

Cessieverbod in de bouw: de wanprestatie van de aannemer

– Mr. ir. F.M. van Cassel - van Zeeland¹

1. Inleiding

Ondernemen is investeren. In de bouw is dat niet anders. Sterker nog, juist in de bouw zijn veelal vergaande investeringen nodig. Tijdens de uitvoering van werken betaald de opdrachtgever zelden vooruit. De aannemer heeft dus financiering nodig. Deels kan dit geld zelf ingebracht worden: bij een eenmanszaak door de eigen inbreng van de eigenaar, bij een BV van relatief beperkte omvang door eigen inbreng van de DGA (Directeur Groot Aandeelhouder). Grotere bedrijven geven aandelen uit om kapitaal te verkrijgen. Daarnaast zal ongeacht de bedrijfsvorm regelmatig externe financiering gezocht worden. Een lening bij een bank is gebruikelijk, waarbij de kredietnemer veelal pandrechten zal moeten vestigen op de vorderingen die hij heeft op zijn opdrachtgevers.

In delen van de bouw wordt echter door opdrachtgevers op grote schaal, zo niet categorisch, de mogelijkheid tot overdracht of verpanding van vorderingsrechten contractueel uitgesloten.² De vordering die een aannemer heeft op zijn opdrachtgever kan hierdoor niet meer verpand worden aan de bank, zodat deze vordering niet meer als zekerheid kan dienen voor een lening van de bank aan de aannemer.

Het uitsluiten van de mogelijkheid tot overdracht of verpanding van de vorderingsrechten zorgt er voorts voor dat de vordering zelf niet meer overgedragen kan worden. In een recent arrest³ had een onder-onderaannemer van zijn opdrachtge-

ver (zijnde de onderaannemer), een vordering op de hoofdaannemer overgenomen. Althans de onder-onderaannemer dacht dat hij de vordering had overgenomen, maar het bleek dat deze vordering niet overgedragen kon worden vanwege een contractueel verbod tot overdracht. De onder-onderaannemer kon de vordering niet incasseren. Dit arrest is de directe aanleiding voor het onderhavige artikel.

In dit artikel wordt het contractuele verbod van overdracht van een vordering nader besproken evenals het contractuele verbod om een vordering te verpanden. Hierbij wordt aandacht geschonken aan de mogelijkheid, veelal onbewust, van de aannemer om te wanpresteren. Het blijkt dat de gevolgen van deze wanprestatie zelden de aannemer zelf treffen. De gevolgen dalen neer bij de kredietverstrekker, opdrachtgevers, de directeur-grootaandeelhouder of andere derden. Het arrest dat de aanleiding was voor het onderhavige artikel wordt besproken nadat het theoretisch kader is neergezet. Aan het einde van het artikel wordt kort ingegaan op het wetsvoorstel opheffing verpandingsverboden, waarbij een alternatief naar voren wordt gebracht.

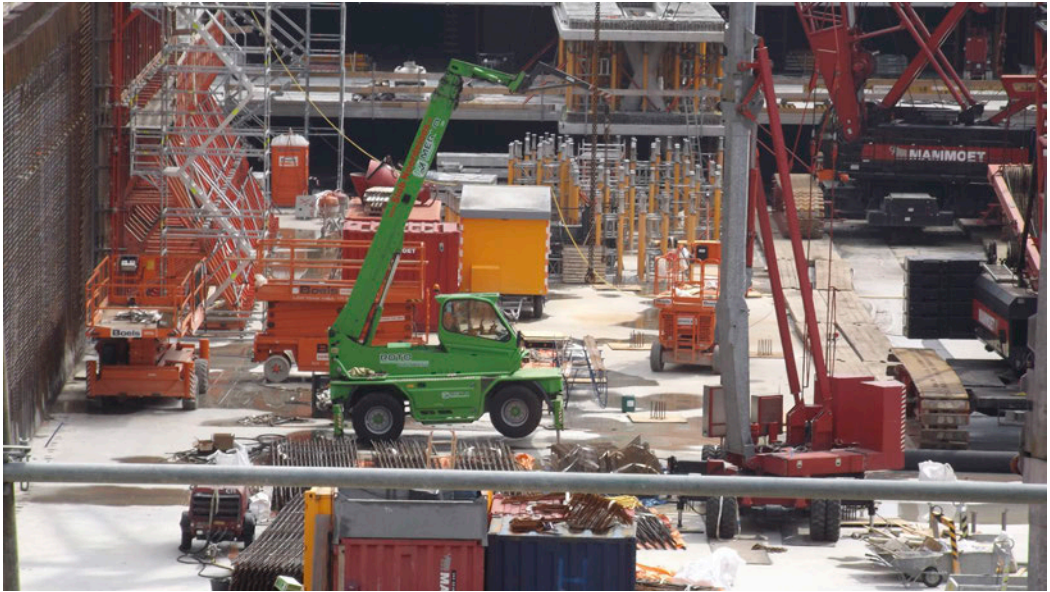
2. Externe financiering; pandrecht als zekerheid

Wanneer externe financiers geld uitlenen aan de aannemer, is de prijs voor het uitlenen rente die betaald moet worden. De financier, de kredietverstrekker, wil daarnaast ook zekerheid hebben dat hij het uitgeleende geld terug zal ontvangen. De enkele belofte van de aannemer dat hij zal terugbetalen is zelden genoeg. De financier wil zekerheid middels een zekerheidsstelling. Grofweg gezien heeft een aannemer vier groepen goederen die geld vertegenwoordigen. Dat zijn (1) een eventueel eigen bedrijfspand, (2) het materieel waarmee gewerkt wordt, (3) fysieke voorraden van bouwmaterialen en (4) de vorderingen die de aannemer heeft op zijn opdrachtgevers of zal krijgen. Een of meerdere van genoemde zekerheden zal de financier als zekerheidsstelling verlangen.

¹ Frank van Cassel - van Zeeland is advocaat en treedt ook op als bindend adviseur.

² Voorontwerp van wet tot wijziging van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het opheffen van bedingen in het handelsverkeer die de overdraagbaarheid of verpanding van geldvorderingen op naam voor financieringsdoeleinden uitsluiten (Wet opheffing verpandingsverboden), Memorie van Toelichting p. 3. Dit voorontwerp werd bij wijze van internetconsultatie openbaar gemaakt en is te raadplegen via <<https://www.internetconsultatie.nl/verpandingsverbod>> (laatstelijk geraadpleegd 31 augustus 2019).

³ Hof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3980.



Dit artikel gaat over deze laatste vorm van goederen die geld vertegenwoordigen: de vorderingen die de aannemer heeft of zal krijgen op zijn opdrachtgevers. Dit zijn de facturen die al verzonden zijn aan de opdrachtgevers, maar waarvan betaling nog moet geschieden. Tevens valt hieronder de door de aannemer reeds verrichte maar nog te factureren werkzaamheden.

De zekerheid die de aannemer aan zijn kredietverstrekker kan geven ten aanzien van de vorderingen op zijn eigen opdrachtgevers, is het pandrecht. Het pandrecht kan zowel openbaar zijn als stil. In het geval van een openbaar pandrecht op een vordering wordt aan de schuldenaar mededeling gedaan dat er een pandrecht rust op de vordering. Een gevolg hiervan is dat de schuldenaar niet meer bevrijdend kan betalen aan de schuldeiser.⁴ Hij zal aan de pandhouder, de kredietverstrekker, moeten betalen. Dit is een onwenselijke situatie. Niet alleen omdat de aannemer zelf graag betaling wil ontvangen, maar ook omdat de mededeling van het verpand zijn mogelijk een verontrustend signaal is naar de opdrachtgever van de aannemer. Als gevolg van de melding dat er een pandrecht rust op hetgeen hij moet betalen aan de aannemer, zou bij opdrachtgever de gedachte kunnen opkomen dat de aannemer niet financieel draagkrachtig is. De aannemer staat misschien zelfs wel op omvallen. Met een dergelijke insolvabele partij wil men normaliter geen zaken doen.

Pandrecht op vorderingen worden logischerwijze dan ook nagenoeg altijd stil gevestigd. Aan dit pandrecht waarbij geen mededeling gedaan hoeft

te worden heeft de praktijk behoefte.⁵ Bij een stil pandrecht krijgen de opdrachtgevers van de aannemer geen mededeling van het pandrecht. De opdrachtgevers blijven onwetend en dienen gewoon te betalen aan de aannemer. Eerst als de aannemer achterblijft of achter dreigt te blijven met betaling van rente en aflossing, zullen de opdrachtgevers ingelicht worden. Het stille pandrecht wordt op deze manier omgezet in een openbaar pandrecht. Na de omzetting in een openbaar pandrecht kan de kredietgever, de bank, zelf overgaan tot inning van de vordering.

3. Externe financiering; door overdracht

Met de vordering die de aannemer heeft op zijn opdrachtgever kan de aannemer meer doen dan wachten op betaling en/of verpanden aan de kredietverstrekker. De vordering is immers een vermogensrecht. Een vorderingsrecht is vergelijkbaar met eigendom. Net zoals bij eigendom kan een vordering overgedragen worden. Bij een overdracht wordt deze overdracht cessie genoemd. De vervreemder wordt dan aangeduid als de cedent en de verkrijger als cessionaris.⁶ De schuldenaar van de gecedeerde vordering wordt debitor cessus genoemd.⁷

Een aannemer kan de vordering cederen aan een derde, in ruil waarvoor hij direct geld ontvangt. Deze derde gaat de factuur innen en neemt soms

⁵ Asser/*Van Mierlo 3-VI*, Deventer: Kluwer 2016/218.

⁶ Asser/*Bartels & Van Mierlo 3-IV*, Deventer: Kluwer 2013/324.

