

Uitleg cessieverbod

Prof. mr. W.H. van Boom*

HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682 (*Coface Finanz / Intergamma*)

De Nederlandse vennootschap Intergamma BV (hierna: Intergamma) koopt regelmatig partijen elektronische apparatuur van AFK Holland BV (hierna: AFK). Partijen zijn overeengekomen dat op deze overeenkomsten het Nederlandse recht van toepassing is en dat leveringen plaatsvinden onder toepasselijkheid van de algemene inkoopvoorwaarden van Intergamma. In artikel 21 lid 3 van die inkoopvoorwaarden is bepaald:

‘Zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Intergamma zal Verkoper zijn rechten en verplichtingen uit de met Intergamma gesloten overeenkomst, noch geheel noch gedeeltelijk aan derden overdragen. Toestemming van Intergamma ontslaat Verkoper niet van zijn verplichting in te staan voor correcte nakoming van de koopovereenkomst.’

Op enig moment in de handelsrelatie worden de leveranties door AFK ‘overgenomen’ door een gelieerde maatschappij, het in Duitsland gevestigde AFK Duitsland. Deze vennootschap bevestigt aan Intergamma dat zij alle eerdere afspraken, condities en leveringen zal nakomen. AFK Duitsland op haar beurt heeft echter in het kader van een zogenaamde factoringovereenkomst met de Duitse financieringsmaatschappij Coface Finanz GmbH al haar bestaande en toekomstige vorderingen op Intergamma aan Coface gecedeerd.¹ Intergamma ontvangt dan ook facturen waarop staat dat de betalingen moeten worden gedaan op een Duitse bankrekening die toebehoort aan Coface.

Echter, AFK Holland verzoekt op enig moment aan Intergamma om de betalingen te doen op haar (Nederlandse) bankrekening. Intergamma voldoet aan dat verzoek en zodoende ontstaat een conflict met Coface. Die stelt zich namelijk op het standpunt dat de vorderingen door AFK aan Coface waren gecedeerd en dat Intergamma dus alleen bevrijdend kon betalen aan Coface.

Coface dagvaardt Intergamma voor de Rechtbank Utrecht en vordert betaling van ruim € 100.000 aan facturen die Intergamma ten onrechte aan AFK Holland zou hebben betaald. Intergamma verdedigt zich onder meer met een beroep op artikel 21 lid 3 van haar voorwaarden: nu zij niet had ingestemd met overdracht, waren de vorderingen onoverdraagbaar in de zin van artikel 3:83 lid 2 BW, en is AFK Holland dus rechthebbende gebleven van die vorderingen.

De rechtbank stelt Coface in het gelijk. Zij oordeelt namelijk dat uit de bewoordingen van het beding in de algemene inkoopvoorwaarden blijkt dat de bedoeling van partijen niet was om de vorderingen onoverdraagbaar te maken, maar slechts om een obligatoir verbod overeen te komen. Daarom staat het beding niet in de weg aan rechtsgeldige overdracht.

In appel vernietigt het Hof Amsterdam het rechtbankvonnis en komt tot een beslissing in het voordeel van Intergamma. Het hof oordeelt, met verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad d.d. 17 januari 2003 in de zaak *Oryx / Van Eesteren*,² dat een contractueel verbod tot overdracht als dit, bij gebreke van aanwijzingen van het tegendeel, zo moet worden uitgelegd dat daarmee niet slechts verbintenisrechtelijke werking, maar ook goederenrechtelijke werking is beoogd. Gelet op de bewoordingen van artikel 21 lid 3 van de inkoopvoorwaarden ligt het voor de hand dit artikel zo uit te leggen dat daarmee is beoogd de vorderingen onoverdraagbaar te maken, aldus het hof.

Tegen dit arrest komt Coface in cassatie. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof, en wel op grond van de volgende overwegingen:

‘3.3.1 Bij de beoordeling van het middel wordt vooropgesteld dat de Hoge Raad in zijn door het hof aangehaalde arrest van 17 januari 2003 heeft geoordeeld (kort gezegd) dat een verpandingsverbod zoals

* Met dank aan Anne Hendriks, Boudewijn Smit en Pieter De Tavernier voor commentaar en discussie.

1 Een factorovereenkomst kan verschillende juridische vormen aannemen, maar economisch is

het uitbesteding van debiteurenbeheer waarbij de factoringmaatschappij als financier de debiteurenportefeuille van de cliënt overneemt of in pand krijgt.

2 HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0168, NJ 2004/281.

in die zaak aan de orde, ingevolge art. 3:83 lid 2 BW niet leidt tot beschikkingsonbevoegdheid van de gerechtigde tot de vordering, maar tot niet-overdraagbaarheid van de vordering zelf. Een handeling in strijd met zo'n beding levert niet slechts wanprestatie van de schuldeiser tegenover zijn schuldenaar op, maar kan bovendien niet leiden tot een geldige overdracht of verpanding van die vordering. Noch het feit dat de cessionaris dan wel de pandnemer niet op de hoogte was van dat verbod, noch het bepaalde in art. 3:36 BW, doet eraan af dat het verbod in de weg staat aan een rechtsgeldige overdracht respectievelijk verpanding.

Dit oordeel, dat strookt met de tekst van art. 3:83 lid 2 BW en de daarop gegeven toelichting (Parl. Gesch. Boek 3, blz. 314), komt erop neer dat partijen goederenrechtelijke werking kunnen geven aan een contractueel overdraagbaarheids- of verpandingsverbod.

