking tot factoring. (Naar onze mening zal cessie ter incasso niet in elk *ander* geval leiden tot overgang in het vermogen van de cessionaris.) Wellicht zou zelfs Scholten hier de eigendomsoverkrijging van de factor niet betwisten. Hij acht bijzondere omstandigheden, zoals voorkwamen bij BUMA²⁹⁾, gecombineerd met de overeenkomst om de vordering voor de cedent te innen, voldoende om een geldige titel voor een fiduciaire eigendomsoverdracht aan te nemen. Aanwezigheid van zulke bijzondere omstandigheden staat naar onze mening bij factoring buiten kijf. Daarbij denken wij o.a. aan hetgeen IFN opmerkte in bovengenoemde procedure. Zij voerde aan, dat cessie van niet-goedgekeurde vorderingen niet slechts een volmacht tot inning oplevert. Cessie ter incasso doet wèl de eigendom overgaan, betoogde zij. Zou men (desondanks) tòch de door het Hof aangenomen beperkte werking aan een cessie ter incasso willen toekennen dan nog dient men in het oog te houden, dat een overdracht van niet-goedgekeurde vorderingen bij factoring niet op zichzelf staat. De vraag of deze overdracht al dan niet een volledige eigendomsoverdracht bewerkstelligt, moet volgens IFN dan ook tegen de achtergrond van de gehele factoring-overeenkomst worden gezien.

Wij achten 'ter incasso' als titel voor eigendomsovergang van niet-goedgekeurde vorderingen bij factoring in theorie mogelijk. Eén belangrijk punt verdient daarbij echter nog de aandacht. In het contract verschaft de factor zichzelf (formeel) een sterke positie. Hij bepaalt dat er m.b.t. niet-goedgekeurde vorderingen geen financiering zal plaatsvinden. M.a.w. hij zal slechts de inning verzorgen. Het lijkt ons zèker niet uitgesloten, dat in de factoring-praktijk in een aantal gevallen hiervan (informeel) wordt afgeweken. Is er t.a.v. niet-goedgekeurde vorderingen wel sprake van financiering, dan is 'ter incasso' niet de aangewezen titel voor de cessie. 'Tot zekerheid' of 'koop' zijn in dat geval betere alternatieven.

B. Toekomstig recht

Art. 3.4.2.2 lid 3 NBW is voor de tegenstanders van de geldigheid

van 'ter incasso' als titel voor eigendomsoverdracht, het argument om de geldigheid ervan naar NBW te bestrijden. (Dit artikel bepaalt immers, dat een overdracht, waaraan een overeenkomst ten grondslag ligt, die niet de strekking heeft het goed, i.c. de vordering, te doen overgaan, een geldige titel mist.) Aldus o.a. Mijnsen³⁰⁾ en Maeijer.³¹⁾ Een andere opvatting huldigen bijv. Verpaalen³²⁾ en Uniken Venema.³³⁾ Het lijkt erop dat genoemde tegenstanders het gelijk aan hun zijde zullen krijgen: in de MvA bij art. 3.4.2.2 NBW³⁴⁾ wordt het arrest HR 21 oktober 1983, NJ 1984, 254 (Ma) als volgt geïnterpreteerd: cessie ter incasso moet worden gezien als lastgeving tot inning. Wij vragen ons af of de HR dit heeft bedoeld. Het college heeft enkel overwogen, dat een last tot inning kan worden gegeven, al dan niet aangeduid met de term cessie ter incasso. Daaruit volgt niet dat elke cessie ter incasso dus een lastgeving tot inning is. Op grond van het gestelde in de MvA zal men er toch van uit moeten gaan, dat cessie ter incasso naar komend recht niet als geldige eigendomsoverdracht gezien zal worden. Voor de overdracht van niet-goedgekeurde vorderingen zal men een andere titel moeten vinden.

