

Het cessieverbod nader bezien



Mr. M. Orval*

1. Introductie

In een toepasselijke en daarom ook veel gebruikte quote van Oditah¹ komt naar voren dat het grootste deel van het vermogen van een onderneming veelal zit ‘opgesloten’ in vorderingen op naam. De waarde van deze vorderingen ‘bevrijden’ is van groot belang voor een onderneming. Het overdragen van vorderingen is daarom in veel financiële constructies gebruikelijk (onder andere bij securitisatie of factoring²). De overdracht van een vordering op naam geschiedt door middel van een cessie. Een cessie bewerkstelligt dat de waarde van de vordering niet blijft ‘opgesloten’ tot het moment dat een onderneming een vordering int en speelt derhalve in het handelsverkeer een significante rol.

In de praktijk komt verpanding van vorderingen eveneens regelmatig voor. Doordat een onderneming op basis van haar debiteurenportefeuille wordt gefinancierd blijft de waarde van vorderingen op deze wijze ook niet ‘opgesloten’. In de praktijk komt het echter nogal eens voor dat vorderingen in een debiteurenportefeuille van een onderneming door middel van een verpandingsverbod onverpandbaar zijn gemaakt. Indien de financier de overeenkomsten waaruit vorderingen voortvloeien niet controleert, kan hij bij een eventueel faillissement van de onderneming voor een vervelende verrassing komen te staan. Echter indien de financier vooraf had ontdekt dat alle vorderingen onverpandbaar zijn, had de onderneming bij geen enkele oplettende financier een financiering kunnen krijgen op basis van haar debiteurenportefeuille³. De mogelijkheid om vorderingen onverpandbaar (of onoverdraagbaar⁴) te maken, kan aldus zorgen voor een grote belemmering voor ondernemingen om een financiering te krijgen.

Sinds de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1992 heeft de praktijk moeilijkheden ondervonden met bepaalde regelingen betreffende de overdracht van vorderingen. Daarvan zijn sommige reeds (gedeeltelijk) weggenomen door de wetgever en de Hoge Raad⁵. Desalniettemin bestaan nog steeds belemmeringen voor de praktijk onder het regime van het BW, zoals onder andere art. 3:83 lid 2 BW⁶. Dit artikel maakt het mogelijk dat partijen krachtens een beding een vordering onoverdraagbaar maken, waardoor deze vordering ‘economisch dood’ wordt gemaakt⁷.

In het navolgende wordt eerst uiteengezet welke belangen de debiteur heeft bij het opstellen van een onoverdraagbaarheidsbeding. Vervolgens behandelt dit artikel de werking van een dergelijk cessieverbod en wordt tevens aandacht besteed aan het cessieverbod in andere Europese rechtstelsels, met name het Engelse. Een uitstapje naar internationale regelingen wordt ook gemaakt, waarbij in het bijzonder aan bod komen: (i) de UNIDROIT Convention on International Factoring 1988 (hierna: “Factoring Convention”), (ii) de Principles of European Contract Law 2002 (hierna: “PECL”), (iii) de UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004 (hierna: “UP”) en (iv) de United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade 2004 (hierna: “UN Convention”). Voorts worden enkele mogelijkheden besproken die kunnen worden gebruikt om een onoverdraagbaarheidsbeding te omzeilen. Ten slotte wordt een suggestie gedaan voor een alternatief voor art. 3:83 lid 2 BW.

* Advocaat te Amsterdam.
(marc.orval@cms-dsb.com)

1. *In developed economies the bulk of corporate wealth is locked up in debts*, F. Oditah, *Legal aspects of receivables financing*, Sweet & Maxwell, 1991, p. vii. Overigens is een debt naar Engels recht hetgeen naar Nederlands recht een vordering op naam is, echter bezien vanuit de debiteur in plaats vanuit de crediteur. Vermogensrechten, waartoe de vordering op naam behoort, zijn naar Engels recht *choses in action*.
2. Zie hierover uitgebreid respectievelijk: M.H.E. Rongen, ‘Enige beschouwingen omtrent asset backed securitisation’ in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Financiering en aansprakelijkheid*, Tjeenk Willink, 1994 en J. Beuving, *Factoring* (diss. Nijmegen), Tjeenk Willink, 1996.
3. In bepaalde sectoren is het heel gebruikelijk dat een debiteurenportefeuille de enige echte “asset” van een onderneming is.
4. Op de vraag of een cessieverbod tevens een verpandingsverbod inhoudt, wordt later in dit artikel teruggekeken.
5. Met name vanwege de art. 3:84 lid 3 BW en 3:94 lid 1 BW zijn er belemmeringen ontstaan die onder het Oud Burgerlijk Wetboek niet golden. Deze bezwaren hebben geleid tot het mitigeren van het effect van art. 3:84 lid 3 BW (HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119 (Sogelease)), een voor het handelsverkeer gunstige uitleg van art. 12 EVO in het Hansa-arrest (HR 16 mei 1997, JOR 1997, 77) en de (her)introdactie van de stille cessie (art. 3:94 lid 3 BW). Zie uitgebreid hierover het WPNR themanummer “Stille cessie” (2003) 6546, als ook: J.W.A. Biemans, Kritische kanttekeningen bij wetsvoorstel 28 878 (cessie zonder mededelingsvereiste), WPNR (2004) 6584, p. 532-539.
6. Evenals bijvoorbeeld art. 3:83 lid 3 BW. Zie hierover: Th.C.J.A. van Engelen, *Onverkoopbare vermogensrechten, Art. 3:83 (3) BW nader beschouwd*, Kluwer, 2006.
7. W.H.M. Reehuis en A.H.T. Heisterkamp, *Goederenrecht*, Kluwer, 2006, p. 76 e.v.