⁷ Asser/*Bartels & Van Mierlo 3-IV*, Deventer: Kluwer 2013/332.

⁴ Art. 3:246 BW.

ook een deel van het faillissementsrisico over.⁸ Deze vorm van overdracht aan en inning door een derde wordt ook wel *factoring* genoemd. Factoring is geen in de wet benoemde overeenkomst en factoring heeft in de praktijk verschillende vormen.⁹ De aannemer krijgt direct betaald door de factoringmaatschappij, waarbij uiteraard een percentage ingehouden wordt voor de kosten en winst van de factoringmaatschappij. Het voordeel voor de aannemer is dat hij direct betaling ontvangt en niet de volledige betalingstermijn behoeft te wachten. Zijn nadeel is dat hij voor een lager bedrag dan het bedrag van de factuur betaald krijgt. Voor (kleine) aannemers die een beperkte liquiditeitspositie hebben kan deze methodiek een uitkomst zijn.¹⁰

4. Eisen cessie en verpanding

Voor overdracht van de vordering, de cessie, dienen aan drie wettelijke eisen voldaan te worden.¹¹ Er is een geldige titel nodig, de vervreemder moet beschikkingsbevoegd zijn en er dient een levering plaats te vinden. De titel is de rechtsgrond van de overdracht, dat wil zeggen de rechtsverhouding die aan de overdracht ten grondslag ligt en deze rechtvaardigt.¹² Kort gezegd is de titel de reden van de overdracht. Beschikkingsbevoegd is normaliter de rechthebbende. In het geval de rechthebbende failliet is verklaard, is hij beschikkingsonbevoegd en kan hij niet cederen. Tot slot dient geleverd te worden. De levering vindt plaats op grond van art. 3:94 BW, met een daartoe opgemaakte akte en mededeling van de cessie aan de schuldenaar. Na de cessie moet de schuldenaar niet langer aan zijn oorspronkelijke schuldeiser betalen, maar aan de nieuwe rechthebbende van de vordering.

Het pandrecht is een beperkt recht dat rust op de vordering. De vestiging van een pandrecht gaat op vergelijkbare manier als de overdracht van de vordering. Er is een rechtsgeldige titel nodig en een vestigingshandeling door een beschikkingsbevoegde. De vestiging voor een stil pandrecht geschiedt

bij authentieke akte of geregistreerde¹³ onderhandse akte.¹⁴

5. Contractueel cessieverbod

Schuldeiser en schuldenaar kunnen gezamenlijk afspreken dat de vordering die de schuldeiser heeft, of zal krijgen, op zijn schuldenaar niet overdraagbaar is. Partijen spreken alsdan een cessieverbod af, een pactum de non cedendo. In de praktijk worden regelmatig dergelijke verboden overeengekomen.¹⁵ In het geval dat deze afspraak enkel tussen de schuldeiser en diens schuldenaar werkt, heeft het cessieverbod verbintenisrechtelijke werking. De vordering op de schuldenaar kan door de schuldeiser nog altijd gecedeerd worden, bijvoorbeeld aan een factoringmaatschappij om financiële ruimte te krijgen. Deze cessie mag echter niet. Cedeert de schuldeiser toch, dan pleegt hij wanprestatie jegens zijn eigen schuldenaar.

Bij vorderingsrechten kunnen de schuldeiser en de schuldenaar samen afspreken dat het cessieverbod niet alleen verbintenisrechtelijke werking heeft, maar ook goederenrechtelijke werking. Dat betekent dat het niet mogelijk is om de vordering over te dragen. Het is als het ware dat de eigenschap van de vordering om overgedragen te kunnen worden, ontbreekt. Zelfs als er een geldige titel is, beschikkingsbevoegdheid is en een levering plaatsvindt, dan nog is het vorderingsrecht niet overgedragen. De goederenrechtelijke werking is niet gebaseerd op de beschikkingsonbevoegdheid van de schuldeiser, maar gebaseerd op de onoverdraagbaarheid van de vordering zelf. Het is voor de schuldeiser niet mogelijk om te wanpresteren en ondanks het verbod toch de vordering over te dragen.

6. Goederenrechtelijk verbod tot overdracht van eigendom niet mogelijk

De mogelijkheid dat partijen een vordering niet overdraagbaar maken is bijzonder. Bij eigendom van zaken is dat niet mogelijk.¹⁶ Weliswaar kan een eigenaar met iemand anders overeenkomen dat hij een specifieke zaak niet in eigendom zal overdragen, maar deze afspraak werkt enkel tussen deze twee personen. De afspraak heeft enkel verbintenisrechtelijke werking. Nog altijd kan de eigendom overgedragen worden aan derden. Zelfs als de verkrijgende derde weet dat er een afspraak ligt dat er

⁸ In hoeverre de risico's van faillissement en wanbetaling ook gedragen worden door de factoringmaatschappij, hangt van de voorwaarden van de specifieke factoringmaatschappij af. De voorwaarden en de kosten variëren per maatschappij.

⁹ Zie uitgebreid over factoring: J. Beuving, *Factoring*, diss. Nijmegen 1996.

¹⁰ Het in de bouw gebruikelijke factureren in termijnen zorgt er echter voor dat deze manier van financiering, het cederen aan een derde in ruil voor directe betaling, minder geschikt is. De facturatie en de door de aannemer verrichte prestatie lopen namelijk niet synchroon en voor degene die de vordering overneemt kan het gevolg zijn dat bij faillissement van de aannemer de prestatie van de aannemer (ver) achterloopt op hetgeen hij reeds heeft gefactureerd. J. Beuving, *Factoring*, diss. Nijmegen 1996, p. 51.

¹¹ Art. 3:84 BW.

¹² R.W.E. van Leuken & M.M.C. van de Moosdijk & V. Tweehuysen, *Hartkamps Compendium van het vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017/137.

¹³ De akte wordt geregistreerd bij de Belastingdienst teneinde de dagtekening vast te leggen. Er is geen sprake van registratie in een openbaar toegankelijk register. F.J.L. Kaptein, *Pandrecht*, diss. Groningen 2016, p. 76.

¹⁴ Art. 3:239 BW.

¹⁵ R.P.J.L. Tjittes, *Commercieel Contractenrecht deel één*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2018, p. 279.

¹⁶ Zie R.M. Wibier, 'De wet opheffing verpandingsverboden', *NTHR* 2018-5, p. 241.

niet overgedragen mag worden, gaat de eigendom toch over.

Mogelijk dat degene die de eigendom verwerft een onrechtmatige daad pleegt. Dit verandert echter niets aan het gegeven dat de eigendom is overgegaan. Zo is ook overwogen in het standaardarrest *Pos/Van den Bosch*¹⁷. Van den Bosch was pachter van enkele weilanden in eigendom van Neeltje. Neeltje was 86 jaar en woonde in de boerderij die bij deze weilanden hoorde. Van den Bosch had het recht van eerste koop van de weilanden en de boerderij, maar kon hier geen gebruik van maken omdat Neeltje in strijd met deze afspraak de boerderij had geschonken aan haar vrouwenspersoon en achterneef Pos. Na het overlijden van Neeltje maakte Van den Bosch aanspraak op zijn koopoptie, maar kon deze aanspraak niet effectueren op de erfgenamen van Neeltje omdat de boerderij reeds voor haar dood was weggeschonken. Neeltje had wanprestatie gepleegd. Daarvan heeft Pos geprofiteerd. De wanprestatie verhinderde niet de eigendomsoverdracht van de boerderij. Wel werd geoordeeld dat Pos jegens Van den Bosch een onrechtmatige daad had gepleegd door de schenking te aanvaarden omdat hij op de hoogte was van het recht van eerste koop, hij zich bewust moet zijn geweest van het aanmerkelijke nadeel van Van den Bosch mede gezien de bijzondere vertrouwenspositie die Pos had bij Neeltje en de invloed die Pos op Neeltje daardoor kon uitoefenen. In weerwil van de afspraak bleef Neeltje in staat om de eigendom over te dragen aan een ander dan Van den Bosch. Aldus wijzigt de wanprestatie niets aan het gegeven dat het eigendom is overgegaan.

7. Bewuste keuze wetgever

Bij eigendom is het niet mogelijk om met goederenrechtelijke werking af te spreken dat de eigendom niet overgedragen kan worden. Wat bij eigendom niet kan, kan bij vorderingen wel. De aannemer en zijn opdrachtgever kunnen samen overeenkomen¹⁸ dat de vordering niet gecedeerd kan worden. De afspraak heeft in dat geval goederenrechtelijke werking. De vordering kan niet meer overgedragen worden.

De mogelijkheid voor partijen om een vordering onoverdraagbaar te maken, is gegeven in de

wet.¹⁹ Dit is welbewust gedaan door de wetgever.²⁰ Bij vorderingen is aldus prioriteit gegeven aan de partijautonomie.²¹ Vorderingen zijn in de regel een vrucht van de contractsvrijheid.²² De inhoud van de overeenkomst speelt zich af binnen de verbintenisrechtelijke sfeer, zodat de vorderingen die hieruit voortspruiten zich eveneens in de verbintenisrechtelijke sfeer bevinden.²³ Als de partijen het zelf in hun macht hebben een vordering in het leven te roepen is het logisch dat zij ook zelf de eigenschappen van die vordering bepalen.²⁴ Niet alleen de termijn van opeisbaarheid, de betalingstermijn, de muntsoort, wel of niet in termijnen, de plaats van betaling maar ook of de vordering wel of niet aan een derde overgedragen kan worden is aan partijen.

