

Dit artikel is verschenen in en geschreven voor het tijdschrift [Juridisch up to Date](#). Het artikel is met veel aandacht en zorgvuldigheid geschreven, maar bevat informatie van algemene aard. Juridisch advies is echter altijd maatwerk. Wint u dus altijd deskundig juridisch advies in. (Lees onze disclaimer).

Cessie- en verpandingsverboden: "niet kunnen" wil niet altijd zeggen dat overdracht ook echt niet kan!

Jutd 2017/0142 d.d. 17-11-2017

Auteur(s): mr. F.F.A. Smetsers, Van Iersel Luchtman Advocaten, Breda.

Eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten zijn volgens artikel 3:83 lid 1 BW overdraagbaar, tenzij de wet of de aard van het over te dragen recht zich er tegen verzet. Met "wet" wordt in dit geval een wet in formele zin bedoeld. Als voorbeeld kan worden genoemd het recht van gebruik en bewoning dat op basis van artikel 3:226 lid 4 BW niet kan worden overgedragen. Een voorbeeld van een recht waarvan de aard zich tegen overdracht verzet, is een vordering van een curator in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid (artikel 2:138/248 BW).¹ De Hoge Raad oordeelde in 1990 dat een dergelijke vordering hoogstpersoonlijk is, gezien het met de kwaliteit van curator verknochte karakter van de vordering, en dus niet kan worden overgedragen.

Voor eigendomsrechten en beperkte rechten geldt dat de overdraagbaarheid niet contractueel kan worden uitgesloten. Contractuele beperking van de overdraagbaarheid van een eigendomsrecht op een roerende zaak (bijvoorbeeld een auto) of van een recht van vruchtgebruik is dus niet mogelijk.² Voor vorderingen geldt een andere regeling. Lid 2 van artikel 3:83 BW bepaalt dat de overdraagbaarheid van vorderingsrechten door een beding tussen partijen kan worden uitgesloten. Daar zal in dit artikel nader op worden ingegaan. Tot slot dient nog te worden vermeld dat voor alle andere - hiervoor niet genoemde - rechten geldt dat deze slechts overdraagbaar zijn, indien de wet dit bepaalt. In dit artikel staan alleen de cessie en verpanding van vorderingen (op naam) centraal.

Uitsluiting van overdraagbaarheid = uitsluiting van verpandbaarheid?

Artikel 3:83 BW geeft bepalingen over de overdracht van vermogensrechten. Op basis van de schakelbepaling van artikel 3:98 BW geldt echter dat (tenzij de wet anders bepaalt) al hetgeen in de afdeling waartoe 3:83 BW behoort omtrent de overdracht van een goed is bepaald, ook van toepassing is op de vestiging, overdracht en de afstand van een beperkt recht op een zodanig goed. Kortom: op basis van deze schakelbepaling geldt de regeling over de overdraagbaarheid van vermogensrechten ook voor de verpandbaarheid daarvan. Ook verpanding van vorderingsrechten kan dus door een partijbeding worden uitgesloten. Een dergelijke contractuele uitsluiting dient echter wel aan bepaalde vereisten te voldoen, die hierna zullen worden besproken.

Achtergrond en voorbeelden van cessie- en verpandingsverboden

Cessie- en verpandingsverboden worden meestal opgenomen vanuit de gedachte dat de opdrachtgever niet geconfronteerd wil worden met een andere schuldeiser dan de partij waarmee die opdrachtgever bewust de overeenkomst heeft gesloten. Dat kan gerechtvaardigd zijn, bijvoorbeeld indien er sprake is van een sterke persoonlijke band tussen opdrachtgever en opdrachtnemer en het niet wenselijk is dat een derde - met meestal een veel zakelijkere en hardere opstelling ten aanzien van de incasso - de schuldeiser wordt.

Maar nog veel vaker wordt er eigenlijk niet eens over nagedacht dat dergelijke bedingen in (meestal) de algemene voorwaarden zijn opgenomen. Er wordt bij de totstandkoming van een overeenkomst dus meestal niet stilgestaan bij het bestaan van het cessie- en verpandingsverbod, laat staan dat goed wordt gekeken naar de formulering ervan. In de praktijk is er dan ook een wildgroei aan formuleringen te vinden. Een aantal voorbeelden van online beschikbare (en dus nog steeds gebruikte) bepalingen:

A. Het is Opdrachtnemer verboden uit de Overeenkomst met Opdrachtgever voortvloeiende vorderingen zonder de voorafgaande schriftelijke toestemming van Opdrachtgever aan een derde te cederen, te verpanden of onder welke titel ook te doen overgaan dan wel daarop enigerlei ander beperkt recht te (doen) vestigen of te bezwaren.