2. Belangen bij een cessieverbod

De cessie geschiedt zonder medewerking van de debiteur, een cessie mag de positie van een debiteur daarom niet verslechteren. Krachtens art. 6:145 BW behoudt de debiteur de verweermiddelen die hij tegenover zijn oorspronkelijke schuldeiser had. Debiteuren kunnen daarnaast hun positie nog verder beschermen door middel van opname van het cessieverbod.

De twee belangrijkste overwegingen om een vordering onoverdraagbaar te maken betreffen (i) de persoon van de schuldeiser en (ii) de gevolgen van wisseling van schuldeiserschap⁸. Om te beginnen is de persoon van de schuldeiser van belang voor de debiteur. De debiteur kan een langdurige relatie met de schuldeiser hebben opgebouwd, waardoor deze coulant is jegens de debiteur. Een andere schuldeiser hoeft dit niet te zijn. Verder brengt een verandering van schuldeiserschap (die niet zozeer ziet op de persoon van de debiteur) met zich dat de debiteur aan een ander dient te betalen of dat de debiteur een potentiële bevoegdheid tot verrekening verliest⁹. De gevolgen van betaling aan een onbevoegde of van onverschuldigde betaling komen voor rekening van de debiteur. Het bijhouden van wie op welk moment schuldeiser is, brengt extra kosten met zich. Om dit te voorkomen, kan een debiteur een beding van onoverdraagbaarheid in een overeenkomst opnemen.

Tegenover de belangen van een debiteur staan de belangen van het handelsverkeer, dat gebaat is bij vrije verhandelbaarheid van vorderingen¹⁰. Zou men deze vorderingen namelijk niet kunnen gebruiken in financieringsconstructies (via cessie of verpanding), dan blijft de waarde die deze vorderingen vertegenwoordigen ‘opgesloten’. De wenselijkheid van een contractueel verbod op overdracht of verpanding van vorderingen staat dan ook ter discussie¹¹.

3. Werking van cessieverbod

3.1. Werking naar Nederlands recht

De Hoge Raad¹² heeft bepaald dat handelen in strijd met een beding ex art. 3:83 lid 2 BW niet slechts wanprestatie met zich brengt maar tevens leidt tot ongeldigheid van de betreffende overdracht¹³. Het cessieverbod maakt een vordering derhalve onoverdraagbaar¹⁴ en leidt niet tot beschikkingsonbevoegdheid van de cedent. Slechts in gevallen zoals bedoeld in art. 3:36 BW zal een vordering het vermogen van een cedent kunnen verlaten. Een beroep op dit artikel zal echter niet snel leiden tot de gewenste bescherming¹⁵.

3.2. Werking van het cessieverbod in andere Europese landen

In Engeland is in de *Helstan*-case¹⁶ bepaald dat een *non-assignment clause* niet kan voorkomen dat een vordering het vermogen van de *assignor* (cedent) verlaat¹⁷. In *Linden Gardens Trust Ltd v. Lenesta Sludge Disposals Ltd*, werd

evenwel bepaald dat een *assignment* (cessie) in strijd met een *non-assignment clause* door de *account debtor* (debitor cessus) kan worden genegeerd. Aldus verkrijgt de *assignee* (cessionaris) vorderingen die niet kunnen worden geïnd bij de debitor cessus, omdat de vordering *unenforceable* is. Het incasseren van dergelijke vorderingen zou dan via de cedent moeten gaan, waarbij de debitor cessus betaalt aan de cedent. Na betaling aan de cedent ontstaat van rechtswege een *trust* (een zogeheten *constructive trust*)¹⁸. Dit betekent dat de cedent het van de debitor cessus ontvangen bedrag van rechtswege zal gaan houden voor de cessionaris. Doordat de cessionaris een vordering verkrijgt op de cedent kan aldus alsnog worden bewerkstelligd dat de cessionaris zijn vordering op de debitor cessus voldaan krijgt. Kortom, een cessieverbod naar Engels recht kan een overdracht niet voorkomen, maar heeft wel een relatieve goederenrechtelijke werking.