3.3.2 Weliswaar is het arrest van de Hoge Raad van 17 januari 2003 in de literatuur kritisch besproken (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.12-2.14), maar de Hoge Raad ziet hierin onvoldoende aanleiding tot heroverweging van zijn rechtspraak. Die rechtspraak strookt immers met de wettekst en de wetsgeschiedenis. Voorts moet worden aangenomen dat de praktijk zich op deze rechtspraak heeft ingesteld. Daarbij komt dat het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat om een keuze te maken uit de alternatieven die, zoals rechtsvergelijking leert, kunnen worden overwogen met betrekking tot de regeling van niet-overdraagbaarheidsclausules.

3.4.1 Onderdeel 1.6 bevat de klacht dat het hof ten onrechte, althans onvoldoende gemotiveerd, heeft geoordeeld dat een contractueel verbod tot overdracht of verpanding, bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel, zo moet worden uitgelegd dat daarmee goederenrechtelijke werking is beoogd. Het onderdeel treft doel. Anders dan het hof heeft aangenomen is een uitlegregel van deze strekking niet aanvaard in het arrest van de Hoge Raad van 17 januari 2003. Zij is bovendien onjuist.

3.4.2 Een beding als het onderhavige, dat naar zijn aard mede is bestemd om de rechtspositie te beïnvloeden van derden die de bedoeling van de contracterende partijen niet kennen, en dat ertoe strekt hun rechtspositie op uniforme wijze te regelen, dient te worden uitgelegd naar objectieve maatstaven, met inachtneming van de Haviltex-maatstaf (zie HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, NJ 2005/493). Als uitgangspunt bij de uitleg van bedingen die de overdraagbaarheid van een vorderingsrecht uitsluiten, moet worden aangenomen dat zij uitsluitend verbintenisrechtelijke werking hebben, tenzij uit de - naar objectieve maatstaven uit te leggen - formulering daarvan blijkt dat daarmee goederenrechtelijke werking als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW is beoogd. Het hof heeft dit miskend.³

De Hoge Raad verwijst naar het Hof Den Haag voor verdere behandeling. Dit hof zal zich dus alsnog moeten buigen over de uitleg van artikel 21 lid 3 van de inkoopvoorwaarden van Intergamma, maar nu aan de hand van de uitlegmaatstaf die de Hoge Raad in r.o. 3.4.2 heeft geformuleerd.

Noot³

Beschikkingsvrijheid vs. beperkingsvrijheid

Artikel 3:83 BW bepaalt dat een vorderingsrecht op naam – dat wil zeggen het recht van een schuldeiser uit verbintenis om een prestatie te vorderen van zijn schuldenaar, ‘een tegen een bepaalde persoon uit te oefenen recht’ als bedoeld in artikel 3:94 BW – in beginsel overdraagbaar (cedeerbaar) is. Artikel 3:83 BW is van toepassing op vorderingsrechten in algemene zin en bestrijkt dus zowel vorderingsrechten tot betaling van een geldsom, levering van een goed, als het verrichten van een dienst. Het tweede lid van artikel 3:83 bepaalt dat de overdraagbaarheid van het vorderingsrecht door een *beding* tussen schuldeiser en schuldenaar kan worden uitgesloten. Een dergelijk beding wordt wel een contractueel cessieverbod, vervreemdingsverbod, beding van niet-overdraagbaarheid of onoverdraagbaarheidsbeding genoemd.

Men kan artikel 3:83 lid 2 BW zien als de consequente uitwerking van het beginsel van partij-autonomie.⁴ Vorderingsrechten die uit overeenkomst voortkomen, worden immers door partijen binnen de grenzen van de contractsvrijheid vormgegeven. De wilsovereenstemming bepaalt wat de vordering inhoudt, wanneer die moet worden voldaan en logischerwijze dus ook of (en onder welke voorwaarden) de schuldeiser zijn recht op nakoming mag overdragen (cederen) aan een derde. Zo bezien staat bij vorderingsrechten het beginsel van ‘beperkingsvrijheid’ voorop: partijen mogen de overdraagbaarheid beperken als zij dat wensen. Dat die beperkingsvrijheid niet bestaat bij eigendom van zaken, is in deze zienswijze logisch omdat zaken geen product van wilsovereenstemming zijn, niet voortkomen uit een verbintenisrechtelijke verhouding en dus geen rechtsband tussen partijen vooronderstellen. Bij zaken geldt het spiegelbeeld van beperkingsvrijheid, namelijk ‘beschikkingsvrijheid’. Dit houdt in dat overdraagbaarheid niet kan worden uitgesloten, althans niet met ‘sterke werking’ (dat wil zeggen: met goederenrechtelijk effect; tegenover eenieder in te roepen; *erga omnes*).⁵ Men kan zich wel contractueel verplichten om eigendom niet over te dragen; houdt men zich niet aan die afspraak, dan is sprake van een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis. Dit noemt men wel de ‘zwakke werking’ (verbintenisrechtelijk, in beginsel alleen gevolgen tussen partijen) van een beding van niet-overdraagbaarheid. Als een beding van niet-over-

3 Het arrest is ook opgenomen in *JOR* 2014/151, *RvdW* 2014/495 en wordt onder meer besproken door B.I. Kraaijpoel, *Bb* 2014, 27; E.M. Kleyweg & M. Alipour, *V&O* 2014, p. 72; M.S. Breeman & S. Houdijk, *MvV* 2014, p. 152; R.M. Wibier, *TBR* 2014/119. Het arrest wordt door mij besproken op YouTube. Zie www.youtube.com/user/professorvanboom.

4 Vgl. over partij-autonomie, cessie en cessieverbod de beschouwingen bij A. Quast, *Rechtskräftiger Titel des Zedenten und Schutz des Schuldners* (diss. Freiburg), Tübingen: Mohr Siebeck 2009, p. 32 e.v.