B. Het is Leverancier verboden zijn uit de Opdracht jegens Opdrachtgever voortvloeiende vorderingen zonder toestemming van Opdrachtgever aan een derde te cederen, te verpanden of onder welke titel dan ook in eigendom over te dragen.

C. De Opdrachtnemer mag de overeenkomst of rechten en verplichtingen daaruit niet zonder uitdrukkelijke voorafgaande schriftelijke toestemming van Opdrachtgever aan derden overdragen, verpanden of laten verrichten door derden. Opdrachtgever heeft het recht aan de toestemming redelijke voorwaarden te verbinden.

D. Vorderingen op de gemeente zijn niet overdraagbaar of vatbaar voor verpanding, tenzij de gemeente schriftelijke toestemming heeft gegeven.

E. Verkoper is niet bevoegd [...] vorderingen die Verkoper ingevolge de Overeenkomst op Koper heeft, te cederen aan derden of te verpanden.

Verbintenisrechtelijke of goederenrechtelijke werking?

Bij het opnemen van een cessie- en/of verpandingsverbod in een contract of algemene voorwaarden, is het belangrijk om vooraf helder te hebben wat het beoogde resultaat is. Is het de bedoeling om vast te stellen dat cessie en/of verpanding niet is *toegestaan* of is het de bedoeling dat cessie en/of verpanding ook echt *onmogelijk* wordt gemaakt. Kortom: heeft het beding alleen verbintenisrechtelijke werking of heeft het ook goederenrechtelijke werking?

Indien het beding alleen verbintenisrechtelijke werking heeft en er wordt toch tot cessie en/of verpanding overgegaan, dan is er slechts sprake van wanprestatie en is de overtreder aansprakelijk voor de hierdoor ontstane schade (artikel 6:74 BW). Heeft het beding echter goederenrechtelijke werking, dan vindt de cessie en/of verpanding niet plaats.

Het maakt voor de financieringspraktijk nogal wat uit of er sprake is van cessie- en/of verpandingsverboden. Financiers verlangen over het algemeen onderpand als zekerheid voor te verstrekken financieringen, welk onderpand er onder andere uit kan bestaan dat vorderingen op klanten aan de financier worden verpand. Indien in de relatie onderneming-klant een verpandingsverbod is opgenomen en de gefinancierde onderneming - in weerwil van een verbod daartoe - toch tot verpanding overgaat, dan geldt bij een beding met *goederenrechtelijke* werking (verpanden kan niet) dat deze verpanding geen effect heeft. De financier heeft dan dus geen pandrecht op vorderingen die uit die relatie voortvloeien, terwijl dat over het algemeen wel is beoogd. Bij een beding met *verbintenisrechtelijke* werking (verpanden mag niet) is het pandrecht wel tot stand gekomen (maar is er mogelijk een aanspraak op schadevergoeding in verband met wanprestatie).

Over het algemeen zal de bedoeling zijn om cessie en/of verpanding ook echt onmogelijk te maken. Alleen dan is er immers zekerheid dat er ook daadwerkelijk geen rechtsgeldige cessie en/of verpanding plaatsvindt. Hiervoor is vereist dat het beding nauwkeurig is geformuleerd.

Goederenrechtelijke werking van cessie- en/of verpandingsverboden

Indien sprake is van een beding met goederenrechtelijke werking dat cessie en/of verpanding uitsluit, is sprake van een beding zoals bedoeld in het hiervoor genoemde artikel 3:83 lid 2 BW. Dit beding heeft werking jegens derden.³ Het feit dat er geen cessie of verpanding plaatsvindt, indien van een beding met goederenrechtelijke werking sprake is, is niet gelegen in beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder (cq. pandgever). De beschikkingsbevoegdheid wordt door het cessie en/of verpandingsverbod niet aangetast. De niet-overdraagbaarheid en de niet-verpandbaarheid is gelegen in de aard van de vordering zelf: cessie/verpanding kan gewoonweg niet, omdat de niet-verdraagbaarheid en niet-verpandbaarheid in de vordering is "ingebakken".⁴

In het recente verleden is al veelvuldig geprocedeerd over de aard van cessie- en verpandingsverboden. Aan de hand van een recente arrest zet ik de huidige stand van het recht op dit punt uiteen.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4428