In Engeland is *The Law Commission* in augustus 2005 met de aanbeveling gekomen een *non-assignment clause* een andere werking te geven. Zij stelt voor dat een dergelijke clause niet zou moeten werken ten opzichte van de

8. F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding* (diss. Groningen), Kluwer, 2003, p. 63-65. Zie ook: F. Oditah, *Legal aspects of receivables financing*, Sweet & Maxwell, 1991, p. 259-262.
9. De mogelijkheid om te kunnen verrekenen is immers op grond van art. 6:130 BW beperkt vergeleken met art. 6:127 BW.
10. G. McCormack, *Secured credit under English and American law*, Cambridge University Press, 2004, p. 228-230.
11. H.L.E. Verhagen en M.H.E. Rongen, *Cessie*, Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Kluwer, 2000, p. 101 e.v.
12. Hoge Raad 17 januari 2003, NJ 2004, 281 (m.nt. Snijders), JOR 2003, 52, (m.nt. Rongen; Oryx/Van Eesteren). Zie voorts eveneens de conclusie van AG Hartkamp.
13. Op grond van art. 3:98 BW geldt een en ander ook voor het vestigen van beperkte rechten.
14. Zie hierover ook: R.D. Vriesendorp, ‘Oryx/Van Eesteren’, AA 52 (2003), p. 191 e.v.
15. Zie voor een recent voorbeeld: Rechtbank Utrecht (HA ZA 08-96/LJN BH1968) 4 februari 2009, JOR 2009, 119 (m.nt. B.A. Schuijling).
16. *Helstan Securities Ltd v. Hertfordshire County Council* [1978] 3 All E.R. 262.
17. G. McCormack, *Secured credit under English and American law*, Cambridge University Press, 2004, p. 228-230.
18. Zie hierover onder andere: G. McCormack, ‘*Debts and non-assignment clauses*’, [2000] J.B.L., p. 422-445. en: F. Oditah, *Legal aspects of receivables financing*, Sweet & Maxwell, 1991, p. 262. Zie over de constructive trust naar Engels recht bijvoorbeeld: W.J. Zwalve, *Uniken Venema's Common & Civil Law*, Tjeenk Willink, 2000, p. 315 e.v. of: D.W. Aertsen, *De trust, Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht, Deel 29, Kluwer, 2004, p. 267-280. [Zie over de constructive trust in mixed legal systems: G.L. Gretton, ‘*Constructive Trusts and Insolvency*’, in: J.M. Milo en J.M. Smits, *Trusts in Mixed Legal Systems*, Ars Aequi Libri, 2001, p. 29-41.] Vgl. voorts Hoge Raad 5 september 1997, NJ 1998, 437, m.nt. Van Schilfgaarde (Ontvanger/Hamm q.q.) waar wellicht een vergelijkbaar mechanisme als de constructive trust aangenomen wordt naar Nederlands recht in geval van een onverschuldigde betaling tijdens faillissement. Zie hierover verder: H.L.E. Verhagen en N.E.D. Faber, ‘*A trace of Chase Manhattan in the Netherlands?*’, R.L.R. 3 (1998), p. 165 e.v.

cessionaris¹⁹. Een in strijd met een *non-assignment clause* overgedragen vordering zou derhalve rechtstreeks bij de debiteur te innen moeten zijn. De debiteur behoudt slechts een eventuele persoonlijke aanspraak ten opzichte van de cedent.

In andere ons omringende landen wordt op verschillende wijzen aangekeken tegen de gevolgen van een onoverdraagbaarheidsbeding. In België, bijvoorbeeld, wordt aangenomen dat een cessieverbod een vordering onoverdraagbaar maakt²⁰. In Frankrijk bestaat weinig discussie over de werking van een beding van niet-overdraagbaarheid; een dergelijk beding is ongeldig²¹. In het Duitse recht heeft een cessieverbod daarentegen werking ten opzichte van een ieder. Een cessie in strijd met een cessieverbod is aldus ongeldig²². Men ziet dat de opvattingen omtrent een beding van onoverdraagbaarheid in Europa niet bepaald parallel lopen. In Nederland, bijvoorbeeld, moet bij de overdracht of verpanding van vorderingen aan de hand van het recht dat die vorderingen beheerst, worden vastgesteld of die vorderingen overdraagbaar of verpandbaar zijn²³. Het ontbreken van een algemene internationale opvatting over het cessieverbod maakt dat dergelijke exercities veel tijd en geld zullen gaan kosten. Mede om deze reden hebben verschillende organisaties getracht het materiële recht ten aanzien van de cessie te harmoniseren, althans een voorzet daartoe te geven.