8. Contractueel duidelijkheid vereist voor goederenrechtelijke werking

Het cessieverbod is er in twee smaken. Het kan goederenrechtelijke werking hebben en het kan verbintenisrechtelijke werking hebben. In het geval van een goederenrechtelijk verbod *kan* de schuldeiser de vordering niet cederen. Bij een verbintenisrechtelijke werking van het verbod kan de schuldeiser nog altijd cederen maar *mag* hij dat niet. Een schuldenaar heeft in het algemeen het meest profijt van een goederenrechtelijk cessieverbod. De schuldenaar is er dan zeker van dat zijn wederpartij de vordering niet overdraagt, om de eenvoudige reden dat het niet kan. Bij een verbintenisrechtelijk cessieverbod moet de schuldenaar maar afwachten of zijn wederpartij niet de keuze maakt om te wanpresteren en aldus de vordering toch overdraagt aan een derde.

Indien op enig moment het cessieverbod ingeroepen wordt, zal de bepaling uitgelegd moeten worden. Woorden zijn immers op zichzelf nooit duidelijk. De woorden krijgen betekenis door te letten op de context.²⁵ Over het cessieverbod zal zelden apart zijn onderhandeld door partijen. Het cessieverbod zal nagenoeg altijd onderdeel zijn van toepasselijke algemene voorwaarden of als standaardbepaling zijn opgenomen in de overeenkomst, een boilerplate clausule. Verdedigd kan worden dat het doorgaans moeilijk voorstelbaar is dat partijen afspreken vorderingen niet te zullen overdragen zonder aan deze afspraken goederenrechtelijke werking toe

¹⁹ Art. 3:83 lid 2 BW.

²⁰ Parl. Gesch. BW Boek 3, p. 314.

²¹ F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbepaling*, diss. Groningen 2003, p. 52.

²² F.M.J. Verstijlen, 'Niet-overdrachts- en niet-verpandingsbedingen in de financieringspraktijk', *WPNR* 7134 (2017), p. 78.

²³ A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam*, diss. Nijmegen 2008, p. 117-118.

²⁴ A.H. Scheltema, 'Eigendomsvoorbehoud, overdracht en verpanding van eigendom onder opschortende voorwaarden', *MvV* 2013/6, p. 158.

²⁵ W.L. Valk in: H.N. Schelhaas & W.L. Valk, *Uitleg van rechtshandelingen*, preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht, Zutphen: Uitgeverij Paris, 2016, p. 24, 25.

¹⁷ HR 17 november 1967, NJ 1968/42 m.nt. Scholten (*Pos/Van den Bosch*).

¹⁸ In bepaalde situaties kan een dergelijke afspraak, die veelal eenzijdig opgelegd wordt, onzorgvuldig en onrechtmatig zijn. Zie Rb. Gelderland 26 augustus 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5489. Deze casus ziet specifiek op vergoedingen uit zorgverzekering. Gezien de andere economische partijen in de bouw, is het niet waarschijnlijk dat in de bouw snel geoordeeld zal worden dat een cessieverbod onzorgvuldig en onrechtmatig is.

te willen kennen. Partijen zouden in dat geval bewust moeten hebben gekozen voor een afgezwakte versie, terwijl de wet hen de mogelijkheid biedt om de afspraken op dit punt goederenrechtelijke werking toe te kennen.²⁶ Gezien vanuit de schuldenaar is deze benadering logisch. Met een goederenrechtelijk cessieverbod is het immers voor de schuldeiser niet mogelijk om te cederen, terwijl bij een verbintenisrechtelijk cessieverbod de cessie mogelijk blijft. Logischerwijze wordt dan voor de sterkste variant gekozen. Gezien vanuit de schuldeiser is de redenering niet logisch. De schuldeiser zal normaliter zoveel als mogelijk vrijheid willen behouden. Mocht er een reden opkomen dat hij, in weerwil van de afspraak, toch wil cederen dan zal hij die mogelijkheid misschien willen benutten. Het opnemen van een cessieverbod is al niet in zijn belang en deze bepaling zal dan ook op instigatie van de schuldenaar in de overeenkomst zijn opgenomen. De schuldeiser zal derhalve de voorkeur hebben voor een variant waar hij zo weinig mogelijk last van heeft. Als er al een cessieverbod overeengekomen moet worden, zal de schuldeiser opteren voor een verbintenisrechtelijk cessieverbod.

Bij de uitleg van een contractueel cessieverbod zijn er goed beschouwd twee realistische benaderingen mogelijk. Allebei zijn vanuit de belangen van partijen goed te verdedigen zijn. De ene benadering leidt tot het uitgangspunt dat een contractueel cessieverbod goederenrechtelijke werking heeft. De andere benadering leidt tot het uitgangspunt dat een contractueel cessieverbod enkel verbintenisrechtelijke werking heeft.

De Hoge Raad heeft op 21 maart 2014 in het arrest *Coface Finanz/Intergamma*²⁷ duidelijkheid geschapen. Bij de beoordeling van de tekst van een cessieverbod is het uitgangspunt dat deze enkel verbintenisrechtelijke werking heeft. Om een dergelijk cessieverbod goederenrechtelijke werking te geven moet de formulering van het betreffende beding ook voor derden duidelijk zijn. Het cessieverbod is, aldus de Hoge Raad, namelijk naar zijn aard bestemd om de rechtspositie van derden te beïnvloeden. Deze derden kennen de bedoeling van de contracterende partij niet. Een dergelijk beding dient om die reden te worden uitgelegd naar objectieve maatstaven, met inachtneming van de *Haviltex*-maatstaf. 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.

Bij twijfel is er geen goederenrechtelijk cessieverbod, maar slechts het zwakkere verbintenisrechtelijke cessieverbod.

9. Contractueel verpandingsverbod

Net zoals een cessieverbod kunnen schuldeiser en schuldenaar een verpandingsverbod overeenkomen. Het verpandingsverbod is er eveneens in twee smaken: een verpandingsverbod met goederenrechtelijke werking danwel een verpandingsverbod met enkel verbintenisrechtelijke werking. Voor de beantwoording van de vraag of een overeengekomen verpandingsverbod goederenrechtelijke werking heeft of enkel verbintenisrechtelijke werking is wederom de strenge maatstaf van *Coface Finanz/Intergamma*²⁸ toepasselijk. Bij mogelijke twijfel is het betreffende beding enkel een verbintenisrechtelijk verpandingsverbod.

Voor partijen is het mogelijk om overeen te komen dat een vordering niet verpand kan worden, maar wel gecedeerd kan worden. Juridisch is het onduidelijk of het voor partijen mogelijk is om een goederenrechtelijk cessieverbod overeen te komen, terwijl verpanding mogelijk blijft.

Een pandrecht is een beperkt recht. Een beperkt recht wordt afgeleid uit een moederrecht. Een moederrecht is een meer omvattend recht dat met een beperkt recht is bezwaard.²⁹ Artikel 3:81 BW vereist voor het vestigen van een beperkt recht onder andere dat het moederrecht overdraagbaar is.³⁰ Om een pandrecht te vestigen moet de vordering voor overdracht vatbaar zijn. Op het moment dat een goederenrechtelijk cessieverbod toepasselijk is, ontbeert de vordering deze mogelijkheid. Een logische redenering is daarom dat het niet mogelijk is om een pandrecht te vestigen op een vordering waarop een goederenrechtelijk cessieverbod toepasselijk is.³¹

²⁸ HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, NJ 2015/167 m.nt. Sniijders (*Coface Finanz/Intergamma*); zie de vorige alinea.

²⁹ Asser/Bartels & Van Velten 5, Deventer: Wolters Kluwer 2017/9.

³⁰ Specifiek voor hypotheekrecht en pandrecht is zulks herhaald in art. 3:228 BW.

³¹ F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding*, diss. Groningen 2003, p. 97, 98; A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam*, diss. Nijmegen 2008, p. 109-112, 117-118; A.E. Goossens, 'Uitleg en wenselijkheid van het cessie- en verpandingsverbod', *MvV* 2013/6, p. 182.

²⁶ A.E. Goossens, 'Uitleg en wenselijkheid van het cessie- en verpandingsverbod', *MvV* 2013/6, p. 181.

²⁷ HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, NJ 2015/167 m.nt. Sniijders (*Coface Finanz/Intergamma*).

Een andere visie wordt ook verdedigd.³² Een vordering uit overeenkomst ontstaat tussen partijen en is het gevolg van de overeenkomst die zij gesloten hebben. Partijen kunnen op grond van de partijautonomie de overeenkomst zelf vergaand vormgeven. Uit hoofde van de partijautonomie is het derhalve logisch dat zij er zelf gezamenlijk voor kunnen kiezen om de vordering wel verpandbaar, maar niet overdraagbaar te maken.³³ Het art. 3:81 BW behoeft bij een goederenrechtelijk cessieverbod ook niet in de weg te staan aan de verpanding. Het moederrecht wordt in deze visie namelijk niet in zijn geheel onoverdraagbaar gemaakt. Het moederrecht wordt in zijn geheel, maar behoudens de mogelijkheid tot verpanding onoverdraagbaar gemaakt. De verpanding blijft dan gewoon mogelijk. Of partijen deze situatie ook beogen, is uiteraard een kwestie van uitleg.³⁴