5 Dat beginsel is niet letterlijk in ons BW neergelegd (zie echter wel letterlijk § 137 BGB), maar

ligt er wel aan ten grondslag. Zie immers art. 3:83 lid 1 (a contrario) en art. 6:252 lid 5 BW. Vgl. Parlementaire Geschiedenis Boek 3, p. 314-315; A.I.M. van Mierlo & S.E. Bartels, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 210. Onder oud BW werd in dit verband wel gewezen op het beginsel dat ‘zaken in den handel’ wel en ‘buiten den handel’ niet konden worden verkocht (vgl. art. 1368 BW oud; art. 1128 en art. 1598 Code civil en art. 1598 Belgisch BW) maar het was (in ons recht) zeer de vraag of daarmee een goederenrechtelijk beginsel was

geformuleerd en zo ja, hoe ver dit beginsel reikte. Zie korthedshalve S. van Brakel, *Leerboek van het Nederlandse Verbintenissenrecht, eerste deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1948, p. 419-420; C. Asser & P. Scholten, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht. 2: Zakenrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1933, p. 26 e.v. Vgl. ook de Belgische discussie bij R.R. Felkamp, *De overdracht van schuldvorderingen*, Antwerpen: Intersentia 2005, p. 139 e.v. Voor een overzicht van de gedachtenvorming over niet-overdraagbaarheid van vorderingsrechten onder het oude BW zie bijv. H.L.E. Verhagen en M.H.E. Rongen, *Cessie* (Preadviezen VBR), Deventer: Kluwer 2000, p. 98 e.v.

draagbaarheid alleen maar zwakke werking toekomt, kan het niet in de weg staan aan rechtsgeldige overdracht.

Onze wetgever kiest in artikel 3:83 lid 2 BW voor beperkingsvrijheid boven beschikkingsvrijheid.⁶ Uit de totstandkomingsgeschiedenis van het wetsartikel volgt dat gebruikmaking van het recht van beperkingsvrijheid ‘sterke werking’ heeft.⁷ Dit werd bevestigd door de Hoge Raad in het arrest *Oryx/Van Eesteren*.⁸ In die zaak betrof het een vorderingsrecht van onderaannemer Elands op hoofdaannemer Van Eesteren. Dat vorderingsrecht vloeide voort uit de aannemingsovereenkomst op grond waarvan Elands werk had verricht voor Van Eesteren. De daartegenoverstaande geldvordering van Elands was echter onderworpen aan de bepalingen van de overeenkomst, waarin onder meer was bepaald dat het Elands verboden was om de ‘uit deze onderaannemingsovereenkomst jegens de hoofdaannemer voortvloeiende vorderingen zonder diens toestemming aan een derde te cederen, te verpanden of onder welke titel dan ook in eigendom over te dragen’. De vraag was nu of deze bepaling in de weg stond aan een geldige verpanding van de vordering van Elands op Van Eesteren aan Oryx. De Hoge Raad oordeelde dat artikel 3:83 lid 2 BW met zich brengt dat de overdraagbaarheid van een vordering kan worden uitgesloten door een beding zoals hier was afgesproken tussen de oorspronkelijke debiteur en crediteur, dat een dergelijk beding tot niet-overdraagbaarheid van de vordering leidt en dus tot ongeldigheid van overdracht.⁹ De oorzaak van die ongeldigheid is niet gelegen in de onbevoegdheid van de beschikkende persoon maar in de aard van het object, dat door het beding niet-overdraagbaar is geworden, zo wordt wel afgeleid uit *Oryx*. Via de schakelbepaling van artikel 3:98 BW geldt dit alles ook voor de verpanding van de betreffende vordering. Het gevolg is dat Oryx geen beperkt recht op het vorderingsrecht had verkregen omdat de vordering niet verpandbaar was.¹⁰

Rechtsvergelijking

Voor wat betreft vorderingsrechten stelt onze wet in artikel 3:83 lid 2 BW dus beperkingsvrijheid boven beschikkingsvrijheid. Dat daar bepaald anders over kan worden gedacht, toont een korte vergelijking met andere rechtsstelsels. De Hoge Raad wijst er terecht op dat er verschillende benaderingen denkbaar zijn ten aanzien van niet-overdraagbaarheidsclausules. In sommige landen wordt namelijk benadrukt dat vorderingsrechten – en zeker contractuele vorderingsrechten tot betaling van een geldsom – vermogensbestanddelen zijn die vrijelijk overgedragen moeten kunnen worden omdat ze aanzienlijke vermogenswaarde vertegenwoordigen die anders in die rechten opgesloten blijft liggen.¹¹

Naar Engels recht is een niet-overdraagbaarheidsbeding in overeenkomsten waarschijnlijk ook geldig. Of een dergelijk beding sterke of alleen zwakke werking heeft, is vermoedelijk afhankelijk van de partijwil.¹² Een voorbeeld van het spiegelbeeldige uitgangspunt van beschikkingsvrijheid vindt men bijvoorbeeld in de Amerikaanse § 9 *Uniform Commercial Code* (UCC), dat zekerheidsrechten regelt. Waar het handelsvorderingen betreft die door § 9 UCC worden bestreken, zijn clausules die overdraagbaarheid uitsluiten, krachteloos.¹³

Een behoorlijk aantal rechtsstelsels hangt een oplossing aan die tussen beperkingsvrijheid en beschikkingsvrijheid laveert. In het Duitse Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) treft men in § 399 BGB een regeling aan die overeenkomt met ons artikel 3:83 lid 2 BW,¹⁴ maar die bepaling moet men lezen in combinatie met § 354a Handelsgesetzbuch (HGB). Die laatste wetsbepaling geeft namelijk sinds 1994 een dwingendrechtelijke regeling die inhoudt dat contractueel niet-overdraagbaar gemaakte geldvorderingen uit rechtsverhoudingen tussen professionele kooplieden tóch overdraagbaar zijn (en dus ook vatbaar zijn voor

6 Overigens zijn vorderingsrechten die krachtens beding niet-overdraagbaar zijn, in de regel wél vatbaar voor verhaal door (uitw)inning. Zie HR 5 november 1993, *NJ* 1994/640; HR 10 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO6879, *NJ* 2010/668, r.o. 2.4.2.3. Vgl. W.H.M. Reehuis e.a., *Goederenrecht* (Pitlo deel 3), Deventer: Kluwer 2012, p. 77; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV, nr. 217.