3.3. Werking van het cessieverbod in internationale regelingen

Het onoverdraagbaarheidsbeding komt aan de orde in diverse internationale regelingen. Verbintenisrechtelijke werking van een cessieverbod komt onder andere naar voren in art. 6 Factoring Convention, art. 9.1.9 UP en art. 9 UN Convention. Onder deze regelingen is een overdracht in weerwil van een cessieverbod geldig, maar behoudt de debiteur een persoonlijke aanspraak op de cedent. Tevens is in een van de internationale regelingen een benadering opgenomen die een zekere verwantschap vertoont met de Engelse werking van de *non-assignment clause*. In art. 11:301 PECL is namelijk bepaald dat een cessie in strijd met een onoverdraagbaarheidsbeding slechts werking heeft tussen de cedent en de cessionaris. De vordering gaat wel over naar het vermogen van de cessionaris, maar deze overgang werkt niet ten aanzien van de debiteur. Aldus zal inning, zoals in het Engelse recht ook het geval is, moeten verlopen via de cedent.

Een korte analyse van relevante internationale regelingen maakt duidelijk dat geen van deze regelingen een benadering kent zoals deze geldt in Nederland. Het is mijns inziens reeds daarom terecht om vraagtekens te zetten bij de wenselijkheid van het uitsluiten van de overdraagbaarheid van vorderingen. Niet alleen heeft een dergelijke werking nadelige gevolgen voor de financieringspraktijk, Nederland loopt hiermee ook internationaal uit de pas.

Alvorens in te gaan op alternatieven ter mitigering van het cessieverbod en een mogelijke nieuwe wettelijke regeling, worden in het navolgende eerst enkele gevolgen van het cessieverbod naar Nederlands recht besproken.

4. Gevolgen van het cessieverbod

Een reden om een cessieverbod op te nemen, kan zijn om te voorkomen dat de debiteur wordt geconfronteerd met een ander dan de oorspronkelijke schuldeiser. Doordat een cessieverbod het gevolg heeft dat een vordering onoverdraagbaar wordt, lijkt de debiteur te bewerkstelligen wat hij heeft beoogd bij het opnemen van een onoverdraagbaarheidsbeding. Heeft de debiteur door middel van het cessieverbod weten te voorkomen dat hij ooit wordt geconfronteerd met een andere inningsbevoegde dan zijn oorspronkelijke crediteur?

4.1. Last tot inning²⁴

De last tot inning kan op twee verschillende wijzen worden gebruikt om een vordering door een ander dan de schuldeiser te laten innen. Enerzijds kan men in naam van de lastgever een vordering innen, waarbij in dat geval *feitelijk* sprake is van inning door een andere persoon, echter, *juridisch* wordt de vordering geïnd door de (oorspronkelijke) schuldeiser²⁵. Anderzijds kan een lasthebber in eigen naam een vordering innen, in welk geval de debiteur zowel *feitelijk* als *juridisch* wordt geconfronteerd met een andere persoon.

Indien de vordering is onderworpen aan een cessieverbod, gaan beide wijzen van inning in tegen de bedoelingen van een debiteur. Immers, in beide gevallen wordt de debiteur geconfronteerd met een andere persoon dan de (oorspronkelijke) schuldeiser. Mijns inziens kan men echter niet stellen dat een cessieverbod kan voorkomen dat de lasthebber in naam van de lastgever een vordering int. Wel zouden partijen de bedoeling kunnen hebben gehad om (ook) inning door een derde uit te sluiten. Wat mij betreft

19. The Law Commission, *Company Security Interests* (Cmnd 6654), 2005, p. 112 e.v.

20. A. Verbeke, 'De inpandgeving van schuldvorderingen', in: E. Dirix e.a. (red), *Overdracht en inpandgeving van schuldvorderingen*, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1995, p. 95.

21. H. Kötz, 'Rights of third parties. Third party beneficiaries and assignment', in: A. von Mehren (red), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 64. Deze benadering ziet men ook in de Verenigde Staten (Section 9-406 (d) Uniform Commercial Code).

22. Idem, p. 65-67. Op grond van § 354 HGB is op dit uitgangspunt evenwel een uitzondering gemaakt voor een cessie tussen koopmannen.

23. Art. 10 lid 1 Wet conflictenrecht goederenrecht. Ook art. 12 lid 2 EVO en art. 14 lid 2 Rome I.

24. De last tot inning is geregeld in art. 7:414 BW en bewerkstelligt dat de lasthebber voor rekening van de lastgever rechtshandelingen kan verrichten.