In deze zaak was (enigszins vereenvoudigd) het volgende aan de orde: een concern werd gefinancierd door een bank. De hoogte van het verstrekte krediet was mede afhankelijk van de omvang van de debiteurenportefeuille van de gezamenlijke concernvennootschappen. Daartoe was uiteraard vereist dat die vorderingen ook daadwerkelijk aan de bank verpand werden. Er werd in 2010 een (stam)pandakte getekend en geregistreerd, waarin (kort gezegd) bestaande en toekomstige vorderingen werden verpand. Aan de bank werd ook een volmacht verstrekt, op grond waarvan de bank via verzamelpandakten alle vorderingen die nadien zouden ontstaan aan zichzelf kon verpanden. Dat is vervolgens ook gebeurd. In het kader van een verzoek tot verhoging van het krediet in 2013, heeft de bank geëist dat eventuele verpandingsverboden tussen de concernvennootschappen en hun klanten zouden worden opgeheven. Deze opheffing kwam niet tot stand, reden waarom de bank de kredietovereenkomst heeft opgezegd. Twee concernvennootschappen gingen een maand na de kredietopzegging failliet. De bank had op dat moment ruim 8 ton te vorderen. Op de debiteurenlijst stonden toen in ieder geval nog twee vorderingen op twee separate debiteuren (in het arrest aangehaald als debiteur 1 en 4) van (afgerond) 3 ton en 80.000 euro. In de overeenkomst met debiteur 1 stond het volgende:

"21. TRANSFER OF RIGHTS AND OBLIGATIONS

21.1 The rights and obligations of the Supplier in respect of [debiteur 1] under this Agreement cannot be transferred in full or in part to a third party without the written approval of [debiteur 1]

21.2 For the purpose of the provisions of this Section, a company affiliated with that of the Supplier shall also constitute a third party. [debiteur 1] will not refuse permission for the transfer of rights and obligations to a company affiliated with that of the Supplier on unreasonable grounds, provided that [debiteur 1] retains sufficient guarantees for the Supplier's and or Candidate's compliance with their obligations."

In de overeenkomst met debiteur 4 stond het volgende:

"Vorderingen op [debiteur 4] mogen niet worden overgedragen aan een derde zonder schriftelijke toestemming van [debiteur 4]. (...)."

Na datum faillissement zijn er diverse betalingen ter zake de vorderingen op debiteuren 1 en 4 ontvangen, zowel op de normale rekening als op de G-rekening⁵. Zowel de bank als de curator maken aanspraak op deze betalingen. De curator stelt dat de in de overeenkomsten met debiteuren 1 en 4 opgenomen bepalingen (zoals hierboven aangehaald) aan verpanding in de weg staan. De bank is van mening dat dat niet het geval is.

In eerste aanleg overweegt de rechtbank dat de beide bedingen slechts verbintenisrechtelijke werking hebben.⁶ Bij de achtergronden van deze conclusie zal ik in dit artikel niet stilstaan. De curator wordt in ieder geval in het ongelijk gesteld en de conclusie van de rechtbank is dat van geldige pandrechten sprake is.

In hoger beroep neemt de curator als uitgangspunt dat de formulering van het beding ter zake debiteur 4 ("Vorderingen op [debiteur 4] mogen niet worden overgedragen") verbintenisrechtelijke werking heeft en dus niet aan de verpanding in de weg staat. De curator verwijt de bank echter onrechtmatig handelen, omdat de bank misbruik heeft gemaakt van wanprestatie door de inmiddels gefailleerde kredietnemer.⁷ Ten aanzien van debiteur 1 ("The rights and obligations of the Supplier in respect of [debiteur 1] under this Agreement cannot be transferred") wordt wél het standpunt ingenomen dat van goederenrechtelijke werking van het beding sprake is.

Het Hof verwijst naar het arrest Coface/Intergamma⁸, waarin de Hoge Raad het volgende heeft geoordeeld:

"Een verpandingsverbod zoals in die zaak aan de orde, (leidt) ingevolge art. 3:83 lid 2 BW niet (...) 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.
(...)

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 Haviltexmaatstaf. 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."

Kortom: uit Coface/Intergamma volgt dat verbintenisrechtelijke werking het uitgangspunt is, tenzij de uitleg naar objectieve maatstaven met hantering van de Haviltex-maatstaf tot de conclusie leidt dat goederenrechtelijke werking is beoogd.