7 Zie Parlementaire Geschiedenis Boek 3, p. 314-315. De relativering van het beding van niet-overdraagbaarheid zoals voorgestaan door Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV nr. 216, in dier voege dat – zo begrijp ik het betoog – de curator van de gefailleerde schuldeiser er géén beroep op zou kunnen doen tegenover bijv. de pandhouder van de (onverpandbare doch niettemin verpande) vordering, lijkt me niet stroken met het door de wetgever gekozen uitgangspunt van beperkingsvrijheid. Ik kan me de juistheid van het betoog beter voorstellen als dit gebaseerd zou zijn op de (veronderstelde) wil van partijen. Zij nemen immers het beding op en bepalen daarmee of en in hoeverre zij wensen af te wijken van het beginsel van vatbaarheid voor beschikking en bezwaring.

8 HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0168, *NJ* 2004/281, AA 2003, afl. 3, p. 191-195 m.nt. Vriesendorp, AA20030191 (*Oryx/Van Eesteren*).

9 De Duitsers noemen dit uitblijven van rechtsgevolg wel ‘absolute Unwirksamkeit’ – vgl. BGH 29 juni 1989, VII ZR 211/88 en P. Derleder e.a. (red.), *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, Berlin/Heidelberg: Springer 2009, p. 893.

10 Overigens is dit in het licht van de uitleg van niet-overdraagbaarheidsclausules te kort door de bocht geformuleerd. In de *Oryx*-casus was het in zoverre eenvoudig dat verpanding als zodanig genoemd werd in de niet-overdraagbaarheidsclausule. Is dat niet het geval, maar wordt bijvoorbeeld heel algemeen ‘beschikken en bezwaren’ uitgesloten, dan is mijns inziens niet de tekst van art. 3:98 BW maar de uitleg van de gebruikte bewoordingen de eerste toetssteen voor beantwoording van de vraag of partijen hebben beoogd om (ook) verpandbaarheid uit te sluiten.

11 Zie over de twee uitersten de discussie bij C. von Bar & E. Clive (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Volume 2*, München: Sellier 2010, p. 1033-1034; J. Dalhuisen, *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law – Volume 2 – Contract and Movable Property Law*, Oxford: Hart Publishing 2013, p. 398-399.

12 Zie bijv. *Helstan Securities Ltd v Hertfordshire*

CC (1978) 3 All ER 262; *Linden Gardens Trust Ltd v Lenesta Sludge Disposal Ltd* (1993) All ER 417 (HL). Zie nader E. Peel, *Treitel – The Law of Contract*, London: Sweet & Maxwell 2011, p. 736 e.v.; vgl. ook M. Armgardt, ‘Die Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote im deutschen und ausländischen Privatrecht’, *RabelsZ* 2009, p. 329. Men zij er overigens op bedacht dat het Engelse recht geen algemeen leerstuk van cessie van vorderingsrechten kent en dat afhankelijk van de oorsprong van het vorderingsrecht al dan niet cessie (of vergelijkbare figuren) kan plaatsvinden.

13 Zie bijv. §9-401 (b) UCC maar ook § 2-210 (2) i.f. UCC. Vgl. F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003, p. 187 e.v. Zie voor een ander voorbeeld van ‘beschikkingsvrijheid’ art. 9 United Nations Convention on the Assignment of Receivables (2001; niet in werking getreden, wel ondertekend door de VS).

14 Over § 399 BGB bijv. kort D. Medicus en S. Lorenz, *Medicus / Lorenz – Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, München: Beck 2010, p. 368; uitgebreider: C. Berger, *Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen*, Tübingen: Mohr Siebeck 1998, p. 225 e.v.

bezwaaring).¹⁵ § 354a HGB zorgt er dus voor dat handelsvorderingen tussen kooplieden altijd overdraagbaar zijn.¹⁶ Contractuele cessieverboden die onder § 354a HGB vallen, hebben daarom alleen ‘zwakke werking’.¹⁷

De bepaling is op aandringen van onder meer factoringmaatschappijen ingevoerd en ze maakt het mogelijk om vele miljoen euro's aan vermogenswaarde te cederen die voordien niet cedeerbaar waren.¹⁸ Het Duitse recht kent dus als hoofdregel van burgerlijk recht beperkingsvrijheid, maar maakt voor handelsvorderingen tussen kooplieden juist de beschikkingsvrijheid tot hoofdregel.¹⁹

In de Franse rechtspraak werd lange tijd aangenomen dat een ‘pactum de non cedendo’, de afspraak van niet-overdraagbaarheid van geldvorderingen tussen schuldeiser en schuldenaar, in strijd was met het beginsel van vrije overdraagbaarheid van vermogensbestanddelen.²⁰ De cessionaris werd dan ook als derde bij die afspraak in de regel niet gebonden geacht aan dat beding.²¹ In deze benadering was dus hooguit sprake van een ‘zwakke werking’ van het beding. Recentelijk lijkt de Cour de Cassation echter wel bereid om dergelijke bedingen tussen schuldeiser en schuldenaar *erga omnes* werking toe te kennen en dus ook tegenover de cessionaris.²² Echter, in de Code de Commerce is sinds 2001 bepaald dat het kort gezegd een bedrijfs- of beroepsmatig handelende partij niet is toegestaan om te bedingen dat vorderingen van zijn contractuele wederpartij op hem onoverdraagbaar zijn.²³ Wat betreft het Belgische recht is nog interessant te melden dat de recent aangenomen Pandwet, die in België een generieke regeling zal introduceren van de figuur van geregistreerd pandrecht op onder meer (in de Nederlands-rechtelijke terminologie:) roerende zaken en vorderingsrechten, óók sterk in de richting wijst van beschikkingsvrijheid:

