

NJ 2015/167: Contractueel verbod tot overdracht vorderingen in algemene voorwaarden; goederenrechtelijke werking; geen beroep op goede trouw. Uit...

Instantie:	Hoge Raad (Civiele kamer)	Datum:	21 maart 2014
Magistraten:	Mrs. F.B. Bakels, C.E. Drion, G. Snijders, G. de Groot, M.V. Polak	Zaaknr:	12/05258
Conclusie:	A-G mr. E.B. Rank-Berenschot		
Noot:	H.J. Snijders	Roepnaam:	Coface/Intergamma
Brondocumenten:	ECLI:NL:HR:2014:682, Uitspraak, Hoge Raad (Civiele kamer), 21-03-2014; ECLI:NL:PHR:2013:1380, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 22-11-2013; Beroepschrift, Hoge Raad, 08-11-2012; Beroepschrift, Hoge Raad, 17-10-2012		
	Download gedrukte versie (PDF)		

Wetgeving: Art. 3:36, 3:83 BW

Brondocument: HR, 21-03-2014, nr. 12/05258

Essentie

Contractueel verbod tot overdracht vorderingen in algemene voorwaarden; goederenrechtelijke werking; geen beroep op goede trouw. Uitleg contractueel overdraagbaarheids- of verpandingsverbod; uitleg naar objectieve maatstaven met inachtneming Haviltex-maatstaf.

In zijn arrest van 17 januari 2003, *NJ 2004/281*, m.nt. HJS, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een verpandingsverbod 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, komt erop neer dat partijen goederenrechtelijke werking kunnen geven aan een contractueel overdraagbaarheids- of verpandingsverbod. De Hoge Raad ziet onvoldoende aanleiding tot

heroverweging van zijn rechtspraak.

Een uitlegregel die erop neerkomt 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, is niet aanvaard in het arrest van de Hoge Raad van 17 januari 2003 en is bovendien onjuist. Een beding inzake een verbod tot overdracht of verpanding 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, *NJ* 2005/493, m.nt. C.E. du Perron). 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.

Samenvatting

In dit geding vordert Coface veroordeling van Intergamma tot betaling van openstaande facturen, stellende dat de vorderingen op Intergamma waarop de facturen betrekking hebben, aan haar zijn gecedeerd door AFK Duitsland, aan wie de handelspartner van Intergamma, AFK Holland, haar vorderingen op Intergamma had overgedragen. Tussen Intergamma en AFK Holland was de toepasselijkheid van de algemene inkoopvoorwaarden van Intergamma overeengekomen waarin een cessieverbod is opgenomen. Anders dan de rechtbank heeft het hof de vordering van Coface afgewezen. Tegen dat oordeel keert zich het cassatiemiddel.

*Bij de beoordeling van het middel wordt vooropgesteld dat de Hoge Raad in zijn arrest van 17 januari 2003, *ECLI:NL:HR:2003:AF0168*, *NJ* 2004/281, m.nt. HJS (Oryx/Van Eesteren), heeft geoordeeld (kort gezegd) dat een verpandingsverbod zoals 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*, p. 314), komt erop neer dat partijen goederenrechtelijke werking kunnen geven aan een contractueel overdraagbaarheids- of verpandingsverbod. Weliswaar is dit arrest in de literatuur kritisch besproken, 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. 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, 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. 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, m.nt. C.E. du Perron). 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.

Partij(en)

Coface Finanz GMBH, te Mainz, Bondsrepubliek Duitsland, eiseres tot cassatie, adv.: mr. J.H.M. van Swaaij,
tegen
Intergamma B.V., te Leusden, verweerster in cassatie, adv.: mr. J.P. Heering en mr. J.W. de Jong.

Voorgaande uitspraak

Hof:

4. De beoordeling in hoger beroep

- 4.1** In dit geding vordert Coface betaling van een aantal facturen die op naam van AFK Duitsland aan Intergamma zijn verzonden, vermeerderd met rente en kosten. Volgens opgave van Coface zijn die facturen tot een totaalbedrag van € 121.755,22 niet op het op de betreffende facturen vermelde rekeningnummer en dus niet aan Coface betaald. Volgens dezelfde opgave heeft Intergamma aanspraak op gedeeltelijke verrekening van dat bedrag met € 20.929,45, uit hoofde van creditnota's van AFK Duitsland. Het saldo bedraagt aldus, volgens deze opgave, € 100.825,77, welk bedrag Coface in dit geding vordert. Coface stelt dat Intergamma slechts bevrijdend aan haar, Coface, kon betalen en dat de onder 3.11 genoemde betalingen haar niet hebben bevrijd. De desbetreffende vorderingen van AFK Duitsland had laatstgenoemde overgedragen aan Coface (zie hiervoor onder 3.7). Coface stelt in dit verband dat op alle facturen die AFK Duitsland heeft verzonden na het aangaan van de factoringovereenkomst met Coface het rekeningnummer van Coface werd vermeld en dat het alle debiteuren — en ook Intergamma — bekend was dat de facturen aan Coface moesten worden betaald.
- 4.2** Intergamma heeft zich tegen de vordering verweerd. Primair stelt Intergamma zich op het

standpunt dat, nu in artikel 21.3 van haar algemene inkoopvoorwaarden (zie hiervoor onder 3.4) overdracht van rechten en verplichtingen zonder schriftelijke toestemming uitdrukkelijk niet is toegestaan, Coface nimmer rechtstreeks een vordering kan hebben op Intergamma. Subsidiar verweert Intergamma zich met de stelling dat zij de thans door Coface geclaimde facturen bevrijdend heeft betaald aan AFK Holland B.V. Intergamma heeft in dit verband betwist dat aan haar mededeling is gedaan van de factoring aan Coface. Volgens Intergamma kreeg zij eerst eind mei 2009 weet van de factoring. Gezien de feitelijke verhouding tussen Intergamma en AFK Holland, waarbij de bestellingen, leveringen en overige contacten met AFK Holland plaatsvonden, heeft Intergamma gevolg gegeven aan de e-mail van 18 maart 2009 waarbij AFK Holland haar verzocht vanaf 1 maart 2009 aan AFK Holland te betalen, aldus Intergamma. Intergamma stelt dat daarbij is afgesproken met AFK Holland dat alle nog te betalen facturen op het in de e-mail van 18 maart 2009 opgegeven bankrekeningnummer zouden worden betaald, ongeacht de factuurdatum.

- 4.3 De rechtbank heeft de verweren van Intergamma verworpen en de vordering van Coface toegewezen.
- 4.4 Tegen die beslissing en de overwegingen waarop zij berust, keert Intergamma zich in hoger beroep.
- 4.5 Het hof stelt voorop dat het in deze zaak rechtsmacht heeft, nu de verweerster in eerste aanleg, Intergamma, in Nederland is gevestigd.
- 4.6 Verder neemt het hof tot uitgangspunt dat op de vorderingen waarvan Coface in dit geding betaling vordert, Nederlands recht van toepassing is, nu Coface zich in eerste aanleg niet heeft uitgelaten over het op de vordering toepasselijke recht, de rechtbank heeft geoordeeld dat Nederlands recht van toepassing is (onder 4.4 van het bestreden vonnis), daartegen geen grief is gericht en beide partijen ook in hoger beroep stilzwijgend uitgaan van de toepasselijkheid van Nederlands recht. Overigens is dat oordeel juist, gelet op de rechtskeuze in de algemene voorwaarden (zie hiervoor onder 3.3) en de overname van de gehele contractuele positie, inclusief condities en dergelijke van AFK Holland door AFK Duitsland (zie hiervoor onder 3.6).
- 4.7 Het hof ziet aanleiding eerst grief IV te behandelen, nu deze het meest verstrekkend van aard is. Met deze grief komt Intergamma op tegen het oordeel van de rechtbank dat de cessie niet ongeldig is wegens strijd met de inkoopvoorwaarden. De rechtbank heeft overwogen dat Intergamma zich slechts beroept op het niet toegestaan zijn van cessie, en dat zowel die bewoordingen als de tekst van artikel 21.3 van de algemene voorwaarden (hiervoor geciteerd onder 3.4), die er louter over spreekt dat de verkoper zijn rechten niet "zal" overdragen, slechts duiden op een (obligatoir) verbod, niet op (goederenrechtelijke) onoverdraagbaarheid.
- 4.8 Intergamma betoogt in de toelichting op de grief (memorie van grieven onder 16 en volgende) dat artikel 21 lid 3 van de inkoopvoorwaarden wel goederenrechtelijke werking heeft. Het is, aldus Intergamma, evident dat die bepaling een overdrachtsverbod bevat dat beoogt goederenrechtelijke werking te hebben. Intergamma beroept zich hierbij op het arrest van de Hoge Raad van 17 januari 2003, *NJ 2004/281 (Oryx/Van Eesteren)*.
- 4.9 In het zojuist genoemde arrest was in een overeenkomst tussen een hoofdaannemer en een onderaannemer de volgende bepaling opgenomen:

"Het is de onderaannemer verboden zijn 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 Hoge Raad overwoog in dat arrest, voor zover voor de onderhavige zaak van belang (onder 3.4.1 en 3.4.2):

“(…)

Weliswaar leidt een verpandingsverbod als dit niet tot beschikkingsonbevoegdheid van de gerechtigde tot de vordering doch tot niet-overdraagbaarheid van de vordering zelf, maar dat doet niet af aan de juistheid van het oordeel dat het verpandingsverbod in de weg staat aan de geldigheid van de verpanding (…)

Art. 3:83 lid 2 BW brengt immers mee dat de overdraagbaarheid van een vordering kan worden uitgesloten door een beding als hier tussen EVN en Elands is gemaakt. Anders dan het onderdeel betoogt, levert een overdracht in strijd met zo'n beding niet slechts wanprestatie van de gerechtigde tot de vordering tegenover zijn schuldenaar op, maar heeft het beding ongeldigheid van die overdracht tot gevolg. Krachtens art. 3:98 geldt dit een en ander ook voor verpanding. Daaruit volgt dat in dit geval de vordering ten gevolge van het verpandingsverbod niet kon worden verpand. (…)

4.10 Het beding in artikel 21.3 van de algemene voorwaarden dat partijen in deze zaak zijn overeengekomen, luidt:

“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.”

Het hof stelt voorop dat de vraag of met dit beding is beoogd de vorderingen van AFK Holland c.q. AFK Duitsland op Intergamma in goederenrechtelijke zin onoverdraagbaar te maken, dan wel dat met dit beding slechts obligatoire werking is beoogd in die zin dat overtreding van het daarin bepaalde niet tot ongeldigheid van de overdracht leidt maar slechts een tekortkoming door AFK Holland c.q. AFK Duitsland oplevert, moet worden beantwoord aan de hand van het zogenaamde Haviltex-criterium. Dit betekent dat het antwoord op die vraag niet alleen afhangt van de letterlijke tekst van het beding, maar van hetgeen partijen over en weer jegens elkaar hebben verklaard en van hetgeen zij over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten afleiden. Daarbij kan onder meer een rol spelen de maatschappelijke positie van partijen en welke rechtskennis bij hen mag worden verwacht. Toepassing van het Haviltex-criterium brengt niet mee dat in een bepaald geval de tekst van een schriftelijk beding niet beslissend kan zijn; in de praktijk zal dat geregeld het geval zijn (vgl. HR 11 juni 1999, *NJ* 1999/750 en de conclusie voor dat arrest onder 5). Het ligt voor de hand om in een geval als het onderhavige, waarin het beding is opgenomen in algemene voorwaarden, die naar hun aard bestemd zijn om in meer overeenkomsten te worden gebruikt, aan de bewoordingen ervan grote betekenis toe te kennen.

4.11 Het hof is, anders dan de rechtbank, van oordeel dat het beding dat in deze zaak ter discussie staat, op één lijn moet worden gesteld met het beding waarover de Hoge Raad in het onder 4.8 genoemde arrest had te oordelen. De voor de hand liggende bedoeling en betekenis van de formulering in een contractuele voorwaarde dat een partij iets zal nalaten is immers normatief, in die zin dat het die partij (contractueel) verboden is de desbetreffende

handeling te verrichten. Verder wijst ook de formulering “zonder toestemming van Intergamma” in het beding in de richting van een (contractueel) verbod van overdracht. Er bestaat naar het oordeel van het hof dan ook geen wezenlijk verschil tussen beide formuleringen en datgene wat ermee wordt beoogd, evenmin als de formulering dat een partij iets “niet is toegestaan” tot een andere betekenis leidt. Coface heeft ook geen feiten of omstandigheden gesteld op grond waarvan zou moeten worden geoordeeld dat AFK Holland c.q. AFK Duitsland redelijkerwijs niet heeft behoeven te begrijpen dat Intergamma met het beding, gezien de hiervoor bedoelde, voor de hand liggende tekstuele uitleg daarvan, een contractueel verbod tot overdracht beoogde. Het hof betreft bij dit oordeel dat AFK Holland c.q. AFK Duitsland en Intergamma professionele contractspartijen zijn en dat AFK Holland en AFK Duitsland, welk laatstgenoemd bedrijf, zoals volgt uit de brief van 24 januari 2008 (zie hiervoor onder 3.6) de gehele contractuele positie van AFK Holland heeft overgenomen, behoren tot een internationaal concern.