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelde in de hier besproken zaak dat het beding in de overeenkomst met debiteur 1, indien het op de hiervoor genoemde wijze wordt uitgelegd, niet tot doel heeft gehad om de vorderingen op debiteur 1 in goederenrechtelijke zin niet-overdraagbaar te maken. Dat lijkt op het eerste gezicht vreemd, nu er (in het Engels) staat dat overdracht "niet kan". Er staat niet alleen dat een overdracht "niet mag". Die laatste formulering zou duiden op verbintenisrechtelijke werking, maar deze is hier niet aan de orde. Het Hof deelt de opvatting van de curator dat in de formulering "cannot transfer" een zekere aanwijzing kan worden gezien dat goederenrechtelijke werking is beoogd. Het Hof is echter wel van mening dat ook het "niet kunnen" in de bepaling zich tot de crediteur richt, wat niet het geval is met bedingen waarin de niet-overdraagbaarheid volgens de tekst rechtstreeks is gericht op het vorderingsrecht als zodanig. Het beding zou dan bijvoorbeeld als volgt luiden: "de vorderingsrechten uit de overeenkomst zijn niet overdraagbaar". Dergelijke bedingen duiden volgens het Hof veel sterker op de bedoeling om de niet-overdraagbaarheid goederenrechtelijke werking te geven. Ook een verwijzing naar artikel 3:83 lid 2 BW zou een sterke aanwijzing hebben gevormd dat goederenrechtelijke werking is beoogd, maar een dergelijke verwijzing ontbrak. Het Hof gaat ook niet mee in de stelling van de curator dat het beding uit de overeenkomst qua formulering aansluit op artikel 3:83 lid 2 BW. Het Hof wijst er in dit verband op dat de wettelijke bepaling specifiek betrekking heeft op vorderingsrechten, terwijl het beding betrekking heeft op de "*the rights and obligations (...) under this Agreement*" (lees: alle rechten en verplichtingen, dus niet alleen vorderingsrechten).

Het feit dat de bepaling ook een mogelijkheid bevat om - met toestemming van debiteur 1 - onder het verbod uit te komen, maakt de positie van de curator niet sterker. Het Hof leest in deze mogelijkheid om rechten (en plichten) over te dragen *als debiteur 1 daar toestemming voor verleent* een aanwijzing dat partijen niet hebben bedoeld om een verbod met goederenrechtelijke werking overeen te komen, omdat dit nu juist de mogelijkheid van overdracht openhoudt.

De curator heeft het Hof nog gewezen op het feit dat er geen boete was gesteld op het overtreden van het overdrachts- en verpandingsverbod. Indien een dergelijke boete wel was opgenomen, zo stelde de curator, was dat een aanwijzing geweest voor een beoogde *verbintenisrechtelijke* werking. Immers: indien overdracht/verpanding wel *mogelijk* is, maar niet mag, moet er een "straf" op staan als de overdracht/verpanding toch plaatsvindt. Bij een beding met goederenrechtelijke werking is een dergelijke boete inderdaad niet nodig, nu de overdracht/verpanding hoe dan ook niet tot stand komt. Het Hof ging niet in deze (op zichzelf plausibele) *a contrario* redenering van de curator mee. De slotsom is dat ook in dit geval, waarin wordt gesproken over het niet *kunnen* overdragen van vorderingen, dit in feite als een niet *mogen* moet worden gekwalificeerd.

Conclusie: hoe moet het dan wel?

Alleen cessie- en verpandingsverboden die kwalificeren als een beding in de zin van artikel 3:83 lid 2 BW hebben daadwerkelijk tot gevolg dat overdracht en verpanding onmogelijk worden. Zoals uit het voorgaande blijkt, luistert de formulering van een dergelijk beding heel

nauw. Om volstrekt zeker te zijn van een correcte formulering, dient (a) duidelijk bepaald te zijn dat de vordering niet-overdraagbaar en niet-verpandbaar *is* en (b) er geen uitzonderingsmogelijkheid te worden opgenomen, op grond waarvan - na toestemming - de niet-overdraagbaarheid en niet-verpandbaarheid zou komen te vervallen.

NOOT 1 - HR 7 september 1990, NJ 1991, 52 (Van den Toorn / De Kreek q.q.).

NOOT 2 - Uitsluiting van verpanding van een (eigendomsrecht op) roerende zaken overigens ook niet. (HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046 Rabobank/Reuser).

NOOT 3 - HR 29 januari 1993, NJ 1994/171 (Van Schaik q.q./ABN Amro).

NOOT 4 - HR 17 januari 2003, NJ 2004/281 (Oryx/Van Eesteren).

NOOT 5 - Het saldo van een G-rekening is over het algemeen verpand aan de Belastingdienst, voor hetgeen de Belastingdienst (kort gezegd) op enig moment van de rekeninghouder te vorderen heeft ter zake door de rekeninghouder aan derden uitgeleende werknemers. Na datum faillissement op de G-rekening ontvangen gelden vallen echter niet onder dit pandrecht.

NOOT 6 - Rb. Oost-Brabant 3 juni 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:3337.

NOOT 7 - Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4428.

NOOT 8 - HR 21 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427.