10. Voordelen goederenrechtelijk cessieverbod

Een schuldenaar kan meerdere goede redenen hebben om te opteren voor de onoverdraagbaarheid van de vordering die zijn schuldeiser op hem heeft of zal krijgen.³⁵ Een hele eenvoudige reden is dat hierdoor de schuldenaar niet geconfronteerd kan worden met een eventuele cessie en daardoor met een andere schuldeiser.³⁶ Hierbij dient men erop bedacht te zijn dat er meermaals gecedeerd kan worden en zelfs in gedeelten.³⁷ Dit kan in uitzonderlijke gevallen voor een forse administratieve last zorgen. Hij hoeft daardoor niet bij te houden aan wie hij bevrijdend kan betalen. De schuldenaar bespaart hierdoor administratieve en boekhoudkundige kosten. Door een cessieverbod wordt tevens voorkomen dat de splitsing van de vordering ervoor kan zorgen dat de kantonrechter bevoegd wordt in plaats van de gewone rechter, alsmede dat een

eenduidig betaaladres in stand blijft.³⁸ Voorts wordt vermeden het abusievelijk over het hoofd zien van een cessie, waardoor dubbel betaald moet worden. Het is immers niet uitgesloten dat het te veel betaalde geld niet teruggekregen wordt.³⁹ Het is ook mogelijk dat de schuldenaar door middel van het onoverdraagbaarheidsbeding zijn verweermiddelen en verrekeningsmogelijkheden veilig wil stellen.⁴⁰ Niet onbelangrijk is verder het gebruik dat degene die de vordering heeft verworven, mededeling doet van de cessie. De schuldenaar dient in een dergelijk geval alert te zijn. Iedereen kan zich immers voordoen als nieuwe schuldeiser. Ter vermijding van het risico om dubbel te betalen zal de schuldenaar onderzoek moeten verrichten.⁴¹ Zulk onderzoek is belastend voor de schuldenaar, terwijl hij bij het onderzoeken niets te winnen heeft: betalen van zijn schuld moet hij nog altijd. Bij het onderzoek heeft hij wel te verliezen. Mocht de schuldenaar het onderzoek te langzaam uitvoeren, dan is hij mogelijk wettelijke rente verschuldigd. Als de schuldenaar het onderzoek onjuist uitvoert loopt hij het risico van tweemaal moeten betalen. Tot slot is een reden om een overdracht van een vordering onwenselijk te achten, gelegen in de relatie die bestaat tussen de oorspronkelijke schuldeiser en schuldenaar. Na de cessie komt er een andere schuldeiser. Deze heeft weliswaar grotendeels dezelfde rechten en plichten als de oorspronkelijke schuldeiser, maar deze nieuwe schuldeiser heeft geen handelsrelatie met de schuldenaar en zal daardoor mogelijk geneigd zijn om minder soepel te zijn dan de oorspronkelijke schuldeiser.

11. Nadelen goederenrechtelijk cessieverbod

Voor de schuldeiser zijn er geen voordelen om een cessieverbod overeen te komen.⁴² Nadelen zijn er wel. Een logisch nadeel is dat hij wordt be-

32 Zie onder andere R.D. Vriesendorp, 'Verpanding van contractueel onoverdraagbare geldvorderingen', *WPNR* 6211 (1996), p. 105-106; H.L.E. Verhagen & M.H.E. Rongen, *Cessie*, preadvies Vereniging voor Burgerlijk recht, Deventer: Kluwer 2000, p. 105-109; H.J. Sniijders in zijn noot, randnummer 3, onder HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0168, *NJ* 2004/281 (*Oryx/Van Eesteren*); R.M. Wibier, 'Cessie- en verpandingsverboden: nieuw arrest, nieuwe problemen', *TBR* 2014/119, p. 644, 645.

33 M.H.E. Rongen, *Cessie*, diss. Nijmegen 2012, p. 682-683; F.M.J. Verstijlen, *Algemene bepalingen pand en hypotheek*, Mon. BW. B11, Deventer: Kluwer 2013/9.3. Zie beide auteurs alsmede A-G Hartkamp in randnummer 10 in zijn conclusie voor HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0168, *NJ* 2004/281 m.nt. Sniijders (*Oryx/Van Eesteren*) voor korte besprekingen met verdere literatuurverwijzing. Zie ook R.M. Wibier, 'Cessie- en verpandingsverboden: nieuw arrest, nieuwe problemen', *TBR* 2014/119, p. 644, 645.

34 Bij twijfel is het gezien HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, *NJ* 2015/167 m.nt. Sniijders (*Coface Finanz/Intergamma*) verdedigbaar om uit te gaan van geen goederenrechtelijk verpandingsverbod, zelfs niet als partijen een goederenrechtelijk cessieverbod zijn overeengekomen.

35 Zie Groene Serie Vermogensrecht art. 3:83 BW aant. 31.3 (Bergervoet).

36 R.M. Wibier, 'Cessie- en verpandingsverboden: nieuw arrest, nieuwe problemen', *TBR* 2014/119, p. 643.

37 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV, Deventer: Kluwer 2013/326.

38 F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding*, diss. Groningen 2003, p. 35.

39 Groene Serie Vermogensrecht art. 3:83 BW aant. 31.3 (Bergervoet), zie ook R.M. Wibier, 'De wet opheffing verpandingsverboden', *NTHR* 2018-5, p. 242-243.

40 M.H.E. Rongen, *Cessie*, diss. Nijmegen 2012, p. 683, zie ook F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding*, diss. Groningen 2003, p. 35-36.

41 F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding*, diss. Groningen 2003, p. 35.

42 Hoogstens kan voor de schuldeiser als voordeel gezien worden dat het overeenkomen van het verbod onderdeel is van het geven en nemen bij het contracteren. Door in te stemmen met het goederenrechtelijk cessie- en verpandingsverbod is de schuldeiser mogelijk geneigd om op voor de schuldenaar gunstigere voorwaarden te contracteren, of überhaupt te contracteren. Dit voordeel lijkt meer theoretisch dan realistisch. Veelal zal niet onderhandeld worden over dit beding. In het algemeen zal de schuldeiser geen keuze hebben. Het goederenrechtelijk cessie- en verpandingsverbod is onderdeel van de algemene voorwaarden, of als standaardbepaling opgenomen. Zeker als de (toekomstige) schuldeiser de economisch zwakkere positie heeft, is er niet echt een keuze. Hij zal de opdracht uitvoeren onder de voorwaarden zoals door de opdrachtgever/(toekomstige) schuldenaar gedictreed worden, of hij heeft geen werk.

perkt om desgewenst de vordering te cederen. Dit zorgt er bijvoorbeeld voor dat de schuldeiser geen gebruik kan maken van factoring in de zin van verkoop van de vordering aan de factoringmaatschappij. Hierdoor kan het gebeuren dat de schuldeiser in zijn eigen bedrijfsvoering onvoldoende financiële middelen heeft om adequaat te kunnen ondernemen.

Een ander nadeel voor de schuldeiser van het overeenkomen van een cessieverbod is gelegen in de gebruikelijke kredietverstrekking door de banken.

Een cessieverbod met goederenrechtelijke werking maakt het niet alleen onmogelijk om de vordering te cederen, maar het verbod maakt het ook onmogelijk om de vordering te verpanden.⁴³ Dit betekent dat de kredietverstrekker, indien hij op de hoogte is van het cessieverbod, deze vordering niet als zekerheid zal accepteren.

Een bank zal bij het verstrekken van krediet naast aflossing en rente ook zekerheden bedingen.⁴⁴ Het is gebruikelijk dat bij een zakelijk krediet een pandrecht bedongen wordt op alle⁴⁵ vorderingen die de kredietnemer heeft of zal hebben.⁴⁶ De kredietnemer is in dat geval verplicht om ten aanzien van alle vorderingen, zowel huidige als toekomstige vorderingen, een stil pandrecht te geven aan de

bank.⁴⁷ De kredietnemer is hiertoe echter niet in staat indien er een cessieverbod of verpandingsverbod met goederenrechtelijke werking is overeengekomen met een van zijn schuldenaren. Het pandrecht komt in dat geval niet tot stand.

Voor het geval de bank geen onderzoek verricht naar het al dan niet aanwezig zijn van een cessie- of verpandingsverbod zal de bank de vordering wel als onderpand accepteren. Banken zijn zich echter bewust van het gegeven dat een of meerdere vorderingen van hun cliënt niet verpand kunnen worden vanwege een goederenrechtelijk cessie- of verpandingsverbod. Logischerwijze zal de bank met dit gegeven rekening houden bij het vaststellen van de hoogte van het te verstrekken krediet.⁴⁸ Degene die geld wil lenen van de bank zal hierdoor minder kunnen lenen. Zijn kredietruimte wordt beperkt door de mogelijkheid dat hij vorderingen heeft die niet als onderpand kunnen dienen vanwege het goederenrechtelijke cessieverbod of verpandingsverbod. De kredietnemer wordt hierdoor mogelijk in zijn bedrijfsvoering belemmerd. Evenmin is uitgesloten dat de bank, vanwege het potentieel slechtere onderpand, een hogere rente vraagt. Hierdoor is de kredietnemer duurder uit.

De waarschijnlijk meest voorkomende situatie is dat bij het aangaan van de lening, de kredietnemer zich verplicht heeft om ten gunste van de bank een pandrecht te vestigen voor alle vorderingen die hij heeft of ooit zal hebben. Op het moment dat de kredietnemer met een van zijn opdrachtgevers (degene die de factuur te zijner tijd zal moeten gaan betalen) een goederenrechtelijk cessieverbod overeenkomt, kan hij deze vordering niet verpanden aan de bank. De kredietnemer pleegt wanprestatie jegens de bank.⁴⁹ Hij is immers verplicht om alle vorderingen te verpanden, maar dat doet de kredietnemer niet.

Hoewel de kredietnemer wanprestatie pleegt jegens de bank, dient dit nadeel gerelativeerd te worden. Normaliter zal de bank zich er niet bewust van zijn dat de kredietnemer wanprestatie pleegt, althans zal de bank hier niet op acteren. Hoewel

⁴³ Zie hiervoor in paragraaf 9: 'Contractueel verpandingsverbod'.