- 4.12** Coface heeft voorts geen feiten of omstandigheden gesteld waaruit zou volgen dat AFK Holland c.q. AFK Duitsland in de gegeven omstandigheden heeft aangenomen en redelijkerwijs mocht aannemen, en dat Intergamma dat redelijkerwijs heeft moeten begrijpen, dat het beding van artikel 21.3 van de inkoopvoorwaarden van Intergamma uitsluitend een verbintenis bevatte om de vorderingen niet over te dragen, en dus slechts obligatoire werking bezat. Zoals volgt uit het onder 4.8 en 4.9 bedoelde arrest van de Hoge Raad moet, bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel, een contractueel verbod tot overdracht en/of verpanding zo worden uitgelegd dat daarmee niet slechts verbintenisrechtelijke werking, maar ook goederenrechtelijke werking is beoogd. Gelet op het belang dat de debiteur van de vordering(en) bij het opnemen van een cessie- dan wel verpandingsverbod heeft, ligt het ook voor de hand dat deze daarmee de cessie dan wel verpanding ook goederenrechtelijk onmogelijk heeft willen maken, en dat de wederpartij dat redelijkerwijs heeft moeten begrijpen. Indien het verbod uitsluitend obligatoire werking zou hebben, zou het beding drastisch aan (meer)waarde inboeten.
- 4.13** Het voorgaande brengt mee dat de vorderingen tot betaling die — aanvankelijk — AFK Holland en — later — AFK Duitsland op Intergamma verkregen wegens geleverde zaken, op grond van het beding van artikel 21.3 van de algemene voorwaarden van Intergamma onoverdraagbaar waren: de cessie door AFK Duitsland van haar vorderingen op Intergamma aan Coface was daarom ongeldig en heeft er derhalve niet toe geleid dat Coface rechthebbende werd op die vorderingen. Grief IV slaagt.
- 4.14** Nu Coface geen rechthebbende op de vorderingsrechten is, is haar in dit geding jegens Intergamma ingestelde vordering niet toewijsbaar. Het vonnis van de rechtbank moet worden vernietigd en de vordering van Coface zal alsnog worden afgewezen. Intergamma heeft daarom geen belang meer bij behandeling van haar overige grieven.

5. Slotsom

- 5.1** Grief IV slaagt, zodat het bestreden vonnis moet worden vernietigd. De vordering van Coface zal alsnog worden afgewezen. Coface zal worden veroordeeld tot terugbetaling van hetgeen Intergamma op grond van het bestreden vonnis aan Coface heeft betaald, te vermeerderen met wettelijke rente.
- 5.2** Als de in het ongelijk te stellen partij zal het hof Coface in de kosten van beide instanties veroordelen. De kosten voor de procedure in eerste aanleg aan de zijde van Intergamma

worden begroot op € 2220 voor griffierecht en op € 2842 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief (2 punten x tarief V).

De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van Intergamma worden begroot op € 4789,31 aan verschotten (€ 76,31 voor dagvaarding/€ 4713 voor griffierecht) en op € 3948 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief (1,5 punt x tarief V).

Tevens zal het hof Coface, zoals door Intergamma gevorderd, veroordelen in de nakosten.

Als niet weersproken zal het hof ook de gevorderde wettelijke rente over de proceskosten en de nakosten toewijzen zoals hierna vermeld.

Cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van essentiële vormen doordat het Hof overwogen en beslist heeft zoals in zijn arrest is verrat, zulks om de navolgende, mede in hun onderling verband en samenhang te beschouwen redenen.

Inleiding

Dit geschil betreft de vraag of bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel een in algemene voorwaarden neergelegd verbod tot overdracht en/of verpanding van vorderingsrechten op de gebruiker van deze voorwaarden, het betreffende beding aldus uitgelegd moet worden, dat met het hierin neergelegde verbod niet slechts verbintenisrechtelijke werking (contractueel verbod), doch ook goederenrechtelijke werking beoogd is resp. dat dit beding, behalve dat het deze verbintenisrechtelijke werking heeft, tevens in de zin van art. 3:83 lid 2 BW is een beding tussen schuldeiser en schuldenaar waarbij de *overdraagbaarheid* van het vorderingsrecht uitgesloten is. *In casu* is een contractueel verbod tot overdracht neergelegd in art. 21 lid 3 van de algemene inkoopvoorwaarden van Intergamma.^[1.] Dit beding bepaalt:

“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.”^[2.]

Intergamma heeft onder toepasselijkheid van deze inkoopvoorwaarden vanaf september 2007 elektronica gekocht en geleverd gekregen van AFK Holland B.V. (hierna zoveel mogelijk: AFK).^[3.] In het kader van contractoverneming in januari 2008 heeft AFK Deutschland GmbH (hierna eveneens zoveel mogelijk: AFK) de gehele contractuele positie van AFK Holland overgenomen (jegens Intergamma).^[4.]

AFK heeft ter uitvoering van een ‘*Factoringverdrag*’ met Coface al haar vorderingen op Intergamma tot factuurdatum 1 maart 2009 gecedeerd aan Coface.^[5.]

Coface eist in dit geding veroordeling van Intergamma tot betaling van facturen die op naam van AFK aan Intergamma verzonden zijn en die de periode vóór 1 maart 2009 betreffen.

Intergamma heeft het verweer gevoerd dat zij geen schriftelijke toestemming gegeven heeft voor overdracht van de betreffende vorderingen en dat Coface nimmer een vordering op Intergamma verkregen kan hebben, daar dit zou volgen uit art. 21 lid 3 van die algemene inkoopvoorwaarden.

De Rechtbank heeft de eis toegewezen bij vonnis van 2 maart 2011. Zij oordeelde (rov. 4.4), hierbij verwijzend naar art. 3:83 lid 2 BW, dat partijen de overdraagbaarheid van vorderingen

kunnen uitsluiten, dat partijen echter ook slechts obligatoir de overdracht van vorderingen verbieden kunnen, dat een zodanige afspraak niet automatisch goederenrechtelijke werking heeft, dat Intergamma zich er (zelf ook) slechts op beroept dat cessie op grond van art. 21 lid 3 van genoemde inkoopvoorwaarden '*niet toegestaan*' is — de Rechtbank citeert hier (klaarblijkelijk) uit CvA-§ 7 —, en dat zowel deze bewoordingen als de relevante tekst van dit art. 21 lid 3 slechts duiden op een obligatoir verbod, niet op (goederenrechtelijke) overdraagbaarheid, zodat deze inkoopvoorwaarden niet in de weg staan aan de door Coface gestelde cessie.

Het Hof heeft de eis van Coface alsnog afgewezen.

Na in *rov. 4.8* te hebben vermeld dat Intergamma in haar MvG betoogt dat dit art. 21 lid 3 wèl goederenrechtelijke werking heeft, dat het volgens Intergamma evident is dat deze bepaling een overdrachtsverbod bevat dat beoogt goederenrechtelijke werking te hebben, en dat Intergamma zich hierbij beroept op HR 17 januari 2003, *NJ 2004/281 (Oryx/Van Eesteren)*, en na in *rov. 4.9* op dit arrest ingegaan te zijn, stelt het Hof in *rov. 4.10* voorop dat aan de hand van de Haviltex-maatstaf de vraag beantwoord moet worden of met dit art. 21 lid 3 beoogd is om de vorderingen van AFK op Intergamma in goederenrechtelijke zin onoverdraagbaar te maken, dan wel dat met dit beding slechts obligatoire werking beoogd is en wel in die zin dat overtreding van het in dit beding bepaalde niet tot ongeldigheid van de overdracht leidt maar slechts een tekortkoming door AFK impliceert. Wat betreft deze maatstaf oordeelt het Hof (*rov. 4.10*, laatste zin) expliciet dat het voor de hand ligt om in een geval als het onderhavige, waarin het beding is opgenomen in de algemene voorwaarden, die naar hun aard bestemd zijn om in meer overeenkomsten gebruikt te worden, aan de bewoordingen ervan grote betekenis toe te kennen.

In *rov. 4.11* stelt het Hof voorop dat het, anders dan de Rechtbank, van oordeel is dat het beding dat in deze zaak ter discussie staat, op één lijn gesteld moet worden met het beding dat aan de orde was in *NJ 2004/281* (genoemd in 's Hofs *rov. 4.8*). Aansluitend oordeelt het Hof:

- dat de voor de hand liggende bedoeling en betekenis van de formulering in een contractuele voorwaarde dat een partij iets *zal* nalaten immers normatief is, in die zin dat het die partij (contractueel) verboden is de desbetreffende handeling te verrichten;
- dat verder ook de formulering 'zonder toestemming van Intergamma' in het beding in de richting wijst van een (contractueel) verbod van overdracht;
- dat er naar 's Hofs oordeel '*dan ook*' geen wezenlijk verschil bestaat tussen beide formuleringen en datgene wat ermee wordt beoogd, evenmin als de formulering dat een partij iets 'niet is toegestaan' tot een andere betekenis leidt;
- dat Coface ook geen andere feiten of omstandigheden gesteld heeft op grond waarvan zou moeten worden geoordeeld dat AFK redelijkerwijs niet heeft hoeven te begrijpen dat Intergamma met het beding, gezien de hiervoor bedoelde, voor de hand liggende tekstuele uitleg daarvan, een contractueel verbod tot overdracht beoogde — *N.B.*: anders dan het Hof hier veronderstelt resp. suggereert, heeft Coface in dit geding *niet* gesteld dat met dit art. 21 lid 3 geen contractueel verbod tot overdracht beoogd zou zijn, integendeel; Coface stelt in *MvA-§§ 27 t/m 29* nu juist dat dit beding een contractueel verbod tot overdracht behelst *en* dat dit verbod geen onoverdraagbaarheidsbeding is als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW, doch uitsluitend verbintenisrechtelijke/obligatoire werking impliceert—; en
- dat het Hof bij dit oordeel betreft dat AFK en Intergamma professionele contractspartijen zijn en dat AFK Duitsland, welk laatstgenoemd bedrijf (zoals volgt uit een in *rov. 3.6* vermelde brief van januari 2008 zijdens AFK Duitsland richting Intergamma) de gehele contractuele positie van

AFK Holland heeft overgenomen, behoren tot een internationaal concern.
Aansluitend, in *rov. 4.12* (waarin de oordelen vervat zijn waarover dit middel klaagt), oordeelt het Hof:

“Coface heeft voorts geen feiten of omstandigheden gesteld waaruit zou volgen dat AFK Holland c.q. AFK Duitsland in de gegeven omstandigheden heeft aangenomen en redelijkerwijs mocht aannemen, en dat Intergamma dat redelijkerwijs heeft moeten begrijpen, dat het beding van artikel 21.3 van de inkoopvoorwaarden van Intergamma uitsluitend een verbintenis bevatte om de vorderingen niet over te dragen, en dus slechts obligatoire werking bezat.

Zoals volgt uit het onder 4.8 en 4.9 bedoelde arrest van de Hoge Raad moet, bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel, een contractueel verbod tot overdracht en/of verpanding zo worden uitgelegd dat daarmee niet slechts verbintenisrechtelijke werking, maar ook goederenrechtelijke werking is beoogd. Gelet op het belang dat de debiteur van de vordering(en) bij het opnemen van een cessie- dan wel verpandingsverbod heeft, ligt het ook voor de hand dat deze daarmee de cessie dan wel verpanding ook goederenrechtelijk onmogelijk heeft willen maken, en dat de wederpartij dat redelijkerwijze heeft moeten begrijpen. Indien het verbod uitsluitend obligatoire werking zou hebben, zou het beding drastisch aan meerwaarde inboeten.”

Klachten

1. Onderdeel 1: miskennis Haviltex-maatstaf, toepassing van niet bestaande rechtsregel en onjuiste uitleg van *NJ 2004/281* (*rov. 4.12*)

Miskennis Haviltex-maatstaf

1.1 Onjuist en/of onbegrijpelijk en/of ontoereikend gemotiveerd is 's Hofs oordeel in *rov. 4.12* (1^e zin) dat Coface geen feiten of omstandigheden gesteld heeft waaruit zou volgen dat AFK in de gegeven omstandigheden heeft aangenomen en redelijkerwijs mocht aannemen, en dat Intergamma dat redelijkerwijs heeft moeten begrijpen, dat het beding van artikel 21.3 van de inkoopvoorwaarden van Intergamma uitsluitend een verbintenis bevatte om de vorderingen niet over te dragen, en dus slechts obligatoire werking bezat.

Immers, volgens de Haviltex-maatstaf (*NJ 1981/635*) komt het bij de beantwoording van de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden *over en weer* redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs *van elkaar* mochten verwachten. Het Hof heeft ten onrechte niet (kenbaar) óók van belang geacht of *Intergamma* (feiten en omstandigheden gesteld heeft waaruit kan volgen dat Intergamma) in de gegeven omstandigheden heeft aangenomen en redelijkerwijs mocht aannemen, en dat *AFK* dat redelijkerwijs heeft moeten begrijpen, dat dit beding, behalve dat het een verbintenis bevatte om de vorderingen niet over te dragen, óók resp. vooral een beding is waarbij in de zin van art. 3:83 lid 2 BW door partijen de overdraagbaarheid van een vorderingsrecht uitgesloten wordt.

1.2 Dit kiemt nog temeer resp. althans om de volgende redenen. Dit art. 21 lid 3 is nu juist opgenomen in algemene voorwaarden, die naar hun aard bestemd zijn om in

meer overeenkomsten gebruikt te worden — vgl. 's Hof's *rov. 4.10 (in fine)* —, terwijl het Hof niet, laat staan kenbaar, vaststelt dat in dit geding door Coface en/of Intergamma ook maar iets (relevants) gesteld zou zijn over de gemeenschappelijke subjectieve bedoeling van AFK en Intergamma aangaande de uitleg van dit beding en/of onderhandelingen over (aanpassing van) die algemene voorwaarden, in het bijzonder over dit art. 21 lid 3, en partijen daarover ook (inderdaad) niets gesteld hebben.