2.4 Volmacht tot inning

Sterk verwant met de in de vorige paragraaf behandelde cessie ter incasso is een andere figuur: de volmacht tot inning. Een aantal auteurs, waaronder Mijnsen³⁵⁾ en Maeijer³⁶⁾ nemen zelfs het standpunt in, dat cessie ter incasso niet anders inhoudt dan een volmacht tot inning (zie 2.3.). Wij zullen hier (summier) nagaan of een dergelijke volmacht bij factoring bruikbaar is.

A. Huidig recht

Momenteel werken de factor-maatschappijen niet of nauwelijks met een volmacht tot inning. Reeds eerder is aan de orde geweest dat, de niet-goedgekeurde vorderingen uitgezonderd, factoring veel meer omvat dan het pure incasseren van de vorderingen van de cliënt. Een volmacht tot inning geeft de factor dan ook onvoldoende armslag om de overige werkzaamheden naar behoren te kunnen verrichten. Om een voorbeeld te noemen: doorverkoop van de vorderingen is dan niet geoorloofd. Slechts voor de niet-goedgekeurde vorderingen zal genoemde volmacht gehanteerd kunnen worden. Ook hier echter achten

de factor-maatschappijen hem niet geschikt. Naar hun mening biedt hij te weinig zekerheid: zowel door de mogelijkheid dat de volmacht (alsnog) wordt ingetrokken, als ook door het einde van de volmacht bij faillissement van de cliënt. Het laatste argument, het einde van de volmacht bij faillissement, is naar onze mening wèl steekhoudend. Daarbuiten is echter voldoende zekerheid te bedingen, namelijk d.m.v. een onherroepelijke volmacht.³⁷⁾ Blijkbaar zien de factor-maatschappijen deze mogelijkheid over het hoofd. Behalve het door de factors aangevoerde, lijkt ons nog van belang, dat een volmacht niet privaatief werkt (ook al is hij onherroepelijk).³⁸⁾ De cliënt zou zodoende bevoegd blijven de vordering zelf te incasseren, hetgeen in de praktijk o.i. tot problemen kan leiden.

B. Toekomstig recht

Naar NBW verandert het hier gestelde niet. De volmacht is in het komend recht (in tegenstelling tot het huidige recht) uitdrukkelijk geregeld. Ook onder vigeur van het NBW is een onherroepelijke volmacht mogelijk. Art. 3.3.13 NBW bepaalt dat deze kan worden gegeven, indien het gaat om een rechtshandeling in het belang van de gevolmachtigde (of een derde). Dit belang van de factor mag naar onze mening hier worden aangenomen. Echter, ook naar NBW zal onherroepelijkheid het einde van de volmacht, vanwege faillissement van de cliënt, niet beletten.³⁹⁾ Eveneens onveranderd blijft het feit, dat de volmachtgever (cliënt) bevoegd zal blijven de rechtshandeling, i.c. de incasso, te verrichten.

Wellicht kan men zich bij dit alles afvragen wáárom de factor-maatschappijen ook m.b.t. vorderingen die slechts geïnd behoeven te worden, meer zekerheid verlangen, dan voortvloeit uit een volmacht tot inning. Ook hier dient men dan de factoring-overeenkomst in zijn totaliteit te beschouwen (vgl. 2.3.). De factormaatschappijen hebben er waarschijnlijk belang bij, t.a.v. alle vorderingen van hun cliënt een zo sterk mogelijke positie te verkrijgen.

2.5 Tot zekerheid

Is tenslotte 'tot zekerheid' een titel die voor overdracht van de vordering aan de factor bruikbaar is? Als men de minister mag geloven, is naar huidig recht cessie in het kader van een factoring-overeenkomst nooit een cessie tot zekerheid. In de meeste recente

MvA op art. 3.9.2.3 NBW⁴⁰⁾ stelt hij namelijk dat cessie o.g.v. een factoring-overeenkomst "buiten de huidige cessie tot zekerheid valt". Dit staat naar onze mening niet zonder meer vast: in deze paragraaf zullen wij aantonen, dat fiduciaire cessie bij factoring voor het geldend recht in een aantal gevallen niet ondenkbaar lijkt.