⁴⁴ Zonder het daadwerkelijk aanvragen van een krediet bij een bank is het lastig om inzage te krijgen in de voorwaarden. Deze variëren waarschijnlijk ook per type klant. De ING, Rabobank en ABN AMRO vermelden op hun website en de via de website openbaar toegankelijke informatie, dat bij zakelijke kredieten zekerheden gevraagd kunnen worden. Zo staat op de webpagina <<https://www.abnamro.nl/nl/zakelijk/producten/lenen/zakelijke-lening/mkb/kredietproces/zekerheid.html>> vermeldt: 'Als u een financiering aanvraagt, dan vragen wij u soms om zekerheden in te brengen'. Deze tekst suggereert dat er ook zakelijke kredieten verleend worden zonder dat er door de bank zekerheden gevraagd worden. SNS is hierop een uitzondering. Deze bank heeft in haar Productwijzer SNS Zakelijk Krediet op pagina 2 zonder voorbehoud vermeld dat aan de bank een eerste pandrecht op de voorraden en de vorderingen (nu en in de toekomst) gegeven wordt.

⁴⁵ Gelet op het gebruik van verzamel pandaktes door de banken, is het gerechtvaardigd om te concluderen dat het gebruikelijk is, mogelijk zelfs zonder uitzondering, dat een (zakelijk) kredietnemer alles verpand aan de bank wat kan worden verpand. Zie F.M.J. Verstijlen, 'Niet-overdrachts- en niet-verpandingsbedingen in de financieringspraktijk', *WPNR* 7134 (2017), p. 82; F. van Buchem & B. de Man, 'De verpanding van absoluut toekomstige goederen', *Onderneming en Financiering* 2012 (20) 2, p. 5-15. Zie ter illustratie de kredietbepalingen van de Postbank (thans ING) in HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6947, NJ 2012/261 m.nt. Verstijlen (*Dix/ING*).

⁴⁶ Aldus is niet uitgesloten, zelfs zeer realistisch, dat de bank een overmaat aan zekerheid ontvangt. Zelfs voor een kleine lening, wordt een zeer omvangrijk pandrecht verkregen. Zie over deze overmaat aan zekerheid, R.C.P. van Uden, 'Oversecuring en vrijgave', *Tvl* 2019/9, p. 70-80.

⁴⁷ H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017/546, p. 483-486; F.M.J. Verstijlen, *Algemene bepalingen pand en hypotheek*, Mon. BW. B11, Deventer: Wolters Kluwer 2013/5, p. 6.

⁴⁸ Nieuwesteeg merkt op dat banken in hun ruim opgezette verpandingsclausules niet alleen alle bestaande en toekomstige vorderingen van hun cliënt op derden aan zichzelf verpanden, maar ook de vordering waarvan de bank zelf ingevolgd is voor hun cliënt ontvangen girale betalingen debiteur zal zijn, is inbegrepen. W.H.B.K. Nieuwesteeg, 'HR: Rabobank/Curatoren Eurocommerce en de Nederlandse 'chargeback'', *WPNR* 7231 (2019), p. 232.

⁴⁹ Zie Wet opheffing verpandingsverboden, Memorie van Toelichting, p. 3.

⁴⁹ De kredietnemer is veelal onbekend met deze wanprestatie. De bank zal daarentegen in het algemeen zich welbewust zijn van deze mogelijkheid. Deze wanprestatie wordt daarbij veelal uitgelokt door de bank, zo niet medegepleegd. Deze praktijk staat op gespannen voet met de bancaire zorgplicht. Zie F.M.J. Verstijlen, 'Niet-overdrachts- en niet-verpandingsbedingen in de financieringspraktijk', *WPNR* 7134 (2017), p. 82.

waarschijnlijk bevoegd, zal de bank niet het krediet beëindigen. Eerst indien de bank tot uitwinning van vorderingen overgaat, blijkt dat enkele vorderingen niet aan de bank zijn verpand. Logischerwijze zal dit pas het geval zijn indien de kredietnemer achterblijft met betaling, bijzonder beheer betrokken raakt en faillissement dreigt of reeds verleend is. In het geval van een faillissement van de kredietnemer zullen de consequenties van de wanprestatie en het niet verpand zijn van enkele vorderingen neerdalen bij de bank. De kredietnemer is immers failliet.

Zolang banken niet proactief controleren, zullen er voor de kredietnemer als bedrijf derhalve in het algemeen geen gevolgen zijn voor het niet vestigen van een pandrecht op een vordering. Hoogstens kan de kredietnemer minder lenen en tegen een hogere rente omdat de bank veronderstelt dat een deel van de debiteurenportefeuille niet verpandbaar is. De eigen wanprestatie schaadt de kredietnemer niet. Dit kan anders zijn voor andere betrokkenen.

12. Bestuurdersaansprakelijkheid

In het geval de kredietnemer een vennootschap is, komt de logische gedachte op om de bestuurder van de vennootschap aansprakelijk te achten voor het in strijd met de kredietvoorwaarden niet vestigen van het pandrecht door het overeenkomen van een goederenrechtelijk cessieverbod of verpandingsverbod. Het handelen van de bestuurder als vertegenwoordiger van de vennootschap kan onrechtmatig zijn tegenover de wederpartij van de rechtspersoon, omdat de bestuurder wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de rechtspersoon waar hij bestuurder van is, niet aan zijn verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden.⁵⁰ Een bestuurdersaansprakelijkheid op deze gronden zal echter niet snel aanwezig zijn. De Hoge Raad⁵¹ heeft op 5 september 2014 in een te vergelijken casus een arrest gewezen. In dat geschil had de vennootschap de verplichting op zich genomen om een eerste pandrecht te vestigen op door de kredietverstrekker gefinancierde auto's. De vennootschap vestigde echter een tweede pandrecht. Dit is lager in rang dan een eerste pandrecht en biedt daarom minder zekerheid. Onder verwijzing naar het arrest Bekamel⁵² overwoog de Hoge Raad⁵³ dat de enkele omstandigheid dat de schuldeiser, anders dan was overeengekomen, geen eerste maar een tweede pandrecht heeft verkregen, nog niet meebrengt dat de schuldeiser dientengevolge

schade lijdt. Voor persoonlijke bestuurdersaansprakelijkheid is het nodig dat bij het aangaan van de verbintenis de bestuurder wist of behoorde te begrijpen dat de schuldeiser van de vennootschap als gevolg van zijn handelen schade zou leiden. Dat was niet zo, want bij het aangaan van de kredietovereenkomst met de bank is de veronderstelling dat de bank nimmer het pandrecht behoeft in te roepen. Dit zal de normale situatie zijn. Normaliter is de bedoeling als geld geleend wordt dit geld ook weer terug te betalen. Ergo, de bestuurder zal niet snel persoonlijk aansprakelijk zijn. De drempel voor persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder van vennootschap is hoog.⁵⁴

Deze beslissing van de Hoge Raad is uiteraard degen vrijbrief voor bestuurders om kredieten aan te gaan met de verplichting om een pandrecht te vestigen en vervolgens lustig overeenkomsten te sluiten waarbij een goederenrechtelijk cessieverbod of verpandingsverbod overeengekomen wordt. Op enig moment zal de grens van persoonlijke aansprakelijkheid gepasseerd worden.

13. Aansprakelijkheid DGA

Een andere betrokkene waaraan gedacht kan worden die mogelijk wel nadeel ondervindt van het cessie- of verpandingsverbod is bij kleinere ondernemingen de directeur-groootaandeelhouder (DGA). Het komt voor dat de bank bij het verstrekken van een krediet niet enkel zekerheden van de vennootschap vraagt, maar ook persoonlijke zekerheden van de DGA zoals een hypotheek op de privéwoning, hoofdelijke aansprakelijkheid of een borgstelling. In het bijzonder bij de kredietverlening aan het midden- en kleinbedrijf speelt de borgtocht een belangrijke rol als zekerheidsrecht.⁵⁵ De bank verlangt een persoonlijke zekerheid.⁵⁶

Zolang de vennootschap goed draait en de verplichtingen aan de bank correct nakomt, is er geen probleem. Zodra de vennootschap echter nalatig blijft met betalen, zal de vennootschap aangesproken worden door de bank. Er moet betaald c.q. afgelost worden. In de situatie dat de vennootschap niet in staat is om aan al haar verplichtingen te voldoen, dan zal de vennootschap failliet gaan. Veelal zal bij een faillissement de schuld aan de bank niet volledig zijn afgelost door de vennootschap. Na faillissement zal de bank haar zekerheden gaan uit-

⁵⁰ Asser/Maeijer & Kroeze 2-1*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/102.

⁵¹ HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015/22 m.nt. Van Schilfgaarde (RCI Financial Services/-).

⁵² HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, NJ 1990/286 m.nt. Maeijer (Bekamel).

⁵³ HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, NJ 2015/22 m.nt. Van Schilfgaarde (RCI Financial Services/-).

⁵⁴ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV, Deventer: Wolters Kluwer 2015/335.

⁵⁵ R.P.J.L. Tjittes, 'Ongeschreven zorgplichten van de schuldeiser jegens de aspirant-borg bij het aangaan van de overeenkomst van borgtocht', WPNR 6442 (2001), p. 348.

⁵⁶ T.F.E. Tjong Tjin Tai in zijn noot (randnummer 1) onder HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8651, NJ 2013/390 m.nt. Tjong Tjin Tai (Pessers/Rabobank).

winnen. Belangrijke bronnen⁵⁷ hierbij zijn de aan haar verpande vorderingen en de persoonlijke zekerheden die verstrekt zijn door de DGA.