Daarom resp. mede daarom hangt de beantwoording van de vraag of dit art. 21 lid 3 uitsluitend obligatoire werking heeft dan wel tévens een beding is waardoor in de zin van art. 3:83 lid 2 de overdraagbaarheid van vorderingsrechten uitgesloten is, althans in beginsel, af van de bewoordingen (dus: 'zonder toestemming zal niet overgedragen worden') van dit beding en wel van hetgeen naar gangbaar taalgebruik daaronder verstaan wordt, dan wel is de uitleg van dit beding met name afhankelijk van (andere) objectieve factoren.

Zie resp. vgl. (o.a.):

— HR 23 december 2005, *rov. 3.6, NJ 2010/62*; en

— HR 16 mei 2008, *rov. 3.4.2, NJ 2008/284*.

De bewoordingen van dit art. 21 lid 3 zijn niet anders te verstaan, dan dat dit beding slechts een contractueel verbod tot overdracht bevat, en zij bieden geen, laat voldoende, steun aan een uitleg waarin/waarbij dit beding — er wordt met geen enkel woord over gerept — tevens goederenrechtelijke werking zou hebben resp. in de zin van art. 3:83 lid 2 BW de overdraagbaarheid van vorderingsrechten uitgesloten zou worden. Dit art. 21 lid 3 immers bepaalt niet meer dan dat verkoper zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Intergamma zijn rechten en verplichtingen uit de met Intergamma gesloten overeenkomst noch geheel, noch gedeeltelijk aan derden zal overdragen, en dat toestemming van Intergamma verkoper niet (óók) ontslaat van zijn verplichting om in te staan voor correcte nakoming van de koopovereenkomst. Derhalve is wat betreft de redactie van dit beding enkel sprake van een verbod resp. een verplichting om iets na te laten en wordt bij dat beding niet ook de *inhoud* zelve van die rechten bepaald; dit verklaart (klaarblijkelijk) ook waarom Intergamma in eerste aanleg, zoals de Rechtbank oordeelde (dus: *rov. 4.4.*), zelf ook slechts stelde dat op grond van dit art. 21 lid 3 cessie '*niet toegestaan*' is. Kort en goed: art. 21 lid 3 is geformuleerd als een contractueel verbod voor de 'eigenaar' van een vordering op Intergamma en is niet tevens aldus geredigeerd, dat het object (de vordering) van de 'eigendom' een bepaalde eigenschap (niet-overdraagbaarheid) zou hebben.

Bij een tussen professionele en commerciële partijen als Intergamma en AFK geldend verbod tot overdracht en/of verpanding dat opgenomen is in algemene voorwaarden en een tekst van het betreffende beding die slechts wijst op een obligatoire werking en niet tevens (duidelijk) wijst op werkelijke onoverdraagbaarheid/onverpandbaarheid (art. 3:83 lid 2 BW), mag dit beding niet of in beginsel niet desniettemin als 'art. 3:83 lid 2'-beding uitgelegd worden. Dit geldt a fortiori resp. althans, indien zoals in casu geen sprake is van gestelde, laat staan vastgestelde, feiten en omstandigheden die (duidelijk) indiceren dat deze

'goederenrechtelijke uitleg' conform de subjectieve gemeenschappelijke partijbedoeling is.

Had de betreffende gebruiker van de algemene voorwaarden meer dan obligatoire werking gewild (goederenrechtelijke werking), dan had hij dat maar in de tekst van dat beding tot uiting moeten brengen, door te vermeiden dat de vordering als eigenschap heeft dat zij onoverdraagbaar/onverpandbaar is.

Zie:

— F.E.J. Beekhoven van den Boezem en Bergervoet, Uitleg van cessie- en verpandingsverboden (§§ 4 (Ad 4) en 5), Tijdschrift voor Insolventierecht, 2012. Bij dit alles komt (ook) gewicht toe aan het gegeven dat algemene voorwaarden nu juist (vrijwel) steeds door een *juridisch adviseur* van de gebruiker ervan opgesteld worden. In casu is dit ook onmiskenbaar gebeurd bij de (als eerste productie bij de CvA overgelegde) algemene inkoopvoorwaarden van Intergamma.

- 1.3** 's Hofs arrest is ook daarom onjuist en/of onbegrijpelijk en/of onvoldoende toereikend gemotiveerd, aangezien het volgens *rov. 4.10* nu juist voor de hand ligt om bij de beantwoording van de hierin vermelde vraag (dus: of met dit art. 21 lid 3 beoogd is de vorderingen van AFK op Intergamma in goederenrechtelijke zin onoverdraagbaar te maken, dan wel dat met dit beding slechts obligatoire werking beoogd is) aan de bewoordingen van dit art. 21 lid 3 grote betekenis toe te kennen, maar het Hof dit bij zijn beantwoording van deze vraag in *rov. 4.12* niet, laat staan kenbaar, gedaan heeft. 's Hofs arrest is in zoverre (ook) innerlijk tegenstrijdig.
- 1.4** Indien en voor zover het Hof, niettegenstaande hetgeen waarover subonderdelen 1.1 t/m 1.3 klagen al had mogen 'werken' met een 'halve Haviltex-maatstaf' resp. geen recht hoefde te doen aan de 'over en weer'-component van deze maatstaf, had het, gezien de bewoordingen van genoemd art. 21 lid 3 juist (veeleer) moeten nagaan of *Intergamma* (feiten en omstandigheden gesteld heeft waaruit kan volgen dat *Intergamma*) in de gegeven omstandigheden heeft aangenomen en redelijkerwijs mocht aannemen, en dat *AFK* dat redelijkerwijs heeft moeten begrijpen, dat dit beding, behalve dat het een verbintenis bevat om de vorderingen niet over te dragen, óók resp. vooral een beding is waarbij in de zin van art. 3:83 lid 2 BW door partijen de overdraagbaarheid van een vorderingsrecht uitgesloten wordt.

Niet bestaande rechtsregel en onjuiste uitleg van *NJ 2004/281*

- 1.5** 's Hofs oordeel in *rov. 4.12 (2^e zin)* dat (uit *NJ 2004/281* volgt dat) bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel een contractueel verbod tot overdracht en/of verpanding zo uitgelegd moet worden, dat daarmee niet slechts verbintenisrechtelijke werking, maar ook *goederenrechtelijke werking* is beoogd, is onjuist en/of onbegrijpelijk en/of ontoereikend gemotiveerd.
- Immers, aan de hand van de Haviltex-maatstaf moet beantwoord worden of een beding waarin een contractueel verbod tot overdracht en/of verpanding neergelegd is aldus uitgelegd moet worden, dat dit beding, behalve dat het verbintenisrechtelijke werking heeft, *goederenrechtelijke werking* heeft resp. een beding is waarbij in de zin van art. 3:83 lid 2 BW de overdraagbaarheid van vorderingsrechten uitgesloten wordt, zoals het Hof — terecht — in *rov. 4.10* geoordeeld heeft. Niet, laat staan

zonder méér, valt in te zien waarom de Haviltex-maatstaf 'dus' zou impliceren dat bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel een dergelijk beding aldus uitgelegd zou moeten worden, dat daarmee beoogd zou zijn om het niet slechts verbintenisrechtelijk te laten werken, doch ook om er goederenrechtelijke werking aan te doen toekomen resp. om het een beding te doen zijn waarbij in de zin van art. 3:83 lid 2 de overdraagbaarheid van vorderingsrechten uitgesloten zou zijn. Beslissend tenslotte is nu eenmaal welke zin partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan het beding mochten toekennen en wat zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, zodat niet, laat staan zonder méér, valt in te zien, waarom bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel reeds op voorhand uitgangspunt zou (moeten) zijn dat partijen 'dus' de bedoeling gehad zouden hebben om het betreffende beding, waarin het contractuele verbod tot verpanding en/of overdracht neergelegd is, óók goederenrechtelijk te laten werken resp. een onoverdraagbaarheidsbeding (dus: art. 3:83 lid 2 BW) te laten zijn.

Dit klemt nog te meer resp. althans, indien, zoals in casu, de bewoordingen van het betreffende beding (dus in casu: art. 21 lid 3 van de algemene inkoopvoorwaarden van Intergamma) geen enkel resp. duidelijk aanknopingspunt bieden voor een dergelijke 'bij gebreke van contra-indicaties goederenrechtelijke werking'-uitleg.

- 1.6 Anders dan het Hof oordeelt, is in *NJ* 2004/281 (dan ook) *niet* geoordeeld dat bij gebreke van 'tegendeel'-aanwijzingen een dergelijk contractueel verbod aldus uitgelegd zou moeten worden, dat daarmee niet slechts verbintenisrechtelijke werking, maar ook *goederenrechtelijke werking* is beoogd. In die zaak was het (Haagse) Hof tot het oordeel gekomen dat volgens de rechtsverhouding tussen de contractspartijen de betreffende vordering onoverdraagbaar was.

Zie (o.a.):

- F.E.J. Beekhoven van den Boezem en Bergervoet, t.a.p., § 3; en
- Asser-Mijnssen-De Haan-Van Dam, Algemeen goederenrecht, dertiende druk, 2006, nr. 202, p. 183(3^e al).

Dit oordeel (dus: van het Haagse Hof) als zodanig werd in cassatie überhaupt niet bestreden.

Zie:

- F.E.J. Beekhoven van den Boezem en Bergervoet, t.a.p., § 3.

Voorts is (ten overvloede) van belang dat in 's Hogen Raads arrest (dus: *NJ* 2004/281) ook niet in een obiter dictum een uitlegregel gegeven is, laat staan een uitlegregel als waarvan desniettemin in *dit* geding door het (Amsterdamse) Hof uitgegaan is.

Indien en voor zover 's Hofs oordeel dat meergenoemd art. 21 lid 3 ook goederenrechtelijke werking heeft resp. een beding is als bedoeld in art. 3:83 lid 3 BW mede berust op zijn oordeel in *rov. 4.11* dat het beding dat in deze zaak ter discussie staat op één lijn moet worden gesteld met het beding waarover de Hoge Raad in *NJ* 2004/281 had te oordelen, zijn deze beide oordelen (gezien het voorgaande) onjuist, onbegrijpelijk en/of onvoldoende toereikend gemotiveerd.

- 1.7 Onjuist en/of onbegrijpelijk en/of ontoereikend gemotiveerd is 's Hofs oordeel in *rov.*

4.12 (voorlaatste zin), dat gelet op het belang dat de debiteur van de vordering(en) bij het opnemen van een cessie- dan wel verpandingsverbod heeft, het ook voor de hand ligt dat deze daarmee de cessie dan wel verpanding tevens goederenrechtelijk onmogelijk heeft willen maken en dat de wederpartij dat redelijkerwijze heeft moeten begrijpen, alsmede 's Hofs mogelijk daarmee geïmpliceerde oordeel dat reeds 'los' van NJ 2004/281 sowieso al bij gebreke van 'tegendeel'-aanwijzingen een contractueel verbod tot overdracht en/of verpanding aldus uitgelegd zou moeten worden, dat daarmee niet slechts verbintenisrechtelijke werking, maar ook *goederenrechtelijke werking* beoogd is.

Immers, niet, laat staan zonder méér, valt in te zien dat het gelet op het belang dat de debiteur van de vordering(en) bij het opnemen van een cessie- dan wel verpandingsverbod heeft, voor de hand zou liggen dat debiteuren (steeds resp. in voldoende relevante mate) de cessies dan wel de verpandingen ook goederenrechtelijk onmogelijk zouden willen maken, reeds omdat indien iedereen dat zou willen en een ieder het er ook toe zou weten te leiden dat hetgeen hij verschuldigd wordt aan zijn wederpartij inderdaad (daadwerkelijk) onoverdraagbaar/onverpandbaar zou zijn, zulks onmiskenbaar tot gevolg zou hebben dat (kort gezegd) vorderingsrechten uit overeenkomsten massaal 'economisch dood' zijn en aldus niemand meer krediet verstrekt krijgt op basis van contractuele vorderingen die hij heeft of zal verkrijgen, laat staan zonder dat sprake is van beduidend hoge(re) kredietkosten in de vorm van rente, (extra) risico-opslagen, en/of provisies. Juist indien, zoals in casu, een eventuele bedoeling die de gebruiker van algemene voorwaarden resp. degene die de toepasselijkheid van een contractueel verbod tot overdracht/verpanding bedongen heeft om cessie en/of verpanding goederenrechtelijk onmogelijk te maken zich überhaupt niet, laat staan duidelijk, weerspiegelt in de redactie van het betreffende beding waarop hij zich in rechte beroept alsmede indien over de gemeenschappelijke subjectieve partijbedoeling ook niets (relevants) gesteld is door partijen en te dien aanzien aldus niets (vast)gesteld is door de rechter, mag deze (alleen al daarom) niet, laat staan zonder méér, op basis van uiteindelijk (louter) een *veronderstelling* van wat 'ook voor de hand' zou liggen aan zijn uitleg van dat beding ten grondslag leggen dat bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel van zo'n goederenrechtelijke werking uitgegaan zou moeten worden.

Voorts heeft het Hof in strijd met art. 24 Rv de zaak niet onderzocht en beslist op basis van hetgeen partijen aan hun vordering of verweer ten gronde hebben gelegd, aangezien geen van partijen (dus: Coface en Intergamma) ook maar iets, laat staan voldoende onderbouwd, gesteld heeft over wat voor de hand ligt aangaande de bedoeling (in het algemeen) van degene die de toepasselijkheid van een beding als meergenoemd art. 21 lid 3 stipuleert. Bovendien valt ook niet, laat staan zonder méér, in te zien dat het bij die bedoeling om een feit van algemene bekendheid zou gaan.