25. Dit geldt overigens eveneens voor de volmacht (ex art. 3:60 BW).

zou deze bedoeling dan wel expliciet moeten blijken en kan niet worden gesteld dat enkel het opnemen van een onoverdraagbaarheidsbeding een verbod op feitelijke inning door een derde impliceert.

Verdedigbaar lijkt wellicht dat een cessieverbod ertoe strekt dat inning door een lasthebber in eigen naam wordt voorkomen. Volgens Beekhoven van den Boezem²⁶ volgt dit reeds uit het cessieverbod. Het zou slechts anders zijn, indien uit het beding dat strekt tot onoverdraagbaarheid van de vordering zou blijken dat partijen de last tot inning in eigen naam *niet* hebben willen uitsluiten. In mijn optiek is deze ruime uitleg van het cessieverbod onjuist en volgt uit een cessieverbod slechts dat partijen hebben beoogd de overdracht van een vordering uit te sluiten, tenzij uit de overeenkomst een verdergaande beperking blijkt²⁷.

Een verbod tot inning heeft overigens geen goederenrechtelijke werking²⁸, waardoor inning door een ander dan de schuldeiser gewoon mogelijk blijft²⁹. Inning in strijd met een dergelijk beding kan echter wel een vordering uit wanprestatie met zich brengen van de debiteur op de lastgever (de oorspronkelijke schuldeiser).

4.2. Derdenbeslag

Aangezien een last tot inning ondanks een cessieverbod mogelijk blijft, voorkomt een cessieverbod niet dat een debiteur wordt geconfronteerd met een andere inningsbevoegde dan zijn oorspronkelijke schuldeiser. Ook kan een cessieverbod niet voorkomen dat de debiteur te maken krijgt met een beslaglegger. Een cessieverbod bewerkstelligt dan ook niet dat een vermogensbestanddeel wordt onttrokken aan verhaal van eventuele schuldeisers van de cedent. Een andere werking van het cessieverbod zou immers leiden tot strijd met art. 3:276 BW.

4.3. Verpanding

Art. 3:228 BW bepaalt dat op alle goederen die vatbaar zijn voor overdracht een recht van pand of hypotheek kan worden gevestigd. Hieruit volgt rechtstreeks dat *onoverdraagbare* vorderingen, ongeacht de bedoeling van partijen, onverpandbaar zijn. Een onoverdraagbaarheidsbeding leidt dan ook niet slechts tot een onoverdraagbare vordering, maar ook tot een onverpandbare vordering³⁰. In de literatuur zijn echter ook argumenten naar voren gebracht waaruit zou moeten blijken dat een cessieverbod niet tevens een verpandingsverbod inhoudt³¹. Een van die argumenten is bijvoorbeeld dat een door pand bezwaarde vordering doorgaans wordt gerealiseerd door inning en niet door (executoriale) verkoop en overdracht. Het vereiste van overdraagbaarheid zou derhalve bij vorderingen aan zijn doel voorbij schieten³². Mijns inziens kunnen dergelijke argumenten niet overtuigen en leidt een cessieverbod gezien de redactie van art. 3:228 BW automatisch tot een verpandingsverbod.

In dit kader is verder interessant te bekijken of op grond van de tekst van een cessieverbod of anderszins door uitleg daarvan door partijen slechts verbintenisrechtelijke werking is beoogd. Tot deze conclusie zou men kunnen komen indien het onoverdraagbaarheidsbeding niet expliciet bepaalt dat een vordering naar haar aard onoverdraagbaar is, maar slechts een beperking legt op wat partijen met een vordering zullen of mogen doen. Tegen de achtergrond dat partijen door middel van een cessieverbod beogen te voorkomen dat de schuldenaar wordt geconfronteerd met een andere schuldeiser, lijkt weinig ruimte voor deze uitleg van een cessieverbod. Slechts in gevallen waarin een onoverdraagbaarheidsbeding expliciet bepaalt dat het slechts verbintenisrechtelijke werking heeft, kan men wat mij betreft aannemen dat aan een dergelijk beding geen goederenrechtelijke werking toekomt.

5. Enkele alternatieven naar Nederlands recht

Aangezien een cessieverbod een overdracht of verpanding van vorderingen voorkomt, kan dit in de praktijk leiden tot belemmeringen. Een overdracht van een aanzienlijke portefeuille vorderingen wordt bijvoorbeeld snel kostbaar, indien onderzoek moet worden gedaan naar de overdraagbaarheid van iedere vordering op zich. Er zijn (gelukkig) methoden denkbaar die een partij in staat stellen een onoverdraagbaarheidsbeding te omzeilen. In het hiernavolgende wordt een viertal alternatieven besproken.