Een eerste beperking is gelegen in het feit, dat een overdracht tot zekerheid niet op haar plaats is bij een factoring-pakket zonder bevoorschotting. Er is dan immers geen sprake van een schuld van de cliënt t.o.v. de factor. Omdat de factor toch zekerheid verlangt (bijv. i.v.m. het overgenomen debiteuren-risico) dient dan een andere titel gekozen te worden.

Voor het overige lijkt ons dat de factor als fiduciair eigenaar voldoende bevoegdheden heeft. Zo is bijv. bij fiduciaire cessie de inningsbevoegdheid van de cedent niet aan twijfel onderhevig, i.t.t. de inningsbevoegdheid van een pandhouder van een vordering.⁴¹⁾ Op dit punt van roerende zaken beperkt dit college de rechten van de fiduciaris niet te zeer. O.g.v. de arresten 'Van Wessem-Traffic' en 'Van Gend en Loos'⁴²⁾ concludeert Beekhuis dat voor relativering doorslaggevend is, of er ten voordele van de zekerheidseigenaar een ongerechtvaardigde vermogensverschuiving zou optreden indien hij de rechten van bepaalde bevoorrechte crediteuren niet zou behoeven te erkennen.⁴³⁾ Gewone crediteuren zullen bij de HR tevergeefs aankloppen. Een dergelijke vermogensverschuiving zouden wij bij zekerheidscessie in het kader van een factoring-overeenkomst niet licht willen aannemen. Bij fiduciaire cessie zal dus veel minder aanleiding tot problemen geven dan de zekerheidsoverdracht van roerende zaken. Wij achten derhalve een relativering van de zekerheidseigendom niet waarschijnlijk.

De minister lijkt een andere mening te zijn toegedaan. Hij gaat ervan uit dat, indien een fiduciaire cessie wordt gevolgd door een cessie anders dan tot zekerheid, gecompleteerd door betekening of erkenning, de tweede cessionaris vóór gaat, o.g.v. genoemde arresten uit '70 en '75.⁴⁵⁾ Uit de literatuur is geen duidelijk heersend standpunt te destilleren.⁴⁶⁾ Het wachten is op de HR zelf ...

B. Toekomstig recht

Onder het komend recht zal fiduciaire (eigendoms-)overdracht niet meer zijn toegestaan (art. 3.4.2.2 lid 3 NBW). Voor cessie tot zeker-

heid komt een ander zekerheidsrecht in de plaats: stil pandrecht (art. 3.9.2.3 NBW), waarop wij in dit artikel helaas niet verder kunnen ingaan.

Conclusie

In het voorgaande hebben wij de mogelijke titels behandeld die aan cessie bij factoring ten grondslag liggen. Tot slot zullen wij nog een korte opsomming geven van de titels, die ons in de praktijk het best te hanteren lijken.

A. Goedgekeurde vorderingen

De titel 'koop' ligt hier o.i. het meest voor de hand. Wij denken daarbij aan de variatie 'koop met recht van teruggave', (dit laatste al dan niet in de vorm van een ontbindende voorwaarde). Ook na de invoering van het NBW blijft deze mogelijkheid zijn waarde behouden. Daarnaast biedt het huidige recht o.i. nog een andere oplossing: 'cessie tot zekerheid'. Naar onze mening is deze titel hier goed te gebruiken. De fiduciaire cessionaris staat volgens ons voldoende sterk t.o.v. "gewone" cessionarissen. (De minister is op dit punt een andere mening toegeedaan.)