Aan de onjuistheid en/of onbegrijpelijkheid en/of het onvoldoende toereikend gemotiveerd zijn van 's Hofs oordeel (rov. 4.12, voorlaatste zin) doet niet af 's Hofs oordeel in *rov. 4.12 (laatste zin)* dat indien het verbod uitsluitend obligatoire werking

zou hebben, het beding drastisch aan meerwaarde zou inboeten, aangezien ook dit oordeel onjuist en/of onbegrijpelijk en/of onvoldoende toereikend gemotiveerd is. Het Hof miskent te dezen niet alleen dat het beding bij een uitleg ervan waarin geen sprake is van een goederenrechtelijke werking nog altijd de werking heeft van een tussen partijen geldende regel die inhoudt dat overdracht en/of verpanding van de betreffende vorderingsrechten verboden is en ter zake waarvan derhalve in de nakoming tekortgeschoten kan worden met alle consequenties (o.a. verplichting tot schadevergoeding ex art. 6:74 BW en recht op ontbinding ex art 6:265 BW) van dien, maar ook dat het uiteindelijk niet in het belang van de schuldenaar (dus: de 'economische dood' van contractuele vorderingsrechten) is indien een contractueel verbod tot overdracht en/of verpanding 'dus' in beginsel tevens als goederenrechtelijk werkend uitgelegd wordt. Hij heeft er immers belang bij dat zijn wederpartij en in het algemeen ondernemers, waaronder hijzelf, financierbaar blijft/blijven door het bestaan van de reële mogelijkheid om vorderingen liquide te maken.

- 1.8 's Hofs arrest is ook daarom onjuist en/of onbegrijpelijk en/of onvoldoende toereikend gemotiveerd, aangezien het volgens *rov. 4.10* nu juist voor de hand ligt om aan de bewoordingen van dit art. 21 lid 3 grote betekenis toe te kennen, maar dit in *rov. 4.12* niet, laat staan kenbaar, gedaan wordt, zodat 's Hofs arrest in zoverre (in onaanvaardbare mate) innerlijk tegenstrijdig is.

2. Onderdeel 2: slotklachten

Hetgeen waarover geklaagd wordt in onderdeel 1 vitiesert (ook) hetgeen het Hof daarop voortbouwend oordeelt in de tweede *rov. 4.12* en in *rov. 4.13* alsmede het dictum van 's Hofs arrest.

Conclusie

Conclusie A-G mr. E.B. Rank-Berenschot:

Deze zaak betreft in cassatie de vraag of een in algemene inkoopvoorwaarden opgenomen cessieverbod moet worden uitgelegd als een onoverdraagbaarheidsbeding (met goederenrechtelijke werking) in de zin van art. 3:83 lid 2 BW.

1. Feiten en procesverloop

1.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten^[1]:

- a) Verweerster in cassatie (hierna: Intergamma) heeft sinds 2005 elektronica gekocht en geleverd gekregen van tot het AFK-concern behorende vennootschappen.
- b) Vanaf september 2007 handelde Intergamma met AFK Holland B.V. (hierna: AFK Holland). Tussen AFK Holland en Intergamma was daarbij de toepasselijkheid van de algemene inkoopvoorwaarden van Intergamma^[2] (hierna ook: AV) overeengekomen.
- c) De algemene inkoopvoorwaarden van Intergamma bevatten in artikel 22 lid 1 een keuze

voor Nederlands recht (met uitzondering van het Weens Koopverdrag).

- d) Artikel 21.3 van de algemene inkoopvoorwaarden van Intergamma luidt:

“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.”

- e) Bij e-mail van 15 januari 2008 heeft W. de Vré van AFK Holland aan D. van Twillert van Intergamma onder meer geschreven:

“AFK zet een nieuwe interne structuur op met de opening van ons nieuwe ultra moderne distributiecentrum, dit met het doel onze klanten nog beter te kunnen bedienen. Voor Europa zal er met één financieel centrum gewerkt worden van waaruit de facturen zullen worden gestuurd, dit centrum bevindt zich in Hamburg.

Voor Intergamma Nederland betekent dit in de praktijk dat gefactureerd zal gaan worden vanuit AFK Duitsland, natuurlijk blijft AFK Holland uw gesprekspartner, alle contacten zullen via AFK Holland blijven lopen, al onze bedrijfsgegevens en contactpersonen blijven ongewijzigd, alle bestaande overeenkomsten worden door AFK DE overgenomen.

Voor uw informatie enkele gegevens AFK Duitsland:

Bank gegevens:

Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG

Rekeningnr: 618405427

IBAN: DE57 2003 0000 0618 4054 27

(...)

Adres:

Heegbarg 4

22391 Hamburg

Duitsland

(...)”

- f) Bij brief van 24 januari 2008 heeft R. Yountchi van AFK Deutschland GmbH (verder: AFK Duitsland), de moedervenootschap van AFK Nederland, aan voornoemde van Twillert van Intergamma onder meer geschreven:

“Naar aanleiding van de verschuiving van activiteiten van AFK Holland B.V. naar AFK Deutschland GmbH en het telefonische contact dat hierover geweest is, willen wij u het volgende medelen.

AFK Deutschland GmbH zal alle afspraken, condities en leveringen zoals afgesproken door de verschillende Intergamma formules met AFK Holland B.V. overnemen.

(...)”

- g) AFK Duitsland heeft ter uitvoering van een “Factoringverdrag” met thans eiseres tot cassatie (hierna: Coface), gedateerd 4/13 december 2006, al haar vorderingen op Intergamma tot factuurdatum 1 maart 2009 aan Coface gecedeerd.
- h) Na voornoemde cessie heeft Intergamma in 2008 en begin 2009 via het electronic data interchange (EDI) netwerk digitale facturen op naam van AFK Duitsland ontvangen met daarop het rekeningnummer 0618 4054 27, dat correspondeert met het in de e-mail van 15 januari 2008 (zie onder e) vermelde IBAN nummer. Dit is een rekeningnummer van

Coface.

- i) Op het verzoek van AFK Holland d.d. 18 maart 2009 om alle facturen vanaf 1 maart 2009 te betalen op een rekeningnummer van AFK Holland, heeft Intergamma op 27 maart 2009 en 4 april 2009 bedragen betaald aan AFK Holland. Deze betalingen zagen op facturen van AFK Duitsland van voor 1 maart 2009.
- 1.2** Bij inleidende dagvaarding heeft Coface gevorderd dat Intergamma wordt veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 100.825,77 in hoofdsom.
- Coface heeft aan haar vordering ten grondslag gelegd dat een aantal facturen van AFK Duitsland niet aan haar, als cessionaris van de betreffende vorderingen, is betaald.
- 1.3** Intergamma heeft als verweer aangevoerd — voor zover in cassatie nog van belang — dat, nu in artikel 21.3 van haar algemene inkoopvoorwaarden (zie hiervoor onder 1.1 sub d) overdracht van rechten en verplichtingen zonder schriftelijke toestemming uitdrukkelijk niet is toegestaan, Coface nimmer rechtstreeks een vordering kan hebben op Intergamma.^[3]
- 1.4** Bij vonnis van 2 maart 2011^[4] heeft de rechtbank Utrecht naar aanleiding van dit verweer overwogen dat naar het in casu toepasselijke Nederlandse recht partijen de overdraagbaarheid van vorderingen goederenrechtelijk kunnen uitsluiten (art. 3:83 lid 2 BW) maar ook slechts obligatoir de overdracht van vorderingen kunnen verbieden en dat een zodanige afspraak niet automatisch goederenrechtelijke werking heeft. Zij overwoog voorts dat Intergamma zich slechts beroept op het “niet toegestaan” zijn van cessie en dat zowel die bewoordingen als de tekst van artikel 21.3 AV — die er louter over spreekt dat de verkoper zijn rechten niet “zal” overdragen — slechts duiden op een (obligatoir) verbod, niet op (goederenrechtelijke) onoverdraagbaarheid, zodat de inkoopvoorwaarden niet aan de rechtsgeldigheid van de cessie in de weg staan (rov. 4.4).
- De rechtbank heeft, na verwerping van de overige verweren, de vordering van Coface toegewezen.
- 1.5** Intergamma is van dit vonnis in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof Amsterdam met conclusie dat het hof het bestreden vonnis vernietigt en, opnieuw rechtdoende, de vordering van Coface afwijst.
- Met de in cassatie relevante *grief IV* komt Intergamma op tegen het oordeel van de rechtbank dat de cessie niet ongeldig is wegens strijd met de inkoopvoorwaarden. In de toelichting wordt betoogd dat evident is dat art. 21 lid 3 AV een overdrachtsverbod bevat dat beoogt goederenrechtelijke werking te hebben, in welk verband wordt verwezen naar het arrest van 17 januari 2003, *NJ 2004/281 (Oryx/Van Eesteren)* betreffende een (volgens Intergamma) vergelijkbare verbodsbepaling.^[5]
- Coface heeft als verweer tegen *grief IV* aangevoerd dat uit de tekst van art. 21.3 AV — te weten de woorden “Zonder voorafgaande schriftelijke toestemming (...) zal” — duidelijk wordt dat het niet gaat om een (absoluut) verbod. Overdracht is niet verboden (lees: is niet nietig), maar behoeft slechts toestemming. De beperking heeft daarom geen goederenrechtelijke werking, maar is slechts een obligatoir verbod. Intergamma heeft niet de vernietigbaarheid ingeroepen, zodat de overdracht geldig is. Het arrest *Oryx/Van Eesteren* is niet van toepassing, aldus Coface.^[6]
- 1.6** Bij arrest van 17 juli 2012^[7] heeft het hof naar aanleiding van *grief IV* voorop gesteld dat de vraag of met art. 21.3 AV beoogd is de vorderingen van AFK Duitsland in goederenrechtelijke zin onoverdraagbaar te maken dan wel dat met dit beding slechts obligatoire werking is

beoogd, moet worden beantwoord aan de hand van de Haviltex-maatstaf, waarbij het voor de hand ligt om in een geval als het onderhavige, waarin het beding is opgenomen in algemene voorwaarden, die naar hun aard bestemd zijn om in meer overeenkomsten te worden gebruikt, aan de bewoordingen ervan grote betekenis toe te kennen (rov. 4.10). Het hof heeft geoordeeld dat het onderhavige beding — luidend dat een partij iets “zal” nalaten —, moet worden uitgelegd als een contractueel *verbod* tot overdracht en mitsdien op één lijn moet worden gesteld met het beding (inhoudend een “verbod” tot overdracht, rov. 4.9) waarover de Hoge Raad in zijn arrest van 17 januari 2003, NJ 2004/281 (*Oryx/Van Eesteren*) had te oordelen (rov. 4.11). Volgens het hof volgt uit dit arrest dat, bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel, een contractueel verbod tot overdracht en/of verpanding zo moet worden uitgelegd dat daarmee niet slechts verbintenisrechtelijke werking, maar ook goederenrechtelijke werking is beoogd, welke werking, gelet op het belang van de debiteur bij het verbod, ook voor de hand ligt. Nu Coface geen feiten of omstandigheden heeft gesteld waaruit zou volgen dat AFK Holland c.q. AFK Duitsland in de gegeven omstandigheden heeft aangenomen en redelijkerwijs mocht aannemen, en dat Intergamma dat redelijkerwijs heeft moeten begrijpen, dat het beding van artikel 21.3 AV uitsluitend obligatoire werking bezat (rov. 4.12(a)),^[9] waren de vorderingen van AFK Duitsland onoverdraagbaar en de cessie mitsdien ongeldig, zodat Coface geen rechthebbende op de vorderingsrechten is geworden (rov. 4.12(b)). Het hof heeft het bestreden vonnis vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vordering van Coface alsnog afgewezen.

- 1.7 Coface heeft — tijdig^[9] — beroep in cassatie ingesteld. Intergamma heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk laten toelichten, waarna Coface nog heeft gerepliceerd.

2. Beoordeling van het cassatieberoep

- 2.1 Het cassatieberoep komt op tegen het oordeel van het hof dat art. 21.3 AV moet worden uitgelegd als een onoverdraagbaarheidsbeding in de zin van art. 3:83 lid 2 BW. Het middel valt uiteen in twee onderdelen, waarvan het eerste is verdeeld in acht subonderdelen.
- 2.2 *Onderdeel 1* is al zijn subonderdelen gericht tegen rov. 4.12(a), waarin het hof, na te hebben geoordeeld dat het onderhavige art. 21.3 AV op één lijn moet worden gesteld met het beding waarover de Hoge Raad in het arrest *Oryx/Van Geesteren* had te oordelen, te weten een verbod tot overdracht (rov. 4.11), overweegt:
- “4.12.**Coface heeft voorts geen feiten of omstandigheden gesteld waaruit zou volgen dat AFK Holland c.q. AFK Duitsland in de gegeven omstandigheden heeft aangenomen en redelijkerwijs mocht aannemen, en dat Intergamma dat redelijkerwijs heeft moeten begrijpen, dat het beding van artikel 21.3 van de inkoopvoorwaarden van Intergamma uitsluitend een verbintenis bevatte om de vorderingen niet over te dragen, en dus slechts obligatoire werking bezat. Zoals volgt uit het onder 4.8 en 4.9 bedoelde arrest van de Hoge Raad (inzake *Oryx/Van Eesteren*, *toev. A-G*) moet, bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel, een contractueel verbod tot overdracht en/of verpanding zo worden uitgelegd dat daarmee niet slechts verbintenisrechtelijke werking, maar ook goederenrechtelijke werking is beoogd. Gelet op het belang dat de debiteur van de vordering(en) bij het opnemen van een cessie- dan wel verpandingsverbod heeft, ligt het ook voor de hand dat deze daarmee de cessie dan

wel verpanding ook goederenrechtelijk onmogelijk heeft willen maken, en dat de wederpartij dat redelijkerwijs heeft moeten begrijpen. Indien het verbod uitsluitend obligatoire werking zou hebben, zou het beding drastisch aan (meer) waarde inboeten.”