‘Een tussen de pandgever en de schuldenaar van de verpande schuldvordering gesloten overeenkomst waarbij de schuldvordering die de betaling van een geldsom tot voorwerp heeft niet vatbaar is voor overdracht of verpanding is niet tegenwerpelijk aan derden, behoudens indien deze zich hebben schuldig gemaakt aan derdemedeplichtigheid aan de schending van dit beding.’²⁴

De oplossing gekozen in de Draft Common Frame of Reference (DCFR) neigt sterk naar het kamp van de beschikkingsvrijheid.²⁵ Artikel III-5:108 DCFR bepaalt namelijk dat een bedongen niet-overdraagbaarheid niet in de weg staat aan overdraagbaarheid.²⁶ Bovendien bepaalt Artikel IX-2:301 DCFR dat een bedongen niet-overdraagbaarheid geen werking toekomt wanneer het de vestiging van zekerheidsrechten op geldvorderingen betreft.

Wet blijft wet

Rechtsvergelijking leert dus dat er tal van varianten mogelijk zijn tussen de uitersten van beperkingsvrijheid en beschikkingsvrijheid. Wat opvalt, is dat in die landen waar het cessieverbod als zodanig wel is toegestaan, maar waar vervolgens uitzonderingen worden gemaakt op dat uitgangspunt, het vooral gaat om geldvorderingen in de professionele sfeer c.q. handels sfeer. De keuze van deze buitenlandse wetgevers om juist voor die gevallen de beschikkingsvrijheid voorrang te verlenen boven de beperkingsvrijheid is daarmee in wezen een ingreep die minder machtige schuldeisers beschermt tegen cessieverboden die door machtiger schuldenaren worden opgelegd. Het gaat dan dus om bescherming van kleinere ondernemers tegen het ‘op slot zetten’ van hun vermogensbestanddelen door grotere ondernemers die aan eerstgenoemden hun voorwaarden opleggen om geen gedoe te hebben met cessionarissen of pandhouders.

15 De debitor cessus blijft evenwel bevoegd om de geldschuld te voldoen aan de cessionaris (§ 354a (1) HGB). Overigens is de overdraagbaarheid ex § 354 HGB niet van toepassing op vorderingen van institutionele geldschieters (banken) uit geldlening (§ 354a (2) HGB).

16 Overigens is § 354a HGB in beginsel alleen van toepassing als beide partijen als ‘Kaufman’ (§ 1 HGB) een ‘Handelsgeschäft’ (§ 343 HGB) aangaan. Het BGH is niet bereid gebleken om het personele werkingsbereik van § 354a HGB uit te breiden. Zodoende is de bepaling niet van toepassing op kleine ondernemers en vrije beroepsbeoefenaren. De bepaling kan wel toepassing vinden als de schuldenaar kort gezegd een overheidslichaam is. Zie over e.e.a. O. Seggewiße, ‘Das Kaufmännische Abtretungsverbot und seine Rechtsfolgen’, *Neues Juristisches Wochenblatt (NjW)* 2008, p. 3256 e.v.; T. Lettl, ‘Die Wirksamkeit der Abtretung einer Geldforderung trotz wirksamen Abtretungsverbot nach § 354a HGB’, *Juristische Arbeitsblätter* 2010, p. 110.

17 Seggewiße 2008, p. 3257-3258.

18 Over totstandkoming van § 354a HGB zie men Beekhoven van den Boezem 2003, p. 199 e.v. Vgl. ook art. 6 UNIDROIT Factoringverdrag 1988, dat een vergelijkbare voorrang van factoring boven cessieverbod vooropstelt. Nederland is niet getreden tot dat verdrag, maar Duitsland, het VK en de VS bijvoorbeeld wel.

19 Vgl. ook nog de Oostenrijkse variant van § 1396a *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB), ingevoerd in 2005: cessieverboden ten aanzien van handelsvorderingen tussen bedrijfsmatig handelende partijen in algemene voorwaarden zijn zonder meer nietig. Betreft het individueel onderhandelde bedingen dan is het beding geldig maar heeft het voornamelijk zwakke werking. Na mededeling van de (verboden) cessie kan de debitor cessus in beginsel alleen bevrijdend betalen aan de cessionaris.

20 Hier wordt wel verwezen naar het uitgangspunt dat ‘zaken in den handel’ object van verkoop kunnen zijn (art. 1598 Code civil). Vgl. Cass. 6 juni 1853, behandeld door S.J. van Erp en B. Akkermans (red.), *Cases, Materials and Text on Property Law* (Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe), Oxford: Hart Publishing 2012, p. 405.

21 Vgl. Cass. Com. (= Cour de Cassation Chambre Commerciale) 21 november 2000, D. 2001, p. 123; zie voorts Van Erp en Akkermans 2012, p. 405-407; vgl. G. Rasche, ‘Prohibitions on assignment, a European civil code and business financing’, *The European Legal Forum* 2002, p. 133 e.v.