26. F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding* (diss. Groningen), Kluwer, 2003, p. 174 e.v.
27. Een debiteur zal in beginsel de bedoeling hebben om meer uit te sluiten dan slechts de cessie. Hij wil immers niet worden geconfronteerd met een andere schuldeiser. Echter, gezien de nadere invulling van het Haviltex-criterium in HR 19 januari 2007, NJ 2007, 575 (Meyer/Pontmeyer) en HR 29 juni 2007, NJ 2007, 576 (Derksen/Homburg), lijkt het dat zulks in beginsel minder snel dient te worden aangenomen bij zorgvuldig geredigeerde commerciële overeenkomsten, tenzij de tekst van het contract expliciet een verbod op last tot inning inhoudt.
28. S.C.J.J. Kortmann, *De vertegenwoordiging*, Asser-Van der Grinten-Kortmann, Vertegenwoordiging en rechtspersoon, Deel 2-I, Kluwer, 2004.
29. Inning in strijd met een dergelijk beding kan aldus een vordering uit wanprestatie met zich brengen.
30. Zie ook: F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding* (diss. Groningen), Kluwer, 2003, p. 103-108 en ook A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht, deel 43, Kluwer, 2008, p. 109-110.
31. Zie ook: R.D. Vriesendorp, 'Verpanding van contractueel onoverdraagbare geldvorderingen', WPNR (1996) 6211, p. 105-106. en H.L.E. Verhagen en M.H.E. Rongen, *Cessie* (Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Kluwer, 2000, p. 98.
32. Terecht merkt Vriesendorp in dit verband overigens op dat deze zienswijze ertoe zal leiden dat in de praktijk partijen veelal zowel een cessieverbod als een verpandingsverbod zullen opnemen in een overeenkomst. Zie: R.D. Vriesendorp, 'Oryx/Van Eesteren', AA 52 (2003), p. 191 e.v.

5.1. *Privatieve last tot inning*

Indien men gebruik maakt van de privatieve last tot inning (art. 7:423 lid 1 BW) sluit men uit dat de debiteur bevrijdend betaalt aan de lastgever. Dit laatste wordt bewerkstelligd door te zorgen dat de debiteur de privatieve last tot inning kende of in ieder geval behoorde te kennen (door mededeling) op het moment dat hij betaalt³³. Hierdoor moet de debiteur betalen aan de lasthebber, zonder dat in strijd met het cessieverbod wordt gehandeld. Immers, zoals eerder betoogd, een onoverdraagbaarheidsbeding maakt een vordering onoverdraagbaar, zij sluit echter de inning door een ander dan de oorspronkelijke schuldeiser niet uit³⁴.

5.2. *Afsplitsing*

Een onoverdraagbaarheidsbeding bewerkstelligt dat een vordering niet meer door overdracht onder bijzondere titel kan overgaan op een ander. Echter, vorderingen kunnen ook onder algemene titel overgaan op een ander, bijvoorbeeld door middel van de vennootschapsrechtelijke afsplitsing (art. 2:334a lid 3 BW)³⁵. Bij de afsplitsing ontstaat een nieuwe rechtspersoon die onder algemene titel (een deel van) het vermogen van de splitsende rechtspersoon verkrijgt. Op deze wijze is het mogelijk om onoverdraagbare vorderingen alsnog te gebruiken in financieringsconstructies³⁶. Stel dat A een aantal door een beding onoverdraagbaar gemaakte vorderingen zou willen gebruiken bij een factoringsconstructie. A splitst en richt een verkrijgende rechtspersoon D op. De vorderingen gaan onder algemene titel over op D. A verkoopt daarna al haar aandelen in D aan de factor. Door middel van fusie van de factor en D gaan de vorderingen onder algemene titel over in het vermogen van de factor. Op deze wijze is de afsplitsing te gebruiken, indien financieringstransacties worden belemmerd door onoverdraagbaarheidsbedingen. Deze constructie is, zoals Van Solinge terecht opmerkt, echter weinig dynamisch. Men zal voor iedere overgang een behoorlijk lange, complexe en kostbare weg moeten bewandelen om de vorderingen over te laten gaan in het vermogen van de factor.

5.3. *Agency sale financing*

Een cessieverbod kan voor liquiditeitsproblemen zorgen. Deze problemen ontstaan bijvoorbeeld doordat een leverancier van goederen enige tijd moet wachten voordat de afnemer de koopsom betaalt. Indien tussen een leverancier en een afnemer een (raam)overeenkomst bestaat waarin is overeengekomen dat vorderingen die de leverancier op de afnemer heeft of zal verkrijgen onoverdraagbaar (zullen) zijn, dan kan de leverancier deze vorderingen niet liquide maken door een cessie of als onderpand gebruiken voor een financiering. De leverancier zou in dit geval als alternatief gebruik kunnen maken van de in Engeland als *agency sale financing* bekendstaande constructie³⁷. De leverancier verkoopt de goederen eerst aan een financier en krijgt (direct) beschikking over een koopsom. De leveran-