Het onderdeel valt uiteen in twee reeksen klachten over achtereenvolgens de miskening van de Haviltex-maatstaf (subonderdelen 1.1-1.4) en de toepassing van een niet bestaande rechtsregel en de onjuiste uitleg van voornoemd arrest *Oryx/Van Eesteren* (subonderdelen 1.5-1.8).

- 2.3** *Subonderdeel 1.1* klaagt dat het hof in rov. 4.12(a), eerste volzin, ten onrechte de Haviltex-maatstaf maar ‘voor de helft’ heeft toegepast door niet tevens van belang te achten of *Intergamma* (feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit kan volgen dat *Intergamma*) heeft aangenomen en mocht aannemen dat met art. 21.3 AV de overdraagbaarheid van de vorderingen werd uitgesloten.^[10] Volgens *subonderdeel 2* klemmt dit temeer nu (i) het beding is opgenomen in algemene voorwaarden tussen professionele partijen, zodat het (ii) aan de hand van objectieve factoren moet worden uitgelegd, in welk kader (iii) de tekst van het beding — waarin sprake is van een verbod c.q. verplichting om iets na te laten — naar gangbaar taalgebruik niet anders is te verstaan dan dat sprake is van een louter obligatoir verbod. Tegen die achtergrond mag bij het ontbreken van (vast)stellingen omtrent een op goederenrechtelijke werking gerichte subjectieve gemeenschappelijke partijbedoeling het beding niet worden uitgelegd als een onoverdraagbaarheidsbeding. *Subonderdeel 1.3* klaagt dat het arrest innerlijk tegenstrijdig is doordat het hof in rov. 4.12(a) geen toepassing heeft gegeven aan zijn eigen uitgangspunt (in rov. 4.10, slot) dat grote betekenis moet worden toegekend aan de bewoordingen van art. 21.3 AV. Ten slotte klaagt *subonderdeel 1.4*, subsidiair, dat indien het hof al een ‘halve’ Haviltex-maatstaf mocht toepassen, het, gelet op de bewoordingen van art. 21.3 AV, veeleer had moeten onderzoeken of *Intergamma* (feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit kan volgen dat *Intergamma*) heeft aangenomen en mocht aannemen dat met dit beding de overdraagbaarheid van vorderingsrechten werd uitgesloten.
- 2.4** *Subonderdeel 1.5* klaagt in de kern dat het hof met de in rov. 4.12(a), tweede volzin, gegeven uitlegregel heeft miskend dat de ‘wederkerige’ Haviltex-maatstaf zich niet verdraagt met het op voorhand aannemen dat partijen een beding in de zin van art. 3:83 lid 2 BW hebben bedoeld. Volgens *subonderdeel 1.6* heeft het hof (dan ook) ten onrechte uit het arrest *Oryx/Van Eesteren* afgeleid dat een contractueel overdrachts- en/of verpandingsverbod bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel moet worden uitgelegd als een beding in de zin van art. 3:83 lid 2 BW. *Subonderdeel 1.7* richt in de *eerste* plaats een rechts- en een motiveringsklacht tegen het oordeel van het hof (rov. 4.12(a), voorlaatste volzin) dat het, gelet op het belang van de debiteur, ook voor de hand ligt dat deze een cessie of verpanding ook goederenrechtelijk onmogelijk heeft willen maken, alsmede het eventuele impliciete oordeel van het hof dat reeds ‘los’ van het arrest *Oryx/Van Eesteren* al bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel een contractueel overdrachts- en/of verpandingsverbod aldus moet worden uitgelegd dat daarmee goederenrechtelijke werking is beoogd. Daartoe wordt aangevoerd, kort gezegd, dat een goederenrechtelijk verbod op grote schaal de kredietverstrekking aan ondernemers in het algemeen, waaronder (uiteindelijk)^[11] de stipulant zelf, bemoeilijkt. Ten *tweede* wordt

geklaagd over schending van art. 24 Rv, nu geen van partijen iets heeft gesteld over wat voor de hand ligt aangaande de bedoeling van degene die een beding als art. 21.3 AV stipuleert, terwijl het bij die bedoeling niet om een feit van algemene bekendheid gaat. Ten derde wordt geklaagd dat het hof met zijn oordeel dat het beding, indien dit uitsluitend obligatoire werking zou hebben, drastisch aan (meer)waarde zou inboeten (rov. 4.12(a), slotzin) miskent dat daaraan altijd nog rechten wegens (dreigend) tekortschieten zijn verbonden (o.a. dwangsom, boete, schadevergoeding).^[12.] Subonderdeel 1.8 bevat een herhaling van de klacht in subonderdeel 1.3.

- 2.5** In de kern draaien alle klachten om de vraag naar het bestaan van een uitlegregel, inhoudende dat *“een contractueel verbod tot overdracht en/of verpanding bij gebreke van aanwijzingen van het tegendeel zo moet worden uitgelegd dat daarmee niet slechts verbintenisrechtelijke werking, maar ook goederenrechtelijke werking is beoogd”*, ofwel, kort gezegd, om de uitlegregel dat een contractueel overdrachtsverbod wordt vermoed een beding in de zin van art. 3:83 lid 2 BW te zijn. Immers, uitgaande van dit vermoeden heeft het hof onderzocht of Coface ‘aanwijzingen voor het tegendeel’ heeft aangedragen. Na zijn vaststelling dat dit niet het geval was (rov. 4.12(a), eerste volzin), kwam het hof tot de conclusie dat de vorderingen op grond van art. 21.3 AV onoverdraagbaar waren.
- 2.6** Bij de beantwoording van voormelde vraag is het volgende van belang.
- 2.7** Op grond van art. 3:83 lid 2 BW kan de overdraagbaarheid van vorderingsrechten door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar worden uitgesloten.^[13.] De bepaling berust op de gedachte dat partijen in beginsel de vrijheid hebben om bij overeenkomst de inhoud van het vorderingsrecht zelf te bepalen, dus ook de overdraagbaarheid ervan.^[14.] Een dergelijk onoverdraagbaarheidsbeding heeft goederenrechtelijke werking: een levering van de vordering in strijd met het beding levert niet slechts wanprestatie van de schuldeiser tegenover zijn schuldenaar op, maar leidt ertoe dat geen overdracht tot stand komt.^[15.] Discussie bestaat over de gevolgen van het beding voor de vestiging van een pandrecht. Volgens de heersende leer leidt het beding ertoe dat die vestiging geen gevolg heeft.^[16.]
- 2.8** Schuldeiser en schuldenaar kunnen ook bij obligatoir beding overeenkomen dat het vorderingsrecht niet of slechts beperkt zal mogen worden overgedragen. Een dergelijk beding heeft geen goederenrechtelijke werking: een vervreemding in weerwil van het beding raakt de geldigheid van de overdracht niet maar leidt ertoe dat de schuldeiser tekortschiet in de nakoming van zijn verbintenis om niet te doen.^[17.]
- 2.9** In het onderstaande zal voor zowel goederenrechtelijke bedingen in de zin van art. 3:83 lid 2 BW als louter obligatoire bedingen de overkoepelende term ‘overdrachts-’ of ‘cessieverbod’ worden gebruikt.
- 2.10** De schuldenaar kan om uiteenlopende redenen belang hebben bij een cessieverbod. Veelal zullen deze niet zozeer gelegen zijn in het tegengaan van de vermogensverschuiving, als wel in bezwaren tegen de daarmee gepaard gaande crediteursvervanging, hetzij met het oog op de persoon van de schuldeiser, hetzij met het oog op praktische en/of juridische gevolgen ervan. Wat betreft de eerste categorie valt te denken aan het verlies van een langdurige handelsrelatie en de daarmee gepaard gaande coulance en flexibiliteit aan de zijde van de schuldeiser. Wat betreft de tweede

categorie kan het gaan om de noodzaak tot het maken van administratieve kosten teneinde vast te stellen aan welke crediteur(en) in geval van (meervoudige of partiële) cessie bevrijdend kan worden betaald of het risico dat een mededeling over het hoofd wordt gezien. Ook kunnen mogelijkheden tot verrekening en andere verweermiddelen van de schuldenaar door cessie verloren gaan (vgl. 6:130 lid 1 BW).^[18.] Daarbij moet echter worden aangetekend dat in geval van een stille cessie in de regel de cedent de vordering ten gunste van de cessionaris zal blijven beheren en innen, en dat de schuldenaar, zolang geen mededeling heeft plaatsgevonden, bevrijdend aan de cedent kan betalen en zijn verrekeningsmogelijkheden behoudt (art. 3:94 lid 3 BW).^[19.]

2.11 Onderzoek naar de inhoud van in de praktijk gehanteerde algemene (inkoop)voorwaarden leert dat van cessieverboden in vrijwel alle bedrijfssectoren veelvuldig gebruik wordt gemaakt, vooral door machtige schuldenaren zoals grote winkelketens, autofabrikanten enz., die dergelijke bedingen van de schuldeiser, die daarbij geen belang heeft, kunnen afdwingen.^[20.] In de bouwsector geschiedt dit zelfs door nagenoeg alle grotere bouwbedrijven.^[21.]

Cessieverboden komen in tal van variëteiten voor. Men zie bijvoorbeeld de volgende formuleringen: “Het is de onderaannemer *verboden* zijn vorderingen aan een derde te cederen/verpanden/in eigendom over te dragen” (vgl. het arrest *Oryx/Van Eesteren*),^[22.] “Zonder toestemming *zal* verkoper zijn rechten en verplichtingen noch geheel noch gedeeltelijk aan derden overdragen” (de onderhavige zaak), “De vervoerder *kan* rechten en/of verplichtingen slechts met voorafgaande schriftelijke toestemming overdragen aan derden”,^[23.] “Cessie van de vordering is *niet toegestaan*”, “De schuldeiser is *niet bevoegd* de vordering te cederen”,^[24.] en “De schuldeiser *verplicht* zich de vordering niet aan een derde over te dragen”.^[25.]

2.12 In de literatuur is nadrukkelijk en met regelmaat gewezen op de keerzijde van het op grote schaal gebruik maken van met name goederenrechtelijke cessieverboden. Dergelijke bedingen belemmeren de mogelijkheden van de rechthebbende om zijn vorderingen door overdracht (factoring, securitisation) of verpanding liquide te maken, hetgeen de financiering van ondernemingen bemoeilijkt. Onderzoek door de financier naar cessie- en verpandingsverboden is in geval van pluriforme en voortdurend van samenstelling veranderende vorderingenportefeuilles vrijwel niet uitvoerbaar. De daaruit voortvloeiende onzekerheid over de waarde van vorderingen als zekerheidsobject brengt mee dat meer kapitaal moet worden aangehouden, hetgeen leidt tot een hogere prijs voor krediet. Voor veel bedrijven is een dergelijke vorm van financiering onontbeerlijk; sommige bedrijven zijn er zelfs volledig op aangewezen. Voorts wordt er op gewezen dat uiteindelijk ook de schuldenaar belang heeft bij het voorkomen van financieringsblokkades als gevolg van toestemmings-, onoverdraagbaarheids- of onverpandbaarheidsbedingen, niet alleen als kredietbehoevende ondernemer in het algemeen, maar ook in die zin dat zijn wederpartij in staat wordt gesteld hem leverancierskrediet te verstrekken en/of een bepaalde betalingstermijn te gunnen.^[26.]

In dit verband wordt er tevens op gewezen dat in vele buitenlandse rechtsstelsels de effecten van overdrachtsverboden worden afgezwakt dan wel genuanceerd, ook indien partijen meer dan obligatoire werking hebben beoogd. Ook overigens tenderen de internationale ontwikkelingen (diverse verdragen) in de richting van een beperking van de

mogelijkheden om vorderingen contractueel onoverdraagbaar te maken. De zorg wordt uitgesproken dat Nederland zich met de onbeperkte mogelijkheid om overdracht en verpanding uit te sluiten internationaal uit de pas loopt en zich isoleert.^[27.]