De bank behoeft haar vordering slechts één keer betaald te krijgen. Al het geld dat de bank kan innen op aan haar (stil) verpande vorderingen doet de schuld aan de bank verminderen. Hoe meer er geïnd kan worden op deze verpande vorderingen, des te minder zij de persoonlijke zekerheden van de DGA zal hoeven aan te spreken. In de situatie dat vorderingen niet verpand zijn vanwege een goederenrechtelijk cessie- of verpandingsverbod kan de bank minder incasseren op deze vorderingen. De bank zal derhalve de DGA meer aanspreken tot het aflossen van de schuld. Dit is in het algemeen voor de DGA in persoon een vervelende situatie.⁵⁸

14. In de bouwpraktijk

In de UAV 2012⁵⁹ en in de UAV-gc 2005⁶⁰ is expliciet opgenomen dat de aannemer het recht heeft om tot cessie of verpanding over te gaan. Er is zelfs expliciet opgenomen dat de aannemer c.q. de opdrachtnemer het recht heeft om ook gedeeltelijk te cederen of te verpanden. Een dergelijke duidelijke vermelding voorkomt misverstanden. De AVA 2013 (herzien 2014) hebben geen bepaling die ziet op verpanding of cessie, zodat het wettelijk systeem van toepassing is. Bij toepasselijkheid van de AVA 2013 (herzien 2014) kan derhalve de vordering van de aannemer op zijn opdrachtgever verpand en/of gecedeerd worden, eveneens geheel of gedeeltelijk. Aldus lijkt het in de bouw normaal dat de aannemer c.q. opdrachtnemer de mogelijkheid heeft om de vordering op zijn opdrachtgever te cederen of te verpanden.

In delen van de bouw wordt echter door opdrachtgevers op grote schaal, zo niet categorisch, de mogelijkheid tot overdracht of verpanding van vorderingsrechten contractueel uitgesloten.⁶¹ Juist in de kapitaalintensieve bouw met z'n scala aan onderaannemers, toeleveranciers en kapitaalintensiviteit speelt het goederenrechtelijke cessieverbod.

⁵⁷ Uiteraard zijn er mogelijk ook nog andere bronnen voor de bank. Zonder uitputtend te zijn kan gedacht worden aan een eventueel recht van hypotheek op het bedrijfspand, alsmede pandrechten op voorraden en materieel. Ieder zekerheidsrecht heeft daarbij specifieke voor- en nadelen.

⁵⁸ Een uitzondering hierop is als de vennootschap dermate veel schuld aan de bank heeft, dat de DGA altijd volledig aangesproken zou worden op de door hem afgegeven zekerheden, ook als alle vorderingen verpand zouden zijn aan de bank. Het maakt in die situatie niet uit voor de DGA of er vorderingen zijn die wel of niet verpand zijn vanwege het goederenrechtelijke cessie- of verpandingsverbod. De DGA zal altijd maximaal moeten betalen.

⁵⁹ Par. 43 UAV 2012.

⁶⁰ Par. 37 UAV-GC 2005.

⁶¹ Wet opheffing verpandingsverboden, Memorie van Toelichting p. 3.

Recent liep een onderaannemer aan tegen het goederenrechtelijke cessieverbod. Het betreft het geschil van De Rondweg tegen BAM.⁶² Uitzendbureau De Rondweg heeft mensen uitgeleend aan Lapremon. Lapremon is een onderaannemer van BAM voor de bouw van het nieuwe asielzoekerscentrum in Ter Apel. Uitzendbureau De Rondweg en Lapremon hebben op enig moment een discussie over een openstaande vordering van De Rondweg. De Rondweg is van mening dat Lapremon een bedrag van € 75.793,15 schuldig is, maar Lapremon betaalt niet. Zoals wel meer schuldeisers doen, legt De Rondweg conservatoir derdenbeslag. Een logisch doelwit om beslag te leggen is de opdrachtgever van Lapremon. Er wordt derhalve beslag gelegd bij BAM. Het beslag treft doel. BAM was € 82.062,00 verschuldigd aan Lapremon.⁶³

Lapremon had niet enkel een openstaande rekening bij De Rondweg. Lapremon was ook aan Kielstra Kraanverhuur geld schuldig. Op 27 en 28 juni 2016 ondertekenen Lapremon, De Rondweg en Kielstra Kraanverhuur een akte van cessie. Deze akte is bedoeld om de vordering van Lapremon op BAM te cederen aan De Rondweg en Kielstra. Het gaat hier om de vordering die is getroffen door het conservatoir beslag.

De mededeling van de cessie wordt gedaan door De Rondweg aan BAM op 28 juni 2016. BAM laat op 21 juli 2016 weten dat de cessie ongeldig is. In de overeenkomst tussen BAM en Lapremon was namelijk een cessieverbod opgenomen. Lapremon kon de vordering op BAM niet cederen.

De Rondweg legt de dag na dit negatieve bericht direct beslag ten laste van BAM. Het beslag wordt gelegd bij de vermoedelijke opdrachtgevers van BAM: het Centraal Orgaan opvang Asielzoekers en het Ministerie van Veiligheid en Justitie.⁶⁴ Ondanks deze beslaglegging blijft betaling uit. BAM weigert te betalen aan De Rondweg. De Rondweg legt zich niet neer bij de afwijzing tot betaling door BAM en een gerechtelijke procedure volgt.

In eerste aanleg heeft De Rondweg succes. De rechtbank wijst het volledige bedrag van € 82.072,00⁶⁵ toe, vermeerderd met rente en kosten. De rechtbank is van oordeel dat de vordering van Lapremon op BAM is gecedeerd aan De Rondweg en

⁶² Hof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3980.

⁶³ Nadat het derdenbeslag is gelegd, heeft BAM op 22 juni 2016 aan De Rondweg medegedeeld dat inzake het conservatoir beslag € 82.062,00 is geblokkeerd voor betaling. Hieruit lijkt de conclusie te volgen dat BAM dit bedrag verschuldigd is.

⁶⁴ Ro. 3.10 van het arrest.

⁶⁵ Aldus wordt € 10,00 meer toegewezen dan BAM heeft geschreven dat geblokkeerd is vanwege de beslaglegging. Uit het onderhavige arrest volgt niet of deze € 10,00 een verschrijving is en bedoeld is dat € 82.062,00 is toegewezen, of dat inderdaad meer is toegewezen.

Kielstra. Die vordering moet BAM betalen. BAM gaat in hoger beroep tegen deze uitspraak, alwaar zij succes heeft.

In eerste aanleg heeft de rechtbank⁶⁶ geoordeeld dat de overeengekomen bepaling enkel verbintenisrechtelijke werking heeft. De betreffende bepaling⁶⁷ in de algemene voorwaarden luidt:

‘Het is Opdrachtnemer verboden zijn uit de Opdracht jegens Opdrachtgever voortvloeiende vorderingen zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Opdrachtgever aan een derde te cederen, te verpanden of onder welke titel dan ook in eigendom over te dragen. Overdraagbaarheid van voornoemde vorderingen is uitgesloten als bedoeld in artikel 3:83 lid 2 BW.’

Bij dit oordeel zal de rechtbank oog gehad hebben voor het criterium van de Hoge Raad in *Coface Finanz/Intergamma*⁶⁸. Zoals hiervoor besproken, houdt dit criterium globaal gezegd in dat bij twijfel er geen goederenrechtelijk cessieverbod is overeengekomen, maar slechts het zwakkere verbintenisrechtelijke cessieverbod. Kennelijk vond de rechtbank nog ruimte aanwezig in de contractuele bepaling. Als die ruimte er is, dient inderdaad overeenkomstig *Coface Finanz/Intergamma* geoordeeld te worden tot enkel een verbintenisrechtelijk cessieverbod.

In het licht van de laatste zin van het beding in de algemene voorwaarden zoals hiervoor geciteerd, lijkt deze beslissing vreemd. In de betreffende bepaling is immers expliciet verwezen naar art. 3:83 lid 2 BW. Art. 3:83 lid 2 BW luidt: “*De overdraagbaarheid van vorderingsrechten kan ook door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar worden uitgesloten.*” De contractuele bepaling verwijst naar deze wetsbepaling. Dit lijkt duidelijk en in hoger beroep komt het hof tot het oordeel van goederenrechtelijke werking van deze contractuele bepaling.

Uiteindelijk, aldus de uitkomst van het hoger beroep, ontvangt De Rondweg geen betaling van BAM. De vordering die Lapremon heeft op BAM is vanwege het goederenrechtelijke cessieverbod tussen BAM en Lapremon niet gecedeerd aan De Rondweg. Inmiddels was Lapremon failliet gegaan, zodat de curator van Lapremon de vordering op BAM zal kunnen incasseren. De Rondweg zal haar vordering ter verificatie moeten indienen, waarbij de kans op enige betaling laag is. Voor De Rondweg een vervelende uitkomst die zij vooraf waarschijnlijk niet voorzien had.⁶⁹

15. Derdenbescherming

Het is in de hiervoor besproken casus niet uitgesloten dat De Rondweg te goeder trouw was bij het verwerven van de vordering op BAM die Lapremon had. Desondanks kan De Rondweg de vordering toch niet incasseren. In veel gevallen wordt in het recht de partij die te goeder trouw is beschermd. Denk bijvoorbeeld aan een particulier die een naar achteraf blijkt gestolen zaak koopt in een winkel. Deze koper vindt op grond van art. 3:86 BW bescherming en hij wordt toch eigenaar van de gekochte zaak. Ook bij registergoederen, een recht op naam zoals een vordering of een ander goed kan de verkrijger bescherming ontvangen. Deze bescherming ontvangt de verkrijger mits hij te goeder trouw is, de vervreemder beschikkingsonbevoegd is en die beschikkingsonbevoegdheid het gevolg is van een vroegere overdracht. Kenmerkend van deze bescherming is steeds dat bescherming verleend wordt tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder.