B. Niet-goedgekeurde vorderingen

Bij deze vorderingen biedt naar onze mening cessie ter incasso - tot de invoering van het NBW - in beginsel de beste mogelijkheden. Volgens ons gaat bij cessie 'ter incasso' binnen factoring, de vordering over in het vermogen van de factor. De eigendomsovergang (bij cessie ter incasso) is in literatuur en jurisprudentie niet onomstreden. Naar komend recht valt ook deze weg waarschijnlijk onder het fiducia-verbod. Meer toekomstperspectief biedt de volmacht tot inning: zowel naar BW als naar NBW kan de factor een onherroepelijke volmacht tot inning bedingen. Deze verschaft hem in de meeste gevallen voldoende mogelijkheden. Echter bij faillissement geraakt hij in een nadeliger positie (dan bij cessie ter incasso), aangezien dan de volmacht eindigt. Ter aanvulling zij hier nog vermeld dat naar onze mening 'koop' bij overdracht van niet-goedgekeurde vorderingen een te vèrgaande strekking heeft. Dit is slechts anders, indien de factor, i.t.t. hetgeen het factoring-contract bepaalt, tóch financiert m.b.t. bepaalde niet-goedgekeurde vorderingen (hetgeen ons niet onwaarschijnlijk

voorkomt).

Bovenstaande indeling laat duidelijk zien dat de overdracht van vorderingen in het kader van de factoring naar onze mening op grond van bestaande titels mogelijk is.

Een andere visie verdedigt A-G Biegman-Hartogh in haar conclusie voor HR 19 oktober 1984, NJ 1985, 213, in punt 7: de factoring-overeenkomst moet als een nieuwe rechtsverhouding, naast de traditionele worden behandeld. De invulling van de details dient de feitenrechter o.g.v. de partij-intentie te geven.

Deze nadruk op de bedoeling van de partijen met de daaruit voortvloeiende rechtsonzekerheid weegt volgens ons niet op tegen de zekerheid, die inpassing in het bestaande systeem biedt.

De partijwil hoeft ook bij de tweede benadering niet in de knel te komen, mits de rechter de touwtjes van het keurslijf maar niet te strak aantrekt!

Noten

- 1) Van Marwijk Kooy, Monografiën NBW B-44, p. 4.
- 2) Ontwerp van het Internationaal Instituut voor de Unificatie van het Privaatrecht te Rome (UNIDROIT) 1983, Study LVIII, doc. 16.
- 3) De hierna genoemde bedrijven zijn verdeeld over een groot aantal verschillende (industrie-)branches.
- 4) Zie o.a. Carla Hess, (Factoring), AA 1972, p. 179, F. Salinger, Factoring, Tolley Publishing Company Ltd., Croydon (Engeland), 1984, p. 33 en 34 en M.J.G.C. Raaymakers, Juridisch Zakboek 1973 nr. 49.
- 5) Salinger, t.a.p., p. 34.
- 6) Zie over krediet-verzekering: F. Molenaar, Krediet, Studiepockets Bedrijfsrecht 1985, p. 46 en 47 en Salinger, t.a.p., p. 32.
- 7) Salinger, t.a.p., p. 30.
- 8) Zie ook G.D.L.M. Gilissen, Weekblad voor Fiscaal Recht 1976, no. 5298, p. 1099.
- 9) Bijv. Salinger, t.a.p., p. 34.
- 10) Zie ook Salinger, t.a.p., p. 50.