- 2.13** Tegen deze achtergrond is door verschillende auteurs gepleit voor een wetswijziging. Zo wordt voorgesteld dat de wetgever zou moeten bepalen dat een onoverdraagbaarheidsclausule met betrekking tot geldvorderingen in de professionele sfeer geen goederenrechtelijk effect heeft.^[28.] Ook wordt een wettelijk alternatief voor het huidige onoverdraagbaarheidsbeding gezocht in een cessieverbod met uitsluitend verbintenisrechtelijke werking, zulks in aansluiting op internationale regelingen.^[29.] Zie voorts het pleidooi voor aansluiting bij het genuanceerde stelsel in de Oostenrijkse wetgeving.^[30.]
- 2.14** De bemoeilijking van de kredietverlening is voor sommigen een reden om ervoor te pleiten in het Nederlandse recht aan een onoverdraagbaarheidsbeding onder omstandigheden (nu reeds) een beperkte uitleg te geven.^[31.] Verhagen en Rongen betogen dat aan zowel de belangen van de schuldenaar bij het beding van niet-overdraagbaarheid als aan de belangen van de schuldeiser bij overdraagbaarheid recht kan worden gedaan door de motieven van partijen bij opname van het beding een belangrijke rol te laten spelen. Uit die motieven kan blijken dat het beding van niet-overdraagbaarheid een beperktere strekking toekomt dan het naar zijn bewoordingen heeft, en bijvoorbeeld bevrijdende betaling aan of een beroep op verrekening jegens de oorspronkelijke schuldeiser toelaat zonder aan overdracht of verpanding in de weg te staan.^[32.] Rongen heeft hier later het pleidooi aan toegevoegd om met behulp van een normatieve uitleg van onoverdraagbaarheidsbedingen tot een maatschappelijk wenselijke uitleg te komen, die er op neer komt dat art. 3:83 lid 2 BW voor wat betreft het goederenrechtelijke effect van onoverdraagbaarheidsbedingen tot een dode letter wordt.^[33.]
- 2.15** De vraag of een cessieverbod louter obligatoire werking dan wel (tevens) goederenrechtelijke werking heeft, dient te worden beantwoord door middel van uitleg van het beding.^[34.] Vastgesteld moet worden of naar de bedoeling van partijen de schuldeiser zich alleen obligatoir verplicht de vordering niet over te dragen dan wel de vordering zelf onoverdraagbaar wordt.
- In de literatuur is in dit verband opgemerkt dat het niet voor de hand ligt dat partijen zich uitsluitend verbintenisrechtelijk hebben willen binden en de onoverdraagbaarheid niet tot inhoud van de vordering hebben willen maken.^[35.] Hieraan wordt wel als gevolgtrekking verbonden dat slechts kan worden aangenomen dat het beding geen goederenrechtelijke werking heeft indien expliciet is bepaald dat het beding slechts verbintenisrechtelijke werking heeft,^[36.] dan wel dat het zonder aanwijzing in die richting ervoor moet worden gehouden dat partijen de vordering onoverdraagbaar hebben willen doen zijn.^[37.] Zo'n aanwijzing kan zijn gelegen in de bepaling dat bij cessie in strijd met het verbod een boete wordt verbeurd.^[38.]
- 2.16** Het middel stelt, als gezegd, de vraag aan de orde of in het kader van de uitleg van een cessieverbod als uitlegregel heeft te gelden dat een contractueel overdrachtsverbod, behoudens aanwijzingen voor het tegendeel, wordt vermoed een beding in de zin van art. 3:83 lid 2 BW te zijn.
- Met de steller van het middel (subonderdeel 1.6) ben ik van mening dat zo'n regel zich

niet reeds laat afleiden uit het arrest van Uw Raad inzake Oryx/Van Eesteren. In die zaak was de uitleg van het beding in kwestie^[39.] in cassatie niet aan de orde.^[40.] Het hof had geoordeeld dat de schuldeiser op het moment van verpanding van de vordering daartoe niet bevoegd was, omdat de vordering in kwestie, ook wat de overdraagbaarheid ervan betreft, werd bepaald door de rechtsverhouding tussen partijen. Het hof had derhalve vastgesteld dat de vordering op grond van het beding in kwestie niet overdraagbaar was. Tegen dit oordeel als zodanig was in cassatie niet opgekomen, zodat de kwalificatie van het beding als beding in de zin van art. 3:83 lid 2 BW reeds vaststond. Uw Raad oordeelde uitsluitend over de rechtsgevolgen van een dergelijk onoverdraagbaarheidsbeding: dit leidt niet tot beschikkingsonbevoegdheid van de schuldeiser ten aanzien van de vordering, maar tot niet-overdraagbaarheid van de vordering zelf, hetgeen met name verschil kan maken voor de eventuele toepasselijkheid van regels van derdenbescherming.

Subonderdeel 1.6 is derhalve terecht voorgesteld.

2.17 Het slagen van subonderdeel 1.6 kan echter niet tot cassatie leiden indien niettemin van het bestaan van de door het hof gehanteerde uitlegregel moet worden uitgegaan.

2.18 Voorop staat de constatering dat Uw Raad tot op heden terughoudend is gebleken met het aanvaarden van uitlegregels.^[41.] Geoordeeld werd dat een bepaalde uitleg in het algemeen meer voor de hand kan liggen, maar dat het uiteindelijk van alle omstandigheden afhangt welke uitleg gerechtvaardigd is.^[42.]

Voorts bestaat mijns inziens onvoldoende rechtvaardiging voor een parallel met, laat staan een toepassing van de rechtspraak van Uw Raad volgens welke het de rechter onder bepaalde omstandigheden — kort gezegd, het bestaan van een professioneel uitonderhandeld contract — vrijstaat te komen tot een voorshands gegeven oordeel aangaande de uitleg van een beding en vervolgens te beoordelen of de partij op wie de bewijslast van een andersluidende uitleg rust, tot dat bewijs kan worden toegelaten.^[43.] Afgezien daarvan verdient de door het hof gehanteerde uitlegregel naar mijn mening ook op inhoudelijke gronden geen navolging. Uit het voorgaande is gebleken dat verboden als hier bedoeld veelal deel uitmaken van algemene voorwaarden en dat zij, met name indien zij goederenrechtelijke werking hebben, in de (financierings)praktijk op grote bezwaren stuiten, in welk verband ook is geconstateerd dat Nederland met het onoverdraagbaarheidsbeding ex art. 3:83 lid 2 BW internationaal uit de pas loopt. Ten aanzien van bedingen die min of meer 'neutraal' zijn geformuleerd zal de wederpartij van de gebruiker van de algemene voorwaarden, waarover niet pleegt te zijn onderhandeld, veelal niet zal slagen in het op hem rustende bewijs van 'aanwijzingen voor het tegendeel', zodat de uitlegregel veelal zal uitvallen in het nadeel van de wederpartij en diens financierbaarheid. Dat dit ook in het nadeel kan zijn van de debiteur/stipulant zelf, werd hiervoor reeds toegelicht. Het enkele gezichtspunt van het (directe) 'belang' van de debiteur lijkt dan ook de door het hof gehanteerde uitlegregel niet te rechtvaardigen.

2.19 Ik meen dat de door het hof gevolgde benadering geen stand kan houden. Na verwijzing zal het beding — dat deel uitmaakt van algemene voorwaarden — moeten worden uitgelegd aan de hand van de maatstaf als bedoeld in het arrest *DSM/Fox*, die inhoudt dat bij de uitleg van een schriftelijk contract telkens van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen. Naarmate de overeenkomst naar haar aard meer is bestemd de

rechtspositie te beïnvloeden van een aantal toekomstige partijen die niet bij de totstandkoming zijn betrokken, wegen de aan objectieve aanknopingspunten ontleende argumenten, waaronder de taalkundige betekenis van de gebruikte bewoordingen en de aannemelijkheid van de onderscheiden rechtsgevolgen, bij de uitleg zwaarder.^[44.] Tot voor kort is Uw Raad echter zeer terughoudend gebleken tegenover een objectieve uitleg van algemene voorwaarden.^[45.] Recentelijk lijkt daarin een kentering te bespeuren.^[46.] Zo werd bij de uitleg van algemene voorwaarden het accent gelegd op de betekenis van woorden in het gangbare spraakgebruik.^[47.] Ten aanzien van veilingvoorwaarden werd beslist dat de koper ter veiling in beginsel mag afgaan op de bewoordingen daarvan, maar kan hij onder omstandigheden gehouden kan zijn tot een nader onderzoek naar de bedoeling van de opstellers.^[48.] Voor de voorwaarden van een beurspolis is aanvaard dat de uitleg met name afhankelijk is van objectieve factoren, zoals de bewoordingen van het betreffende beding, gelezen in het licht van de polisvoorwaarden in het geheel. Motief was dat over polisvoorwaarden die deel uitmaken van een beurspolis niet tussen partijen pleegt te worden onderhandeld.^[49.]

2.20 *Onderdeel 2* behoeft geen afzonderlijke bespreking meer.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging en verwijzing.

Uitspraak

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de vonnissen in de zaak 290670/HA ZA 10-1672 van de Rechtbank Utrecht van 15 september 2010 en 2 maart 2011;
- b. het arrest in de zaak 200.088.725 van het gerechtshof te Amsterdam van 17 juli 2012.
Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft Coface beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Intergamma heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal E.B. Rank-Berenschot strekt tot vernietiging en verwijzing.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) Intergamma heeft sinds 2005 elektronica gekocht en geleverd gekregen van tot het AFK-concern behorende vennootschappen.
- (ii) Vanaf september 2007 handelde Intergamma met AFK Holland B.V. (hierna: AFK Holland). Tussen partijen was de toepasselijkheid van de algemene inkoopvoorwaarden van Intergamma overeengekomen (hierna ook: de algemene inkoopvoorwaarden).
- (iii) De algemene inkoopvoorwaarden bevatten in art. 22 lid 1 een keuze voor Nederlands recht, met uitzondering van het Weens Koopverdrag.
- (iv) Art. 21 lid 3 van de algemene inkoopvoorwaarden luidt:
 “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.”
- (v) In een e-mail van 15 januari 2008 heeft AFK Holland aan Intergamma bericht dat in verband met een nieuwe interne structuur binnen AFK gefactureerd zou gaan worden door AFK Duitsland en dat alle bestaande overeenkomsten door AFK Duitsland zouden worden “overgenomen”. AFK Holland zou wel Intergamma’s gesprekspartner blijven en alle contacten zouden via AFK Holland blijven lopen. Ook alle bedrijfsgegevens en contactpersonen zouden voor Intergamma ongewijzigd blijven. In deze e-mail werden voorts gegevens betreffende AFK Duitsland vermeld, waaronder een bankrekeningnummer.
- (vi) Bij brief van 24 januari 2008 heeft AFK Duitsland, de moedervenootschap van AFK Holland, aan Intergamma geschreven dat AFK Duitsland alle afspraken, condities en leveringen zoals afgesproken door de “verschillende Intergamma formules” met AFK Holland zal “overnemen”.
- (vii) AFK Duitsland heeft ter uitvoering van een factoringovereenkomst met Coface, in december 2006 al haar vorderingen op Intergamma tot factuurdatum 1 maart 2009 aan Coface gecedeerd.
- (viii) Intergamma heeft in 2008 en begin 2009 facturen op naam van AFK Duitsland ontvangen met daarop een rekeningnummer dat correspondeert met het in de e-mail van 15 januari 2008 vermelde nummer. Dit is een rekeningnummer van Coface.
- (ix) Op 18 maart 2009 heeft AFK Holland aan Intergamma verzocht om alle facturen vanaf 1 maart 2009 te betalen op een rekeningnummer van AFK Holland. Intergamma heeft vervolgens op 27 maart 2009 en 4 april 2009 betalingen gedaan aan AFK Holland. Deze betalingen hadden betrekking op facturen van AFK Duitsland, daterend van voor 1 maart 2009.

3.2.1 In dit geding vordert Coface veroordeling van Intergamma tot betaling van een bedrag van € 100.825,77, met rente en kosten. Aan deze vordering legt Coface ten grondslag dat de vorderingen op Intergamma waarop de hiervoor in 3.1 onder (ix) genoemde facturen betrekking hebben, aan haar zijn gecedeerd door AFK Duitsland, aan wie AFK Holland haar vorderingen op Intergamma had overgedragen. Intergamma heeft primair aangevoerd dat zij niet heeft toegestemd — als bedoeld in art. 21 lid 3 van de algemene inkoopvoorwaarden — in de overdracht van deze vorderingen.

Daarom waren deze vorderingen, mede gelet op art. 3:83 lid 2 BW, niet overdraagbaar. AFK Holland is dus haar schuldeiser gebleven zodat de door haar aan AFK Holland gedane betalingen bevrijdend waren. Voor het geval dit verweer zou worden verworpen heeft Intergamma subsidiair een beroep gedaan op art. 6:34 BW, omdat aan haar geen mededeling is gedaan van de cessie van de vorderingen aan Coface en zij pas eind mei 2009 van de daaraan ten grondslag liggende verhouding van factoring tussen AFK Duitsland en Coface op de hoogte is geraakt. Mede gezien de feitelijke verhouding met AFK Holland mocht zij onder deze omstandigheden gevolg geven aan het betalingsverzoek van AFK Holland dat is gedaan in de e-mail van 18 maart 2009, aldus nog steeds Intergamma.

3.2.2 De rechtbank heeft de vordering van Coface toegewezen. Zij overwoog dat uit de bewoordingen van art. 21 lid 3 van de algemene inkoopvoorwaarden blijkt dat partijen de overdraagbaarheid van de vorderingen niet goederenrechtelijk hebben willen uitsluiten, maar slechts een obligatoir verbod hebben willen overeenkomen. De algemene inkoopvoorwaarden staan om die reden niet in de weg aan de rechtsgeldigheid van de cessie. Uitsluitend Coface was bevoegd tot inning van de desbetreffende vordering, zodat Intergamma niet bevrijdend kon betalen aan AFK Holland. De rechtbank oordeelde voorts dat in de door Intergamma aangevoerde omstandigheden niet de schijn was gewekt dat AFK Holland bevoegd was deze vorderingen namens AFK Duitsland te ontvangen.

3.2.3 Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vordering van Coface afgewezen. Samengevat weergegeven overwoog het daartoe als volgt.