Het goederenrechtelijk cessieverbod maakt de vervreemder van de vordering echter niet beschikkingsonbevoegd. Door het goederenrechtelijk cessieverbod ontbeert de vordering zelf de mogelijkheid om overgedragen te worden. Dit maakt de vervreemder niet beschikkingsonbevoegd. Het maakt dat het onmogelijk is om de vordering over te dragen.

Tegen de aanwezigheid van een goederenrechtelijk cessieverbod of een goederenrechtelijk verpandingsverbod is geen andere bescherming mogelijk dan die van art. 3:36 BW.⁷⁰ Dit artikel geeft aan een derde bescherming, als deze derde is afgegaan op een verklaring of gedraging en in redelijk vertrouwen op de juistheid van die veronderstelling heeft gehandeld. De bescherming wordt geboden tegen degene om wiens verklaring of gedraging het gaat, en het moet betrekking hebben op die handeling. Bij een goederenrechtelijk cessieverbod is het gevolg hiervan voor de derde om bescherming te verkrijgen, dat hij afgegaan moet zijn op verklaringen van zowel de schuldenaar als de schuldeiser. Aangezien in de praktijk de vordering overgedragen wordt door de schuldeiser, kan de schuldeiser zich ten opzichte van deze derde niet meer beroepen op het cessieverbod. Anders is dat voor de schuldenaar. Als er door de schuldenaar geen verklaring of gedraging is verricht waarop de derde is afgegaan en mocht afaan, verkrijgt de derde geen bescherming. Het komt er eigenlijk op neer dat de schuldenaar zal moeten meedelen dat hij geen be-

⁶⁶ Ro. 5.7 van het arrest.

⁶⁷ Ro. 3.3 van het arrest.

⁶⁸ HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, NJ 2015/167 m.nt. Snijders (*Coface Finanz/Intergamma*).

⁶⁹ Cassatie is niet ingesteld.

⁷⁰ R.D. Vriesendorp, ‘annotatie Oryx/Van Eesteren’, AA 2003 (3), p. 193, 195; F.M.J. Verstijlen, *Algemene bepalingen pand en hypotheek*, Mon. BW. B11, Deventer: Kluwer 2013/9.3; M.T.P. van Dijken, ‘Derdenbescherming bij niet-overdraagbaarheidsbedingen’, *WPNR* 7174 (2017), p. 997; B. Wessels, *Koop: algemeen*, Mon. BW B65a, Deventer: Wolters Kluwer 2015/59.

zwaar heeft tegen de cessie of zich niet zal beroepen op een cessieverbod, alvorens de verkrijger van de vordering bescherming ondervindt.⁷¹ In voorgaande casus betekent dat De Rondweg een mededeling van BAM had moeten krijgen alvorens bescherming tegen BAM te verkrijgen. Aangezien BAM geen mededeling had gedaan⁷², maar De Rondweg enkel op Lapremon heeft vertrouwd voor de cessie verkrijgt De Rondweg geen bescherming.

16. Wanprestatie bij verbintenisrechtelijk cessie- en verpandingsverbod

In dit artikel is hiervoor met name ingegaan op het goederenrechtelijk cessie- en verpandingsverbod. In het geval van een overeengekomen goederenrechtelijk verbod zal de aannemer als schuldeiser veelal wanprestatie plegen jegens zijn eigen kredietverstrekker omdat hij zich verplicht heeft om de vorderingen op zijn opdrachtgevers te verpanden, maar daartoe niet in staat is vanwege dit goederenrechtelijke cessie- of verpandingsverbod.

In het geval het cessieverbod minder goed is geredigeerd, heeft het enkel verbintenisrechtelijke werking. De aannemer kan in een dergelijk geval de vordering aan de bank verpanden. Gelet op de gebruikelijke financieringspraktijk zal de aannemer al zijn huidige en toekomstige vorderingen verpanden.⁷³ Het is hiermee bijna per definitie dat de aannemer jegens zijn schuldenaar, zijn opdrachtgever, wanprestatie pleegt.

Door deze wanprestatie, toerekenbare tekortkoming, is de aannemer schadeplichtig. Hierbij verdient het om opgemerkt te worden dat de omzetting van een stil pandrecht in een openbaar pandrecht normaliter niet gebeurt. Veelal zal de opdrachtgever dus niet op de hoogte gebracht worden dat - in strijd met de overeenkomst - de vordering is verpand. In de situatie dat de opdrachtgever geconfronteerd wordt met het verpand zijn van de vordering die hij nog moet betalen, is de aannemer schadeplichtig. Het is echter aan de opdrachtgever om te stellen en zo nodig te bewijzen wat zijn schade is. Dat zal in het algemeen een lastige positie zijn. Opdrachtgever is immers ook gehouden om aan schadebeperking te doen. Het lijkt logisch dat van de opdrachtgever gevergd kan worden als hij met een verpanding geconfronteerd wordt van

een vordering die niet verpand of gecedeerd kon worden, hij alert is en niet zomaar betaalt. Op het moment dat opdrachtgever dit goed doet heeft hij slechts beperkte extra kosten. Dit zal veelal beperkt zijn tot enige extra administratiekosten van geringe omvang. Gezien de relatief beperkte kosten zal het zelden tot een geschil over deze kosten komen.⁷⁴

De situatie is enigszins anders in het geval de aannemer zijn vordering cedeert in strijd met een verbintenisrechtelijk cessieverbod. Van deze cessie wordt wel mededeling gedaan aan de schuldenaar, zijnde de opdrachtgever van aannemer.⁷⁵ Geconfronteerd met de wanprestatie door de aannemer blijft opdrachtgever gehouden om te betalen aan de nieuwe rechthebbende. Eventuele schade die de opdrachtgever lijdt, kan hij verhalen op zijn voormalig schuldeiser, de aannemer. Veelal zal hij de schade kunnen verrekken met de door hem te betalen vordering. Alleen geldt ook hier weer dat de stelplicht en bewijslast bij de opdrachtgever gelegen is. Daarbij zal in het algemeen de tekortkoming van de aannemer een ontbinding van de aannemovereenkomst niet rechtvaardigen. Aldus lijkt de ergste sanctie die de opdrachtgever kan opleggen, het voeren van een vervelend gesprek en eventueel een verstoorde verhouding. Dit is een sanctie die ook voor de opdrachtgever niet aantrekkelijk is.

Voor de opdrachtgever zou het daarom te overwegen zijn om in de overeenkomst een gefixeerde schadevergoeding op te nemen in het geval de vordering in strijd met het overeengekomen verbintenisrechtelijke cessie- of verpandingsverbod toch verpand of gecedeerd wordt. De opdrachtgever heeft in dat geval in ieder geval niet de last om de omvang van de geleden schade te onderbouwen.

Geconcludeerd kan worden dat bij een verbintenisrechtelijk cessie- of verpandingsverbod de aannemer weliswaar een wanprestatie pleegt jegens zijn opdrachtgever, maar dat de aannemer hier zelden last van zal hebben. Het is steeds de ander die last heeft van de wanprestatie van de aannemer.

17. Wetsvoorstel opheffing verpandingsverboden

De regering bereidt momenteel een verbod op het cessie- en verpandingsverbod voor. Dit wetsvoorstel heeft van 4 juli 2018 tot en met 22 augustus

⁷¹ Zie HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0168, NJ 2004/281 m.nt. Snijders (*Oryx/Van Eesteren*) alsmede Raad van Arbitrage voor de Bouw 6 maart 2013, No. 34.152.

⁷² Althans van een dergelijke mededeling is niet gebleken.

⁷³ Zoals Verstijlen opmerkt is verpanding van vorderingen door middel van verzamelpandakten die door banken namens (nagenoeg) al hun kredietnemers worden ondertekend op basis van in algemene voorwaarden bedongen volmachten staande praktijk, F.M.J. Verstijlen, *Algemene bepalingen pand en hypotheek*, Mon. BW. B11, Deventer: Kluwer 2013/5, p. 6.

⁷⁴ Het kan zelfs een voordeel zijn voor de opdrachtgever dat hij geconfronteerd wordt met de verpanding. Het omzetten van een stil pandrecht in een openbaar pandrecht door de kredietgever is een duidelijk signaal dat de schuldeiser niet erg solvabel is. Met een dergelijke insolvable partij moet je voorzichtig zijn als je zaken wilt doen.

⁷⁵ Voor overdracht van een vordering op naam is immers mededeling aan de schuldenaar vereist als leveringshandeling, art. 3:94 BW.

2018 ter consultatie⁷⁶ voorgelegd. Met het wetsvoorstel wordt beoogd om het cessieverbod onmogelijk te maken indien de vordering overgedragen of verpand wordt voor financieringsdoeleinden. Indien dit wetsvoorstel ongewijzigd kracht van wet krijgt, werkt een cessieverbod of verpandingsverbod jegens de financiers, de banken, niet meer. Voor het overige blijft de mogelijkheid voor schuldeiser en schuldenaar om een goederenrechtelijk cessieverbod overeen te komen intact. Dit wetsvoorstel lost derhalve het probleem voor de banken op van de praktijk dat steeds vaker een goederenrechtelijk cessieverbod overeengekomen wordt tussen aannemer en opdrachtgever. De banken lopen dan bij het uitwinnen er niet meer tegenaan dat een deel van hun onderpand geen onderpand blijkt te zijn. Voor de kredietnemers, de aannemers, is het voordeel dat de banken hierdoor geen rekening meer hoeven te houden met deze mogelijkheid, waardoor de aannemers een hoger krediet kunnen krijgen. Dit komt de bedrijfsvoering van de aannemers ten goede.