22 Cass. Com. 22 oktober 2002, no. 99-14.793, RTD civ. 2003, 129 (*Société marseillaise de crédit / société Clémessy*).

23 Art. L442-6 (II) (c) Code de Commerce; ingevoegd bij wet van 15 mei 2001, L. no. 2001-420 (zij het

destijds met een andere nummering). Zie F. Terré e.a., *Droit civil – Les obligations*, Paris: Dalloz 2013, p. 1327; P. Malaurie e.a., *Droit Civil – Les obligations*, Paris: LGDJ 2013, p. 751; M. Armgardt 2009, p. 326.

24 Art. 64 (‘Beding om niet over te dragen of niet te verpanden’) van Titel XVII van Boek III Belgisch Burgerlijk Wetboek, zoals dit zal luiden na inwerkingtreding van de Wet van 11 juli 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zake-lijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake, Belgisch Staatsblad 2 augustus 2013. Zie daarover bijv. J. del Corral, ‘Zekerheidsrechten – stand van zaken’, *Nieuw Juridisch Weekblad (NjW)* 2014, p. 581.

25 Over Art. III-5:108 DCFR zie E. Koops, ‘De regeling van de cessie in het DCFR’, *NTBR* 2011, p. 359 e.v. Vgl. ook Art. II:301 Principles of European Contract Law (PECL), dat juist een combinatie van contractueel cessieverbod en bescherming van de cessionaris te goeder trouw voorstond.

26 Betreft het andere vorderingen dan geldvorderingen voor betaling van geleverde zaken of diensten, dan behoudt de debitor cessus evenwel ook na cessie het recht om bevrijdend te betalen aan de oorspronkelijke schuldeiser. Daarnaast behoudt hij zijn oorspronkelijke verrekeningsbevoegdheden (vgl. art. 6:130 BW).

Dat is belangrijk om te beseffen, want die beschermingsratio gaat zeker niet op voor *alle* vorderingsrechten. Er kunnen bijvoorbeeld goede redenen zijn voor een contractspartij om te willen dat een uit het contract voortvloeiend vorderingsrecht onoverdraagbaar is. Denk aan de organisator van muziek evenementen die onoverdraagbare zitplaatsrechten uitdeelt om zwarte handel tegen te gaan, de reisorganisator die onoverdraagbare reizen verkoopt om te voorkomen dat andere personen dan de doelgroep aan de reis deelnemen, de bank die niet wil dat rekening-courantsaldo van de cliënt opeens in handen van een ander komt met wie de bank geen zaken wil doen, of de vliegvaartmaatschappij die niet wil dat er zich een cessionaris bij de vertrekgate meldt. Zou de wetgever met één pennenstreek artikel 3:83 lid 2 BW verwijderen, dan zouden al deze contractuele cessieverboden onmogelijk worden (althans, met 'sterke werking'). Mochten er dus goede gronden blijken te zijn om het uitgangspunt van 'beperkingsvrijheid' op te geven ten aanzien van geldvorderingen c.q. handelsvorderingen, dan doet onze wetgever er verstandig aan om artikel 3:83 lid 2 BW te wijzigen en niet zomaar te schrappen.

De Hoge Raad oordeelt dus in r.o. 3.3.2 verstandig door te verwijzen naar de wetgever. Zou de wetgever zich inderdaad beraden op wijziging van artikel 3:83 lid 2 BW, dan zou er wellicht ook wat meer ruimte kunnen zijn om in kaart te krijgen wat het echte probleem is en hoe nijpend het is. Ik kan me namelijk niet aan de indruk onttrekken dat de stemmen die in de literatuur opgaan om lid 2 af te schaffen, dikwijls *stakeholders* uit, of *hired guns* voor de bancaire sector zijn. Die lobby kan maar beter langs het Binnenhof in plaats van de Kazernestraat, temeer omdat – zo lijkt mij op het eerste gezicht – het eigenlijke probleem is dat bepaalde schuldeisers kennelijk geen onderhandelingsmacht tegenover hun schuldenaren hebben om het cessieverbod uit het contract te verwijderen,²⁷ terwijl zij wel financieringsbehoefte hebben en zij kennelijk geen gunstige financieringsvoorwaarden weten te verkrijgen zonder cessie of verpanding van hun vorderingsrechten. Onwillekeurig denk ik dan aan onderaannemers, franchise-nemers, mkb'ers tegenover oligopolisten en dergelijke verhoudingen.²⁸ Dat is een groep van ondernemers die momenteel noch tegenover hun professionele wederpartijen noch tegenover hun banken sterk lijken te staan. Voor mij is

het dan nog maar de vraag wie in de huidige kredietverleningsmarkt aanwijsbaar de vruchten gaat plukken van een eventuele afschaffing of wijziging van artikel 3:83 lid 2 BW: deze ondernemers of de banken? Ik zou menen dat eerst maar eens beter in kaart moet worden gebracht of er in de huidige Nederlandse economische betrekkingen werkelijk verbeterde financieringsmogelijkheden te verwachten zijn als het beginsel van beperkingsvrijheid wordt ingewisseld voor het beginsel van beschikkingsvrijheid.²⁹

Uitleg van het cessieverbod

Nu de achtergrond van artikel 3:83 lid 2 BW is geschetst en een rechtsvergelijkende *tour d'horizon* laat zien dat er ook andere benaderingen denkbaar zijn, is het tijd om terug te keren naar het arrest. Dat gaat immers vooral ook over *uitleg* van het contractuele cessieverbod.