In een geval als het onderhavige, waarin het beding is opgenomen in algemene voorwaarden, die naar hun aard zijn bestemd om in meer overeenkomsten te worden gebruikt, komt bij de uitleg daarvan grote betekenis toe aan de bewoordingen waarin het beding is gesteld (rov. 4.10).

Zoals volgt uit het arrest HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0168, *NJ* 2004/281 (*Oryx/Van Eesteren*), moet een contractueel verbod tot overdracht of verpanding, bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel, zo worden uitgelegd dat daarmee niet slechts verbintenisrechtelijke werking, maar ook goederenrechtelijke werking is beoogd (rov. 4.12).

Gelet op de formulering van art. 21 lid 3 van de algemene inkoopvoorwaarden ligt het voor de hand dit artikel aldus uit te leggen dat daarmee is beoogd de desbetreffende vorderingen goederenrechtelijk onoverdraagbaar te maken. Coface heeft geen feiten of omstandigheden gesteld op grond waarvan zou moeten worden geoordeeld dat AFK Holland dan wel AFK Duitsland redelijkerwijs niet heeft behoeven te begrijpen dat Intergamma met het beding een contractueel verbod tot overdracht beoogde. Daarbij is mede van belang dat AFK Holland, AFK Duitsland en Intergamma professionele contractspartijen zijn en dat eerstgenoemden tot een internationaal concern behoren (rov. 4.11).

Coface is dus geen rechthebbende op de onderhavige vorderingen geworden (rov. 4.12).

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 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, p. 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.
- 3.5** De overige onderdelen van het middel behoeven geen behandeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te Amsterdam van 17 juli 2012;

verwijst het geding naar het gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Intergamma in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijdevan Coface begroot op € 6220,35 aan verschotten en € 2600 voor salaris.

Noot

Auteur: H.J. Snijders

1. Algemeen

- a. Voor zover relevant komt de casus op het volgende neer. AFK verkoopt elektronica aan Intergamma. De toepasselijke algemene inkoopvoorwaarden van Intergamma bepalen in art. 21.3: '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.' Vervolgens cedeert AFK haar vordering op Intergamma toch zonder die voorafgaande toestemming aan Coface. Coface vordert daarop betaling van Intergamma. Intergamma weigert dit echter, nu naar haar opvatting geen overdracht van de vordering aan Coface tot stand is gekomen, gezien het verbod van art. 21.3. Terecht?
- b. De Hoge Raad handhaaft in dit arrest de leer dat een vorderingsrecht door partijen contractueel onoverdraagbaar kan worden gemaakt met als consequentie dat er inderdaad geen overdracht tot stand komt als de vordering niettegenstaande een dergelijk beding toch wordt gecedeerd, waarover nr. 2. In nr. 2 worden tevens de consequenties voor een verpandingsverbod bekeken.
- c. Of tussen partijen een beding met een dergelijke goederenrechtelijke werking is gestipuleerd, vormt een kwestie van uitleg. De Hoge Raad laat zich in dit arrest uit over de te hanteren uitlegmethode, waarover nr. 3. Eveneens geeft hij — *sua sponte* — te kennen dat bij de uitleg van een dergelijk beding een bepaald uitgangspunt gehanteerd zou moeten worden, waarover nr. 4.

2. Onoverdraagbaarheid en onverpandbaarheid met goederenrechtelijke werking

- a. De Hoge Raad bevestigt in dit arrest de leer van *Oryx/Van Eesteren* — HR 17 januari 2003, *NJ* 2004/281, m.nt. H.J. Snijders — dat partijen aan een contractueel overdraagbaarheids- of verpandingsverbod goederenrechtelijke werking kunnen geven en dat het bij een overdracht of verpanding in weerwil van een dergelijk verbod niet gaat om een kwestie van beschikkingsonbevoegdheid in de zin van art. 3:84 lid 1 BW, maar om een kwestie van onoverdraagbaarheid respectievelijk onverpandbaarheid in de zin van art. 3:98 lid 2 (jo. 3:98) BW.
- b. Wat voor overdracht en verpanding geldt, zal gelet op de schakelbepaling van art. 3:98 BW ongetwijfeld ook gelden voor de in de praktijk minder relevante bezwaring van vorderingsrechten met een ander beperkt recht dan pand, zoals bijvoorbeeld vruchtgebruik. Ik laat dat verder terzijde.
- c. De Hoge Raad is zich er uitdrukkelijk van bewust (r.o. 3.3.2) dat *Oryx/Van Eesteren* destijds niet onverdeeld positief werd ontvangen. Hij verwijst voor die literatuur naar de conclusie van A-G Rank-Berenschot sub 2.12-14 (zie ook de conclusie sub 2.18), waarin het met name gaat om het belang van het financieringsverkeer — de financiering van ondernemingen — dat geschaad zou kunnen worden door de goederenrechtelijke werking van cessie- en verpandingsverboden. Niet iedereen was overigens zo kritisch. Ik moge in dit verband mijn noot onder *Oryx/Van Eesteren* noemen, waarin ik sub 9 drie bekende en nuttige toepassingen van contractuele cessie- en verpandingsverboden met goederenrechtelijke werking vermeld, kort gezegd: de G-rekening, de hypothecaire geldlening met levensverzekeringsdekking en de uitkering van smartengeld. Het gaat hier deels óók om belangen van het financieringsverkeer, deels om andere respectabele belangen, zoals die van de fiscus en het slachtoffer van letselschade. Internationale verdragen waarin die mogelijkheid wordt uitgesloten of beperkt, vragen dan ook niet dadelijk om integrale ratificatie. Het gaat hier om de verdragen die Hartkamp al noemde in zijn conclusie voor *Oryx/Van Eesteren* in

2003: het Unidroit Verdrag inzake internationale factoring (1988) en het UNCITRAL Verdrag inzake cessie van vorderingen in internationale handel (2001). Geen van deze verdragen is door Nederland geratificeerd. Het UNCITRAL-verdrag is overigens nog voor geen enkele staat in werking getreden, het Unidroit-verdrag maar voor negen staten. Daarmee is overigens niet gezegd dat in het buitenland de goederenrechtelijke werking van contractuele cessie- en verpandingsverboden overal omarmd wordt. Vgl. bijvoorbeeld M.H.E. Rongen, *Cessie*, diss. Nijmegen, Deventer; Kluwer 2012, p. 684 e.v. en W.H. van Boom in zijn noot bij dit arrest, AA 2014, p. 927 e.v.

3. Uitlegmaatstaf

- a. De te hanteren uitlegmaatstaven worden aldus geformuleerd dat een beding '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 r.o. 3.4.2, eerste zin.
- b. Deze regel vindt steun in de bestaande rechtspraak, waaronder het door de Hoge Raad aangehaalde standaardarrest *DSM/Fox*: HR 20 februari 2004, *NJ* 2005/493, m.nt. C.E. du Perron. Zie ook bijvoorbeeld HR 20 september 2013, *NJ* 2014/522, m.nt. H.J. Sniijders (*Gemeente Rotterdam/Eneco*).

4. Uitgangspunt bij de uitleg

- a. De Hoge Raad geeft en neemt. Een overdrachts- of verpandingsverbod voor een vorderingsrecht kan dat vorderingsrecht daadwerkelijk onoverdraagbaar of onverpandbaar maken. Of die goederenrechtelijke werking eraan toekomt is echter een kwestie van uitleg. Als 'uitgangspunt' — tevens het venijn in de staart of zo men wil, de slottraktatie — bij die uitleg geldt dat het verbod slechts verbintenisrechtelijke werking heeft. Zie r.o. 3.4.2, tweede zin.
- b. Op zichzelf is dit al een vreemd fenomeen bij de uitleg, een dergelijk uitgangspunt. Methodologisch gezien lijkt het een onbegaanbare denkpiste. De wetgever en ook een hogere rechter als de Hoge Raad kunnen in het kader van hun rechtsvormende taak de lagere rechter tot op zekere hoogte een bepaalde methodologie voor de contractsuitleg voorschrijven, maar men kan zich afvragen of het aangaat dat die lagere rechter dan ook nog als aanwijzing vooraf krijgt dat een bepaalde uitleg aangewezen is behoudens contra-indicaties die duiden op de juistheid van een andere uitleg. Die contra-indicaties zouden dan moeten komen van de te gebruiken methoden voor de contractsuitleg. Een opmerkelijke methodologie, die de Hoge Raad hier voorschrijft: de rechter dient bepaalde methoden voor de uitleg te gebruiken, maar op voorhand ook al een uitgangspunt te kiezen voor de uitkomst daarvan. Rechtspraak is geen wetenschap maar beide hebben toch wel als kenmerk dat de beoefenaar onbevooroordeeld te werk gaat. Iets anders is dat de rechter uit een bepaalde uitlegfactor, met name de tekst van het contract, het feitelijk vermoeden kan afleiden van een bepaalde inhoud van het contract. Op de keper beschouwd doen rechters en andere juristen dat doorlopend. Een feitelijk vermoeden is echter nog iets anders dan een uitgangspunt.
- c. Men zou nog kunnen denken dat de Hoge Raad hier niets meer of minder heeft bedoeld dan aan te geven dat bij de contractsuitleg een bewijsvermoeden naar ongeschreven recht mag worden gehanteerd dat erop neerkomt dat behoudens contra-indicaties iets bepaalds zal zijn overeengekomen, in ons geval dus uitsluitend verbintenisrechtelijke werking. Een dergelijk rechterlijk bewijsvermoeden ondersteunt de partij die een dergelijke uitleg — in ons geval dus

uitsluitend verbintenisrechtelijke werking — voorstaat. De stelplicht blijft intussen bij die partij en het vermoeden kan ontzenuwd worden door tegenbewijs. Tegendeelbewijs is op dit punt niet nodig. Vgl. bijvoorbeeld *Asser Procesrecht/Asser 3 2013/297 e.v.*, Snijders, Klaassen en Meijer (2011), *Nederlands burgerlijk procesrecht*, vijfde druk, Kluwer: Deventer 2011, nr. 214 en thoe Schwartzberg, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak*, vierde druk, Maklu: Apeldoorn-Antwerpen 2013, p. 120 e.v. Vgl. in dit verband ook de conclusie van de A-G sub 2.18, tweede alinea, die overigens niets voor een dergelijk bewijsvermoeden voelt.

- d. De formulering van het uitgangspunt van de Hoge Raad duidt echter nog op iets meer dan een dergelijk weerlegbaar rechterlijk bewijsvermoeden. De Hoge Raad neemt immers aan dat het betrokken beding uitsluitend verbintenisrechtelijke werking heeft ‘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’. Ik mag aannemen dat bij die objectieve maatstaven ook weer het Haviltex-criterium moet worden betrokken. Dit daargelaten, is het kennelijk zo dat de wederpartij zal dienen te stellen dat het beding goederenrechtelijke werking heeft en dat ook zal dienen te bewijzen. Aldus beschouwd is de regel die de Hoge Raad hier geeft een regel die voorziet in omkering van de stelplicht en de bewijslast. Ik moge hiervoor verwijzen naar Asser t.a.p., nr. 297 e.v., Snijders c.s., nr. 213 resp. thoe Schwartzberg t.a.p., p. 120 e.v.
- e. Interessant is nog het object van het uitgangspunt en daarmee van de gehanteerde bewijsregel. De Hoge Raad betreft zijn uitgangspunt in r.o. 3.4.2, tweede zin, op ‘bedingen die de overdraagbaarheid van een vorderingsrecht uitsluiten’. Die zinsnede vraagt op zichzelf ook weer om uitleg. Om wat voor een bedingen gaat het hier? Helaas heeft de Hoge Raad niet de lijn gevolgd van de A-G in haar conclusie sub 2.9, die de term overdrachtsverbod — ook wel cessieverbod — als overkoepelende term gebruikt: het gaat daarbij zowel om een verbod met obligatoire werking als om een verbod met goederenrechtelijke werking. Als goederenrechtelijk geldt dan een beding waarbij de ‘overdraagbaarheid (...) tussen schuldeiser en schuldenaar [wordt] uitgesloten’. Zie art. 3:83 lid 2 BW en de conclusie A-G sub 2.7. Ik zou menen met de A-G dat bedingen die zo geformuleerd zijn, naar objectieve maatstaven niet anders kunnen worden uitgelegd dan dat zij de overdracht van het betrokken vorderingsrecht onmogelijk maken. Goederenrechtelijke werking is dan een gegeven, tenzij — en daar komt Haviltex weer om de hoek kijken — andere uitlegfactoren dan de tekst van het beding er niettegenstaande die tekst erop duiden dat partijen uitsluitend verbintenisrechtelijke werking beoogden, wat niet vaak het geval zal zijn bij zo een sprekende tekst. Hoe moeten partijen immers nog duidelijker formuleren dat zij niet willen dat een vorderingsrecht kan worden overgedragen dan door te stipuleren dat het onoverdraagbaar is?
- f. Dit gezegd zijnde is de onderhavige overweging ten overvloede van de Hoge Raad ook in een ander opzicht niet gelukkig. De Hoge Raad had het object van de bewijsregel beter in de neutrale, overkoepelende zin van de conclusie A-G kunnen formuleren door te spreken van bedingen waarbij de overdracht van een vorderingsrecht wordt verboden. Een dergelijk ‘verbod’ kan uitgelegd worden als een verbintenis om niet over te dragen, maar ook als een beding dat overdraagbaarheid uitsluit. Het is vervolgens inderdaad een kwestie van toepassing van de Haviltex-maatstaf om er achter te komen welk specietype tussen partijen is overeengekomen, waarbij de tekst van het overdrachtsverbod een heel belangrijke uitlegfactor vormt. Staat er bijvoorbeeld in het beding dat de schuldeiser het vorderingsrecht niet ‘mag’ overdragen dan duidt dat op een verbintenis, dus op een

puur obligatoire werking; staat er dat hij het niet 'kan' overdragen of dat het vorderingsrecht niet 'overdraagbaar is', dan duidt dat op het onmogelijk zijn van de overdracht en daarmee op goederenrechtelijke werking.