cier die na de verkoop (en levering *constitutum possessorium*) aan de financier de goederen onder zich heeft gehouden, verkoopt dan in eigen naam, echter als *agent* (lasthebber) voor de financier, de goederen aan de afnemer. De leverancier ontloopt op deze wijze mogelijke liquiditeitsproblemen die zouden kunnen ontstaan door het onoverdraagbaarheidsbeding in de raamovereenkomst. Doordat de leverancier handelde als *agent*, kan de financier naar Engels recht rechten ontleen aan de door de leverancier en de derde gesloten overeenkomst (*doctrine of the undisclosed principal*)³⁸.

Naar Nederlands recht is een dergelijke constructie eveneens mogelijk³⁹. In tegenstelling tot het Engelse recht kan de principaal bij middellijke vertegenwoordiging niet onmiddellijk rechten uitoefenen jegens de derde, maar slechts in bepaalde gevallen (art. 7:420 BW)⁴⁰. Hierdoor heeft de principaal onder normale omstandigheden (te weten indien de lasthebber zijn verplichtingen jegens de principaal nakomt) geen vorderingsrecht op de derde⁴¹. Indien de financier anderszins voldoende zekerheden heeft voor de financiering aan de lasthebber (aldus voor zijn zekerheden niet afhankelijk is van een eventuele rechtstreekse aanspraak op de derde) dan leidt dit niet direct tot problemen.

33. J. Beuving, *Factoring* (diss. Nijmegen), Tjeenk Willink, 1996, p. 135-136.

34. Hoewel de lastgeving op grond van art. 7:422 lid 1 BW zou moeten eindigen bij faillissement, wordt ook wel betoogd dat de privatieve last niet eindigt door het faillissement van de lastgever. Zie hierover onder andere: J.J. van Hees, Het einde van de last als gevolg van faillissement, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Vertegenwoordiging en tussenpersonen*, Serie Onderneming en Recht, Deel 17, Tjeenk Willink, 1999, p. 175-187.

35. Art. 3:80 lid 2 BW.

36. Zie hierover: G. van Solinge, Afsplitsing van vorderingen, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en Effecten*, Tjeenk Willink, 1998, p. 467 e.v.

37. Zie over 'Agency sale financing': F. Oditah, *Financing Trade Credit: Welsh Development Agency v Exfinco*, [1992] J.B.L., p. 541-569.

38. Zie over de 'doctrine of the undisclosed principal': F. Reynolds, *Agency and Representation*, in: P. Birks (red.), *English Private Law*, Oxford University Press, 2000, p. 189 e.v.

39. Zie over eigendomsverlies bij middellijke vertegenwoordiging: Asser-Van der Grinten-Kortmann 2-1 (De vertegenwoordiging), p. 157 e.v.

40. Zie over middellijke vertegenwoordiging o.a.: S.C.J.J. Kortmann en H.L.E. Verhagen, Middellijke vertegenwoordiging: een terreinafbakening, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Vertegenwoordiging en tussenpersonen*, Tjeenk Willink, 1999, p. 3-28.

41. Deze situatie lijkt op een stille cessie waarbij de cessionaris, hoewel hij rechthebbende is, vóór mededeling niet tot inning bij de debiteur kan overgaan.

5.4. Trust

In aansluiting op het in de vorige paragraaf geschetste alternatief van *agency sale financing* volgt ten slotte een typisch Engelse rechtsfiguur, de *trust*. Een *declaration of trust* is mogelijk met betrekking tot vorderingen die onderworpen zijn aan een cessieverbod⁴². Iemand die problemen voorziet doordat zijn vorderingen door middel van een cessieverbod onoverdraagbaar zijn gemaakt, kan aldus deze vorderingen door middel van een *declaration of trust* gaan houden als *trustee for the benefit of a beneficiary* (de beoogde koper van de vorderingen). De twee relevante kenmerken van een *trust* zijn dat (i) de *beneficiary* een aanspraak heeft op de *trustee* en (ii) de *trust* bestaat uit een vermogen dat is afgescheiden van het privé-vermogen van de *trustee*. Deze twee aspecten van de *trust* bewerkstelligen een goederenrechtelijke bescherming voor de *beneficiary* die ertoe leidt dat hij, zelfs in geval van faillissement van de *trustee*, zijn vordering op de *trustee* voldaan kan krijgen (i.e. *insolvency ring fence*). Een *trust* sorteert derhalve eenzelfde effect als een overdracht⁴³.