Of een contractueel cessieverbod sterke werking of zwakke werking heeft, hangt af van de uitleg van het betreffende beding. Het komt dus aan op de wilsverklaringen van partijen en hoe zij en derden die in de gegeven omstandigheden mochten begrijpen.³⁰ Als partijen hebben beoogd om sterke werking aan hun cessieverbod toe te kennen, is het vorderingsrecht niet-overdraagbaar, zo volgt uit *Oryx*. In het arrest *Intergamma* wordt daar aan toegevoegd dat die partijwil klip en klaar uit de bewoordingen van het beding moet blijken. Daarmee wordt recht gedaan aan de positie van derden. Men kan hier denken aan de cessionaris, de pandhouder maar ook aan concurrente crediteuren van de schuldeiser die de vordering heeft gecedeerd of verpand; zij hebben belang bij duidelijkheid over de status van het cessieverbod. Omdat het cessieverbod naar de aard mede bestemd is hun rechten te onthouden of juist te geven, ligt een objectieve uitleg eerder voor de hand dan een uitleg waarbij rekening wordt gehouden met andere factoren dan die welke blijken uit het stuk papier waar het beding op geschreven zal zijn.³¹ In die objectieve uitleg zal bijvoorbeeld minder ruimte zijn voor bewijs dat schuldeiser en schuldenaar in de onderhandelingen het erover eens waren dat aan het beding sterke werking toekwam terwijl de bewoordingen van het beding toch duidelijk wijzen op een zwakke werking.

Dit is ook deels in lijn met eerdere rechtspraak waar het de uitleg betrof van rechtshandelingen die de positie van

27 Zo wordt wel gezegd dat schuldenaren kunnen hechten aan het cessieverbod omdat de schuldeiser coulanace kan betrachten (bijv. door de hechte relatie tussen partijen) waar een cessionaris alleen maar 'voor het geld gaat'. Vgl. M. Orval, 'Het cessieverbod nader bezien', *WPNR* 2009, p. 993; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV nr. 213. Coulanace kan zeker een reden zijn om onoverdraagbaarheid te wensen, maar ik betwijfel of het zelfstandige waarde heeft. Ik vermoed dat een partij die in staat is om een cessieverbod aan zijn wederpartij op te leggen, de economisch sterkere is en dus uit dien hoofde al coulanace kan verwachten van zijn wederpartij. Overigens wordt door Orval, t.a.p. en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV nr. 214 ook nog genoemd dat een cessieverbod voordelen biedt voor de schuldenaar die toekomstige verrekeningsmogelijkheden wil veiligstellen; die worden

wat betreft tegenvorderingen *ex dispari causa* na cessie immers beperkt door art. 6:130 BW. Dit lijkt me juist, maar ik kan niet inschatten of dat in de praktijk voor deze schuldenaren veelvuldig verrekeningsbevoegdheden veiligstelt die anders met cessie teniet zouden gaan.

28 Het was ook de Duitse 'Mittelstand' die op aandringen van de factoringindustrie in Duitsland geholpen moest worden met § 354a HGB; vgl. Quast 2009, p. 76, voetnoot. 213.

29 F.E.J. Beekhoven van den Boezem en A.J. Verdaas, '(On)overdraagbaarheid van vorderingen na de crisis: gluren bij de burens!', in: M.J.G.C. Raaijmakers e.a. (red.), *En na de crisis?* (Bundel Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen 1930-2010), Deventer: Kluwer 2010, p. 34 spreken bijvoorbeeld losjes van een 'sterke opkomst' van contractuele cessieverboden. Dat is interessant om preciezer te

onderzoeken: zijn ze werkelijk in opkomst? Welke functie vervullen die verboden in de betreffende contracten? Wat zijn economische verklaringen voor de toename?

30 Vgl. naar Duits recht A. Hoßfeld, *Die Abtretung schieds- und gerichtstandsgebundener Forderungen* (diss. Zürich), Frankfurt a.M.: Peter Lang 2013, p. 101-103, die uitleg van het cessieverbod ook in de sleutel van uitleg zet.

31 HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, *NJ* 1981/635 (*Ermes & Langerwerf/Haviltex BV*). Het *Haviltex*-arrest dient men tegenwoordig altijd te lezen in combinatie met HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, *NJ* 2005/493 (*DSM/Fox*) (via HR 17 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1059, *NJ* 1994/173 (*Gerritse/Hydro Agri Sluiskil*)).

<i>Oryx/Van Eesteren</i>	<i>Coface Finanz/Intergamma</i>	Artikel 83 ING Betaalrekening voorwaarden
Het is de onderaannemer verboden zijn uit deze onderaannemings-overeenkomst jegens de hoofdaannemer voortvloeiende vorderingen zonder diens toestemming aan een derde te cederen, te verpanden of onder welke titel dan ook in eigendom over te dragen.	Zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Intergamma zal Verkoper zijn rechten en verplichtingen uit de met Intergamma gesloten overeenkomst, noch geheel noch gedeeltelijk aan derden overdragen. (...)	<i>Onoverdraagbaarheidsbeding</i> Het saldo op uw Betaalrekening is een vorderingsrecht. Dit vorderingsrecht kan niet worden verpand of overgedragen aan iemand anders.

derden beïnvloeden.³² Zo besliste de Hoge Raad al eerder dat bij de uitleg van de akte van levering van een registergoed het aankomt 'op de in de notariële akte van levering tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling die moet worden afgeleid uit de in deze akte opgenomen, naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele inhoud van de akte uit te leggen omschrijving van de over te dragen onroerende zaak'.³³

De Hoge Raad geeft in *Intergamma* bovendien nog een uitlegregel die speciaal ziet op artikel 3:83 lid 2 BW en die doet denken aan een bewijsvermoeden: bedingen die de overdraagbaarheid van een vorderingsrecht uitsluiten, hebben alleen verbintenisrechtelijke werking, tenzij uit de – naar objectieve maatstaven uit te leggen – formulering daarvan blijkt dat daarmee goederenrechtelijke werking als bedoeld in artikel 3:83 lid 2 BW is beoogd.³⁴ Dat is een opdracht aan de opstellers van het beding en aan de rechter die het beding moet toetsen om hoge eisen te stellen aan de duidelijkheid waarmee de sterke werking vormgegeven is. Ontbreekt een 'naar objectieve maatstaven uit te leggen formulering' die blijk geeft van de partijwil om sterke werking te bereiken, dan heeft het beding slechts zwakke werking.