Al met al vraag ik mij af of het zonder enig partijdebat en zonder enig handvat in de conclusie A-G door de Hoge Raad verwoorde 'uitgangspunt' voor de uitleg wel als bindend moet worden aanvaard. Ik zou mij kunnen voorstellen dat lagere rechters zich hier niets aan gelegen laten liggen, maar eenvoudigweg gebruik maken van de uitlegmethoden die de Hoge Raad als handvat geeft, waarbij zij wel aan de tekst van een beding een feitelijk vermoeden kunnen ontleenen ten aanzien van hetgeen partijen overeengekomen zijn. De Hoge Raad zal dan, hoop ik, snel de gelegenheid krijgen zijn oordeel te 'preciseren'.

- g. Geldt het uitgangspunt van de Hoge Raad, indien men het al als bindend zou aanvaarden, ook voor overeenkomsten die voorafgaande aan dit arrest tot stand zijn gekomen?

Goederenrechtelijke werking mag weliswaar ook bij oudere overeenkomsten niet als uitgangspunt genomen worden (vgl. 3.4.1 i.f.), maar het zou mij verstandig voorkomen om hetzelfde te oordelen voor verbintenisrechtelijke werking. Partijen konden destijds immers nog geen rekening houden bij de formulering van hun contract met het toch wel verrassende uitgangspunt dat de Hoge Raad thans in zijn arrest hanteert. Ik zou — subsidiair dus — willen bepleiten dat het uitgangspunt van de Hoge Raad niet geldt voor overeenkomsten die voorafgaande aan dit arrest tot stand zijn gekomen, ook al lijkt de Hoge Raad daar zelf in casu (nog) anders over te denken. In plaats van eerbiedigende werking zou ik zelfs uitgestelde werking willen bepleiten tot — zeg — een jaar na de datum van deze uitspraak, opdat (professionele) partijen er voortaan nadrukkelijk rekening mee kunnen houden bij de formulering van hun overdrachts- en verpandingsverboden. Iets van een dergelijk gevoel voor een *terme de grace* klinkt overigens door in r.o. 3.3.2 waar de Hoge Raad, weliswaar in ander verband, aangeeft dat de praktijk zich sinds *Oryx/Van Eesteren* op niet-overdraagbaarheid met goederenrechtelijke werking zal hebben ingesteld.

Het is hier niet de plaats voor een uitvoerige verhandeling over rechterlijk overgangsrecht, maar een enkel nader woord hierover lijkt hier met referentie aan bestaande literatuur toch wel gepast. Zo maar een nieuwe rechtsregel voor de uitleg van rechtsverhoudingen poneren zonder enig flankerend overgangsrecht, schept rechtsonzekerheid. Vgl. in dit verband bijvoorbeeld Asser/Vranken, *Algemeen deel II* (1995), nr. 190 jo. 253, die ik aldus zou willen parafraseren dat de rechter die recht vormt ook overgangsrecht moet geven daar waar niet evident is welke werking aan een regel toekomt (terugwerkende kracht, onmiddellijke of uitgestelde werking). Zie ook bijvoorbeeld Coen E. Drion, *NJB* 2014/620 en R.M. Wibier, *WPNR* 2015 (7046). Zie nader met name O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, diss. Tilburg 2001, p. 443 e.v. en 640 e.v.

- h. Wat hierboven werd gezegd voor overdrachtsverboden, geldt, dunkt mij, *mutatis mutandis* ook voor verpandingsverboden (vgl. ook *Oryx/Van Eesteren*, waarbij de Hoge Raad kennelijk abusievelijk in r.o. 3.4.1 niet-overdraagbaarheid en niet-verpandbaarheid door elkaar haalt).

Voetnoten "Voorgaande uitspraak"

- [1.] Rovv. 4.11 en 4.12 van het bestreden arrest. *N.B.* De in de navolgende voetnoten vermelde
- [2.] Rovv. 3.4 en 4.10.
- [3.] Rov. 3.1.
- [4.] Rovv. 3.5, 3.6 en 4.11 (in fine).

Voetnoten "Conclusie"

- [1.] Ontleend aan rov. 3 van het bestreden arrest van het Hof Amsterdam van 17 juli 2012.
- [2.] Zie de Algemene inkoopvoorwaarden van Intergamma B.V. voor bouwmarktassortiment, juli 2003, namens AFK voor akkoord getekend op 9 juni 2005 (prod. 1 bij conclusie van antwoord).
- [3.] Rov. 4.2 van het arrest van het hof van 17 juli 2012. Zie ook conclusie van antwoord onder 7-8.
- [4.] Rb. Utrecht 2 maart 2011, [ECLI:NL:RBUTR:2012:BR3743](#), *JOR* 2012/195, m.nt. M.J.H. Orval.
- [5.] Memorie van grieven, onder 16-17.
- [6.] Memorie van antwoord, onder 26-30.
- [7.] Hof Amsterdam 17 juli 2012, [ECLI:NL:GHAMS:2012:BX4596](#), *JOR* 2012/340, m.nt. B.A. Schuijling.
- [8.] Het arrest bevat twee rechtsoverwegingen 4.12, die hierna worden aangeduid als rov. 4.12(a) en 4.12(b).
- [9.] De cassatiedagvaarding, hersteld bij exploit van 8 november 2012, is uitgebracht op 17 oktober 2012.
- [10.] Zie ook s.t. namens Coface, onder 9.3.
- [11.] Door het bemoeilijken van door de wederpartij te verstrekken leverancierskrediet, zie s.t. namens Coface, onder 14.2.
- [12.] Zie s.t. namens Coface, onder 14.7.
- [13.] Zie over art. 3:83 lid 2 BW in het algemeen: *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV* 2013/213-217; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, Goederenrecht, nr. 110; W.H.M. Reehuis, *Mon. BW B6a*, 2010, nr. 15; *losbl. Vermogensrecht*, art. 83, aant. 31-40 (Beekhoven van den Boezem en Bergervoet).
- [14.] TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 314. Vgl. onder oud recht: HR 29 januari 1993, [ECLI:NL:HR:1993:ZC0842](#) (*Van Schaick q.q/ABN AMRO*), *NJ* 1994/171, m.nt. PvS.
- [15.] HR 17 januari 2003, [ECLI:NL:HR:2003:AF0168](#) (*Oryx/Van Eesteren*), *NJ* 2004/281, m.n.t. HJS, *JOR* 2003/52, m.nt. M.H.E. Rongen.
- [16.] Zie over deze discussie nader *Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI** 2010, nr. 196, met vermelding van literatuur.
- [17.] *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV* 2013/218.
- [18.] Zie over de motieven voor cessieverboden: H.L.E. Verhagen en M.H.E. Rongen, *Cessie. De overdracht van vorderingen op naam*, *Preadvies VBR* 2000, par. 7.3; F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding*, diss. 2003, p. 63-65 en p. 224-225; M. Orval, *Het cessieverbod nader bezien*, *WPNR* 6823 (2009), p. 993, en M.H.E. Rongen, *Cessie*, diss. 2012, p. 683.
- [19.] Rongen, diss. 2012, p. 693.
- [20.] F.E.J. Beekhoven van den Boezem en A.J. Verdaas, (On)overdraagbaarheid van vorderingen na de crisis: gluren bij de burenl, in: *Raaijmakers e.a. (red), En na de crisis?*, bundel NGB 2010, p. 35 en p. 36.
- [21.] R.A.L.M. van Dooren, *Het verpandingsverbod en andere perikelen in het faillissement van een onderaannemer*, in: *Princen en Spinath (red), Faillissement en Vastgoed*, *Insolad Jaarboek* 2012, p. 196.
- [22.] Vgl. Rb Maastricht 2 februari 2011, [ECLI:NL:RBMAA:2011:BW8402](#), *JOR* 2012/231.
- [23.] Rb Utrecht 4 februari 2009, [ECLI:NL:RBUTR:2009:BH1968](#), *JOR* 2009/119.
- [24.] Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden, [ECLI:NL:GHARL:2013:BY8884](#).
- [25.] Zie voor deze en andere voorbeelden: Beekhoven van den Boezem, diss. 2003, p. 65-66.
- [26.] Zie over deze en andere bezwaren op het punt van financiering o.m. Verhagen en Rongen, *Preadvies* 2000, p. 101-104; A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam*, diss. 2008, p. 124-125; Orval, *WPNR* 6823 (2009), p. 992; Beekhoven van den Boezem en Verdaas, bundel NGB 2010, p. 36-37; Rongen, diss. 2012, p. 683-684, 693; Van Dooren, *Insolad Jaarboek* 2012, p. 196.
- [27.] Zie voor een overzicht van (inter)nationale regelingen: P-G Hartkamp, conclusie (onder 9) voor het arrest *Oryx/Van Eesteren*; Verhagen en Rongen, *Preadvies* 2000, p. 102-103; Beekhoven van den Boezem, diss. 2003, p. 61; Verdaas, diss. 2008, p. 126; Orval, *WPNR* 6823 (2009), p. 993-994; Beekhoven van den Boezem en Verdaas, bundel NGB 2010, p. 38-39, 42-45; Rongen, diss. 2012, p. 684-690.
- [28.] Annotatie R.D. Vriesendorp bij HR 17 januari 2003 (*Oryx/Van Eesteren*), *AA* 2003/3, p. 193-194, sub 4; Verdaas, diss. 2008, p. 125.
- [29.] Orval, *WPNR* 6823 (2009), p. 997. Zie ook Rongen, diss. 2012, p. 695.
- [30.] Beekhoven van den Boezem en Verdaas, bundel NGB 2010, p. 42-45.
- [31.] Aldus P-G Hartkamp in zijn conclusie (onder 10) voor het arrest *Oryx/Van Eesteren*.
- [32.] Verhagen en Rongen, *Preadvies* 2000, p. 103-104.

- [33.] Rongen, diss. 2012, p. 703-704.
- [34.] Zie o.m. Beekhoven van den Boezem, diss. 2003, p. 57-59; Beekhoven van den Boezem en Verdaas, bundel NGB 2010, p. 35, voetnoot 6; Reehuis, Mon. BW B6a, 2010, nr. 15; Rongen, diss. 2012, p. 681, voetnoot 63; Beekhoven van den Boezem en Bergervoet, *Tvl* 2012/13, afl. 3, p. 60.
- [35.] Vgl. Sniijders, *Goederenrecht* 2012, nr. 311.
- [36.] Orval, *WPNR* 6823 (2009), p. 995.
- [37.] Verdaas, diss. 2008, p. 118.
- [38.] Rongen, diss. 2012, p. 681, voetnoot 63.
- [39.] Dit beding luidde: "Het is de onderaannemer verboden zijn uit deze onderaannemingsovereenkomst jegens de hoofdaannemer voortvloeiende vorderingen zonder diens toestemming aan een derde te cederen, te verpanden of onder welke titel ook in eigendom over te dragen".
- [40.] In die zin ook Beekhoven van den Boezem en Bergervoet, *Tvl* 2012/13, p. 60, 62; B.A. Schuijling, annotatie bij Hof Amsterdam 17 juli 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX4596, *JOR* 2012/340, onder 4. Anders: M.H.E. Rongen, annotatie bij het arrest Oryx/Van Eesteren, *JOR* 2003/52, onder 3 ("Uit de onderhavige uitspraak blijkt dat een beding dat is geformuleerd als een verbod tot cessie of verpanding in beginsel zonder meer goederenrechtelijk effect heeft"); B.A. Schuijling, annotatie bij Rb. Utrecht 4 februari 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BH1968, *JOR* 2009/119, onder 2 ("Uit het arrest blijkt dat goederenrechtelijke werking snel wordt aangenomen"); Van Dooren, *Insolad Jaarboek* 2012, p. 195.
- [41.] *Rechtshandeling en Overeenkomst (Valk)*, 2013, nr. 268; Beekhoven van den Boezem en Bergervoet, *Tvl* 2012/13, p. 63.
- [42.] HR 28 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AJ6858, *NJ* 1990/583, m.nt. MMM.
- [43.] HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4909, *NJ* 2007/576, m.nt. M.H. Wissink; HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, *NJ* 2013/214.
- [44.] HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, *NJ* 2005/493, m.nt. C.E. du Perron, rov. 4.4-4.5.
- [45.] Zie o.m. HR 30 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5318, *JOR* 2002/43, m.nt. Wessels in *JOR* 2002/45; HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6014, *NJ* 2006/117; HR 19 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7024, *NJ* 2007/565, *JOR* 2008/23, m.nt. R.P.J.L. Tjittes.
- [46.] W.L. Valk, *T&C Burgerlijk Wetboek*, 2013, Afd. 6.5.3, Inleidende opmerkingen, aant. 5, en *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III*, 2010, nrs. 372 en 375, beide met rechtspraakvermelding.
- [47.] HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2414, *NJ* 2010/62, m.nt. M.H. Wissink.
- [48.] HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4410, *NJ* 2008/104, m.nt. C.E. du Perron.
- [49.] HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2793, *NJ* 2008/284. In vergelijkbare zin: HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN5665, *NJ* 2010/570, *JOR* 2011/15, m.nt. G.T.J. Hoff.