De mogelijkheid om de *trust* te gebruiken in Nederland lijkt niet aanwezig, aangezien het Nederlandse recht geen rechtsfiguur als de *trust* kent. Ingevolge het Haags Trustverdrag⁴⁴ wordt een Engelse *trust* erkend. Een onoverdraagbare vordering (naar Nederlands recht) kan onderworpen zijn aan een Engelse *trust*. Hoewel het Engelse recht van toepassing is op de *trust* (truststatuut), bepaalt het Nederlandse recht (vorderingsstatuut) of een cessieverbod op deze wijze kan worden omzeild. Mijns inziens is dit, gezien de eerder besproken beperkte interpretatie van het cessieverbod⁴⁵, mogelijk. Het is daarom denkbaar dat een door een beding onoverdraagbaar gemaakte vordering onderdeel wordt van een Engelse *trust*⁴⁶.

6. Wettelijk alternatief

De twee belangrijkste aspecten bij het voorzien in een wettelijk alternatief voor de huidige mogelijkheid om vorderingen onoverdraagbaar te maken, zijn wat mij betreft (i) de vrije verhandelbaarheid van vorderingen (alsmede het gebruik als onderpand) en (ii) de bescherming van de debiteur⁴⁷. Om te beginnen kan men zich afvragen, gezien het belang van het liquide maken van vorderingen voor de financieringspraktijk en het daarmee veelal gepaard gaande overdragen of verpanden van vorderingen, of vorderingsrechten niet op dezelfde wijze moeten worden behandeld als roerende zaken (niet registergoederen). Roerende zaken kunnen niet door een beding 'economisch dood' worden gemaakt. Men zal echter ook rekening moeten houden met de debiteur die een vorm van bescherming verlangt. Echter kan men zich afvragen of het onoverdraagbaarheidsbeding wel de juiste wijze is om deze bescherming te bieden. Als een cessieverbod namelijk wordt opgesteld om uit te sluiten dat de debiteur te maken krijgt met andere inningsbevoegden, is een dergelijke

beding een uiterst gebrekkig middel en voorts ook op, onder andere, de hierboven onder 5 genoemde wijzen te omzeilen. Door zowel de debiteur een vorm van bescherming te bieden en door te voorkomen dat de praktijk zich hoeft te bedienen van dergelijke alternatieven om vorderingen liquide te maken, bereikt men mijns inziens een alternatief dat voor beide partijen bevredigend zal zijn.

De uitwerking van het cessieverbod, zoals de UP, de Factoring Convention en de UN Convention die hebben vastgelegd (namelijk de verbintenisrechtelijke werking), lijkt mij dan ook het meest voor de hand te liggen. Deze benadering faciliteert enerzijds de praktijk, doordat de vordering vrij overdraagbaar blijft en houdt anderzijds rekening met de belangen van de debiteur door hem een actie uit wanprestatie toe te kennen (mits hij schade ondervindt van de cessie in weerwil van het overeengekomen cessieverbod⁴⁸).

-
42. *Don King Productions Inc v. Warren* [1998] 2 All E.R. 608. Zie verder: A. Tettenborn, *Trusts of unassignable agreements*, [1998] L.M.C.L.Q., p. 498 e.v. En later: A. Tettenborn, *Trusts of unassignable agreements – again*, [1999] L.M.C.L.Q., p. 353 e.v. Als ook: G. McCormack, *Debts and non-assignment clauses*, [2000] J.B.L., p. 422-445. Verder recent: A. Trukhtanov, *Trust of a Non-Assignable Contractual Benefit: Barbados Trust Company v Bank of Zambia*, [2007] 70(5) M.L.R., p. 837-856.
43. Zie hierover: H. Beale, M.G. Bridge, L. Gullifer en E. Lomnicka, *The law of personal property*, Oxford University Press, 2007, p. 218 e.v.
44. Zie met name de art. 11, 13, 15 en 16.
45. Namelijk dat een cessieverbod slechts tot gevolg heeft dat een vordering onoverdraagbaar wordt gemaakt.
46. H.L.E. Verhagen, Het Haagse Trustverdrag, in: D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann, A.J.M. Nuytinck (et.al.), *Vertrouwd met de trust: Trust and trust-like arrangements*, Serie Onderneming en Recht, deel 5, Kluwer, 1996, p. 90 e.v.
47. Zie ook: G. McMeel, *The modern law of assignment: public policy and contractual restrictions on transferability*, L.M.C.L.Q. 2004, p. 483 e.v.
48. Schade zou kunnen ontstaan doordat de nieuwe schuldeiser minder coulant is (hoewel dat zeer lastig aantoonbaar is) of doordat de potentiële bevoegdheid tot verrekening wegvalt, waardoor de debiteur in tegenstelling tot vóór de cessie extra geld moet vrijmaken. De hiermee gemoeide extra kosten zouden kunnen worden aangemerkt als schade die de debiteur ondervindt van de cessie.