Het lijkt me voor de rechtspraktijk niet zo moeilijk om aan deze extra eis te voldoen. Zie bijvoorbeeld het schema bovenaan de pagina. In het schema zijn de bewoordingen van het cessieverbod in *Oryx*, *Intergamma* vergeleken met een willekeurig gekozen voorbeeld uit bankvoorwaarden. In *Oryx* wordt overdracht 'verboden', in *Coface* 'zal' de schuldeiser 'niet overdragen'. Bij die twee formuleringen, die benadrukken wat *verboden* is en wat *niet mag*, kan men in het licht van de objectieve uitlegmaatstaf gereede twijfel hebben over de wil van partijen om hier onoverdraagbaarheid te bewerkstelligen. Als men daarentegen, zoals in de genoemde bankvoorwaarden in de derde kolom, stelt dat de vordering niet *kan* worden overgedragen (met nota bene als titel bij het artikel 'onoverdraagbaarheidsbeding'), dan laat men mijns inziens blijken, ook tegenover derden, dat het vorderingsrecht niet overdraagbaar is. Wil men nog meer zekerheid, dan zou men een formulering kunnen hanteren zoals '...rechten uit de overeenkomst

zijn niet-overdraagbaar [als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW], tenzij...'

Van uitleg naar inhoudstoetsing

Nu de Hoge Raad een strikte uitlegregel heeft geformuleerd voor bedingen als bedoeld in artikel 3:83 lid 2 BW, komt een andere vraag in zicht: kan een contractueel beding als bedoeld in artikel 3:83 lid 2 BW ook aan een inhoudstoetsing worden onderworpen als bedoeld in artikel 6:248 lid 2 BW en artikel 6:233 aanhef en onder a BW? Als het cessieverbod bijvoorbeeld bepaalt dat geen overdracht kan plaatsvinden tenzij met toestemming van de schuldenaar, dan kan de vraag spelen of daarin een ongeclausuleerde bevoegdheid van de schuldenaar is gelegen om die medewerking te weigeren. Moet de schuldenaar een goede reden hebben om te weigeren? Kan worden geëist dat het beding duidelijk aangeeft wat de eventuele weigeringsgronden zijn? In Duitsland wordt wel gemeend dat een contractueel cessieverbod neergelegd in algemene voorwaarden de toets van wat wij noemen 'onredelijk bezwarendheid' (art. 6:233 aanhef en onder a BW) niet kan doorstaan indien er geen beschermenswaardig belang van de bedingende schuldenaar bij dat beding aan te wijzen valt of als dat belang minder zwaar weegt dan het belang bij beschikkingsvrijheid van de schuldeiser.³⁵

De vraag naar inhoudstoetsing lag niet voor in de zaak *Intergamma*, maar men kan zich gevallen voorstellen waarin de schuldenaar het cessieverbod slechts heeft opgenomen 'omdat het kon' (lees: omdat de schuldenaar de onderhandelingsmacht had om de eigen algemene voorwaarden op te leggen aan de schuldeiser en dus ook de standaarduitsluiting van overdraagbaarheid) terwijl er nauwelijks zwaarwegende belangen aan zijn zijde zich verzetten tegen beschikkingsvrijheid. Wellicht dat in die gevallen onder omstandigheden het cessieverbod buiten toepassing moet blijven. Een bloeiende handel in vorderingsrechten zal een dergelijke lijn in de rechtspraak overigens niet te weegbrengen, want de mogelijke toepassing *achteraf* van artikel 6:248 lid 2 BW of artikel 6:233 aanhef en onder a BW schept weinig zekerheid voor derden *vooraf*. ■

³² Wel moet worden toegegeven dat de overweging van de Hoge Raad in HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3381, *NJ* 2002/610 (*ING/Muller*), te weten 'dat de enkele omstandigheid dat een overeenkomst ook gevolgen heeft voor anderen dan partijen, niet rechtvaardigt een andere maatstaf toe te passen dan de [Haviltex-maatstaf]' op het eerste gezicht niet goed te verenigen is met de meer strikte benadering in *Intergamma*.

³³ HR 8 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8901, *NJ* 2001/350 (*Eelder Woningbouw*). Vgl. ook HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AH9168, *NJ* 2004/251

(uitleg erfdiensbaarheid); HR 2 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2397, *NJ* 2007/5 (uitleg erfdiensbaarheid); HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM8933, *NJ* 2011/111 (uitleg opstalakte); HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1815, *NJ* 2011/9 (uitleg erfdiensbaarheid); HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1078 (uitleg splitsingsakte). Vgl. A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Deventer: Kluwer 2012, p. 316 e.v. Minder streng ten aanzien van de uitleg van de titel tot verpanding en de pandakte is HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3381,

NJ 2002/610 (*ING/Muller*).

³⁴ Verhagen en Rongen 2000, p. 104 formuleerden ook al een uitlegvermoeden, maar dan precies omgekeerd aan het uitlegvermoeden zoals de HR thans formuleert.

³⁵ Zie bijv. BGH 11 maart 1997, X ZR 146/94; BGH 25 november 1999, VII ZR 22/99; BGH 13 juli 2006, VII ZR 51/05; Het uitgangspunt is dat dergelijke bedingen in algemene voorwaarden geldig zijn (behoudens uiteraard de exceptie van § 354a HGB), tenzij het bedoelde belang ontbreekt danwel minder zwaar weegt dan het belang bij 'beschikkingsvrijheid'.