- 11) Zie bijv. Molenaar, t.a.p., p. 48, Raaijmakers, t.a.p., p. 51 en Van Marwijk Kooy, t.a.p., p. 4.
- 12) Asser-Schut, Bijzondere Overeenkomsten I, Koop en Ruil, 1981, p. 61 en 62.
- 13) Schut, t.a.p., p. 62.
- 14) Vgl. het arrest CBI-SPC, HR 19 oktober 1984, NJ 1985, 213 (G) en Heller-Brabant Pers, HR 26 april 1985, NJ 1985, 819 (G).
- 15) Salinger, t.a.p., p. 69 en 70.
- 16) Bijv. Asser-Hartkamp I, Verbintenissenrecht 1984, nrs. 156, 175 t/m 177, H.C.F. Schoordijk, Het Algemene gedeelte van het verbintenissenrecht, 1980, p. 109 en 110 en Parlementaire Geschiedenis van het NBW, Van Zeben-Dupon-Olthof, Boek 6, p. 145 en 146.
- 17) Zie noot 15.
- 18) P.C. Knol, Kwartaalbericht NBW 1985/3, p. 94 en 95.
- 19) F.H.J. Mijnsen, in NJB 1971, p. 925 t/m 933 en Asser-Beekhuis Zakenrecht I, 1985, nr. 364 en 632.
- 20) G.J. Scholten in zijn noot onder HR 19 december 1969, NJ 1970, 200.
- 21) J.M.M. Maeijer in zijn annotatie bij HR 21 oktober 1983, NJ 1984, 254.
- 22) W.H. Heemskerk in zijn noot onder HR 16 januari 1981, NJ 1981, 663.
- 23) S. Gerbrandy, Praktijkids, 1968, p. 53 t/m 55.
- 24) O.A.C. Verpaalen, Preadvies BNC 1964, p. 31 en 32.
- 25) G.H.A. Schut, AA 1970, p. 410.
- 26) A.S. Hartkamp, WPNR 5267, p. 379 en 380.
- 27) A-G Ten Kate in zijn conclusie voor HR 24 september 1976, NJ 1978, 135.
- 28) A-G Biegan-Hartogh, concluderend bij HR 21 oktober 1983, NJ 1984, 254.
- 29) HR 14 juni 1929, NJ 1929, 1434, W 12009. Het ging in dit arrest om overdracht door een aantal componisten van hun auteursrechten aan BUMA. BUMA zorgde voor verdediging en exploitatie van deze rechten. Volgens Scholten was het voor de componisten niet goed mogelijk zelf hiervoor zorg te dragen.
- 30) Asser-Beekhuis, t.a.p., nr. 364.

- 31) Zie noot 21.
- 32) Zie noot 24.
- 33) C.A.E. Uniken Venema, WPNR 5729, p. 144.
- 34) Tweede Kamer 1984-1985, 17 496, nr. 10, p. 37.
- 35) F.H.J. Mijnsen, NJB 1971, p. 925 en Asser-Beekhuis, t.a.p., p. 364 en 632.
- 36) Zie noot 21.
- 37) Asser-Van der Grinten, De vertegenwoordiging, 1985, nr. 14 en 70 en A.R. Bloembergen, De vertegenwoordiging, 1981, p. 39. Overigens komt de onherroepelijke volmacht voor op de zgn. "grijze lijst" van afd. 6.5.2A NBW (art. 6.5.2A.4 sub n NBW). Dit betekent, dat indien een dergelijke volmacht in Algemene Voorwaarden wordt bedongen, dit beding vermoed wordt onredelijk bezwarend voor de wederpartij (van degene die de Algemene Voorwaarden gebruikt) te zijn. Deze bepaling geldt voor transacties met consumenten. Reflex-werking m.b.t. transacties tussen ondernemers onderling (zoals de factor en zijn cliënt) is mogelijk. Het onderwerp Algemene Voorwaarden/factoring-contracten laten wij hier verder rusten.
- 38) Bloembergen, t.a.p., p. 39 en 40.
- 39) Lid 1 van art. 3.3.13 NBW geeft slechts aan, dat vanwege de onherroepelijkheid dood en curatele de volmacht niet zullen doen stijgen.
- 40) Tweede Kamer 1984-1985, 17 496, nr. 10, p. 64.
- 41) Zie bijv. Asser-Van Oven, Zakenrecht III, Zekerheidsrechten, 1978, p. 128, Pitlo-Brahn, Zakenrecht, 1980, p. 487 en O.K. Brahn, Studiepockets Privaatrecht nr. 13, 1983, p. 194.
- 42) HR 6 maart 1970, NJ 1970, 433 (PhANH) Pluvier-arrest en HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91 (WMK) Van Gend & Loos.
- 43) Asser-Beekhuis, t.a.p., nr. 356.
- 44) Asser-Van Oven, t.a.p., p. 128.
- 45) MvA bij de Invoeringswet NBW boeken 3, 5 en 6, 17 496, nr. 10, p. 34.
- 46) Zie bijv. Pitlo-Brahn, Zakenrecht, 1980, p. 488, waar van een open vraag wordt gesproken.