Niet alle problemen waarmee de praktijk worstelt zijn met het wetsvoorstel opgelost. Als deze wet inmiddels van kracht was geweest, had De Rondweg in voormelde casus nog immer de vordering niet gecedeerd gekregen. In het zeer waarschijnlijke scenario dat Lapremon van bancaire financiering gebruik heeft gemaakt voordat zij failliet ging, is het niet meer de curator van Lapremon die de factuur op BAM kan incasseren maar de bank die krediet had verstrekt aan Lapremon. Aldus was het slechts de bank geweest die een voordeel had gehad als het wetsvoorstel van kracht was geweest. Op dit moment is het niet duidelijk hoe het wetsvoorstel verder gaat. Bij de consultatie zijn meerdere reacties⁷⁷ gegeven. Na de consultatieronde is het wetsvoorstel nog niet de volgende fase ingegaan⁷⁸, zijnde het advies van de Raad van State. Vooralsnog is het niet duidelijk of het wetsvoorstel ongewijzigd ingevoerd gaat worden. Evenmin is duidelijk op welk moment. Thans is het derhalve onduidelijk of de mogelijkheid aangepast wordt om een goederenrechtelijk cessie- of verpandingsverbod of een verbintenrechtelijk cessie- of verpandingsverbod overeen te komen.

18. Contractsvrijheid en alternatief wetsvoorstel

De mogelijkheid om een goederenrechtelijk cessie- en verpandingsverbod overeen te komen, is een uitvloeisel van de partijautonomie en de daaruit voortvloeiende contractsvrijheid.⁷⁹ Partijen hebben contractsvrijheid en bepalen zelf het evenwicht in hun contractuele relatie en wat tussen hen rechtvaardig is.⁸⁰ Contractsvrijheid is een groot goed. Het stelt partijen in staat precies die overeenkomsten te sluiten, met precies die vorderingsrechten en verbintenissen die aansluiten bij hun specifieke behoeften.⁸¹ De vrijheid voor partijen om een goederenrechtelijk cessie- en verpandingsverbod overeen te komen is echter wel een eenzijdige vrijheid. Enkel de schuldenaar heeft immers belang bij een goederenrechtelijk verbod.⁸²

De last van de contractsvrijheid van partijen om te kiezen voor een goederenrechtelijk cessie- en verpandingsverbod berust bij de schuldeiser in die zin dat hij mogelijk beperkt wordt in zijn financieringsmogelijkheden en de mogelijkheid om vanwege een andere reden de vordering te kunnen overdragen. Voorts komt de last van het cessie- en verpandingsverbod bij anderen te liggen. De last komt te liggen bij de bank, de DGA alsmede een derde die de vordering gecedeerd dacht te krijgen⁸³. De contractspartijen hebben de vrijheid, maar anderen hebben de last. Ondanks dat deze derden vrijwillig toetreden tot de contractuele relatie van de schuldenaar en de schuldeiser met daarin opgenomen het goederenrechtelijke cessie- en verpandingsverbod, kan afgevraagd worden of de contractsvrijheid van de schuldenaar en schuldeiser hiermee niet te ver gaat en niet te eenzijdig is.

In die zin zou het verdedigbaar zijn om het wetsvoorstel opheffing verpandingsverboden anders in te kleden. Eenvoudigweg het niet meer mogelijk maken voor partijen om een goederenrechtelijk cessie- en verpandingsverbod overeen te komen, zou een prima oplossing zijn. Hiertoe dient art. 3:83 lid 2 BW geschrapt te worden. Het doel van het wetsvoorstel wordt hiermee bereikt. Er zijn dan immers geen vorderingen meer die niet tot onderpand kunnen dienen vanwege een goederenrechtelijk verpandingsverbod. Dit komt de kredietverstrekking door de banken aan de aannemers ten

⁷⁶ Voorontwerp van wet tot wijziging van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het opheffen van bedingen in het handelsverkeer die de overdraagbaarheid of verpanding van geldvorderingen op naam voor financieringsdoeleinden uitsluiten (Wet opheffing verpandingsverboden). Dit voorontwerp werd bij wijze van internetconsultatie openbaar gemaakt en is te raadplegen via <<https://www.internetconsultatie.nl/verpandingsverbod>> (laatstelijk geraadpleegd 31 augustus 2019).

⁷⁷ Er zijn 19 reacties op de consultatie openbaar.

⁷⁸ <<https://wetgevingskalender.overheid.nl/Regeling/WGK009006>> (laatstelijk geraadpleegd 31 augustus 2019).

⁷⁹ Zie hiervoor onder '7. Bewuste keuze wetgever'.

⁸⁰ T. Hartlief, *Iustum pretium*, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 252.

⁸¹ R.M. Wibier, 'Cessie- en verpandingsverboden: nieuw arrest, nieuwe problemen', *TBR* 2014/119, p. 644.

⁸² Zie hiervoor onder '10. Voordelen goederenrechtelijk cessieverbod' alsmede de inleiding bij '11. Nadelen goederenrechtelijk cessieverbod'.

⁸³ Waarschijnlijk zijn er ook nog andere derden dan de hier reeds genoemde drie groepen, die naadeel van het cessie- en verpandingsverbod zullen ondervinden. Zonder compleet te zijn, kan waarschijnlijk gedacht worden aan werknemers, verhuurders of de echtgenoot van de DGA.

goede, waardoor zulks de bedrijfsvoering van de aannemers ten goede komt.⁸⁴

Zoals hiervoor is uiteengezet, heeft de schuldenaar belang bij de huidige mogelijkheid om een goederenrechtelijk cessie- en verpandingsverbod overeen te komen. Met name dat het de nieuwe schuldeiser is die in het algemeen de mededeling van cessie doet⁸⁵, levert de schuldenaar risico en administratieve lasten op. De schuldenaar zal immers onderzoek moeten doen, waarbij degene die pretendeert de vordering te hebben overgenomen niet op zijn woord gelooft kan worden. De schuldenaar zal de akte van cessie moeten onderzoeken en zich mogelijk moeten wenden tot de oorspronkelijk schuldeiser. Bij een fout, loert het risico dat hij dubbel moet betalen. Om aan de belangen van de schuldenaar tegemoet te komen, zou overwogen⁸⁶ kunnen worden dat bij de afschaffing van de mogelijkheid om contractueel een goederenrechtelijk cessie- en verpandingsverbod overeen te komen, enkel nog de schuldeiser aan zijn schuldenaar de mededeling kan doen van de cessie. Voor de schuldenaar vermindert dit de administratieve last. Hij behoeft nagenoeg geen onderzoek meer te doen omdat het niet meer mogelijk is dat een fraudeleuze derde zich meldt met de mededeling van de overdracht van een vordering. Hiermee wordt voor de schuldenaar de kans op een foutieve betaling verminderd.

19. Afronding

Opdrachtgever en aannemer kunnen samen afspreken dat de vordering die de aannemer verkrijgt op de opdrachtgever, de aanneemsom, niet voor overdracht vatbaar is. Een dergelijke afspraak kan in de toepasselijke algemene voorwaarden opgenomen zijn. Voor een derde is een dergelijk cessieverbod niet altijd eenvoudig kenbaar, terwijl het cessieverbod goederenrechtelijke werking kan hebben en een derde zelden derdenbescherming ten deel valt bij een cessie in weerwil van een goederenrechtelijk cessieverbod.

Bij een cessie- of verpandingsverbod zal de aannemer veelal wanprestatie plegen. In het geval van een goederenrechtelijk cessieverbod kan de aannemer zijn verplichting jegens zijn bank, de kredietverstrekker, niet nakomen. Bij een verbintenissenrechtelijk cessieverbod zal aan de bank op grond van de kredietvoorwaarden een stil pandrecht verleend worden, waarmee de aannemer wanprestatie pleegt jegens zijn opdrachtgever. De gevolgen van de wanprestatie zijdens aannemer lijken tot op heden echter beperkt voor de aannemer. De last van de wanprestatie daalt neer op anderen. Het is namelijk de bank of het zijn derden die een vordering niet gecedeerd of verpand krijgen alsmede de opdrachtgever of DGA die de negatieve gevolgen kunnen ervaren van de wanprestatie van de aannemer. ●

⁸⁴ Dit alternatieve voorstel voor de wetwijziging zorgt er ook voor dat er geen afbakeningproblemen meer zijn. Het wetsvoorstel Wet opheffing verpandingsverboden maakt namelijk enkel de cessie- en verpanding onmogelijk indien de vordering voortkomt uit de uitoefening van beroep of bedrijf en wordt overgedragen voor financieringsdoeleinden. De vraag of er wel of niet is overgedragen of verpand is vanwege financieringsdoeleinden zal niet altijd eenvoudig te beantwoorden zijn.

⁸⁵ F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding*, diss. Groningen 2003, p. 35. Zoals Beekhoven van den Boezem ook vermeldt, is dit logisch, aangezien de nieuwe schuldeiser degene is die belang bij de mededeling heeft. Eerst na mededeling is de cessie voltooid en dient de schuldenaar voortaan aan de nieuwe schuldeiser te betalen.

⁸⁶ Eventueel zou voorts nog gedacht kunnen worden aan het onmogelijk maken van het in delen cederen of verpanden van de vordering. Dit voorkomt splitsing van de vordering, waardoor een eenduidig betaaladres in stand blijft. Met deze voorgestelde wijziging wordt tevens gewijzigd dat de schuldeiser volledige betaling van een geldvordering kan weigeren door een deel van de vordering te cederen, terwijl andersom de schuldenaar zonder toestemming van de schuldeiser niet bevoegd is het verschuldigde in gedeelten te voldoen (art. 6:29 BW). Mede gelet op de gelijkheid van civiele partijen lijkt voor de huidige asymmetrie weinig rechtvaardiging te bestaan.