

[FIP 2016/119 Art. - Coface/Intergamma in de praktijk: schipperen tussen rechtszekerheid en financierbaarheid](#)



Publicatie	FIP: Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk
Jaargang	8
Publicatiedatum	20-05-2016
Afleveringnummer	3
Artikelnummer	119
Titel	Art. - Coface/Intergamma in de praktijk: schipperen tussen rechtszekerheid en financierbaarheid
Auteurs	mr. W.J.G. Smits mr. T. Hekman
Samenvatting	In deze bijdrage wordt aandacht besteed aan cessie- en verpandingsverboden. Naast het juridisch kader wordt de gepubliceerde feitenrechtspraak gewezen na het standaardarrest Coface/Intergamma, waarin de Hoge Raad de zogenaamde uitlegregel heeft geïntroduceerd, alsmede de nadien verschenen literatuur geanalyseerd. Daarnaast wordt er aandacht besteed aan de opvattingen van verschillende partijen die in de praktijk veelvuldig te maken hebben met dergelijke bedingen en is nagegaan hoe de uitlegregel in de praktijk uitwerkt.
Trefwoorden	betaaltermijn Coface feitenrechtspraak ING Intergamma MKB niet-overdraagbaarheid Nooij rechtszekerheid

FIP 2016(3) 119 Art. - Coface/Intergamma in de praktijk: schipperen tussen rechtszekerheid en financierbaarheid

Coface/Intergamma in de praktijk: schipperen tussen rechtszekerheid en financierbaarheid

In deze bijdrage wordt aandacht besteed aan cessie- en verpandingsverboden. Naast het juridisch kader wordt de gepubliceerde feitenrechtspraak gewezen na het standaardarrest Coface/Intergamma, waarin de Hoge Raad de zogenaamde uitlegregel heeft geïntroduceerd, alsmede de nadien verschenen literatuur geanalyseerd. Daarnaast wordt er aandacht besteed aan de opvattingen van verschillende partijen die in de praktijk veelvuldig te maken hebben met dergelijke bedingen en is nagegaan hoe de uitlegregel in de praktijk uitwerkt.

Inleiding¹

In de media en politiek is de laatste tijd veel aandacht voor de financierbaarheid van het Nederlandse mkb dat in grote mate afhankelijk is van het grootbedrijf.² Het gaat

daarbij veelal over de lange betaaltermijnen die grootbedrijven hanteren. In dezelfde categorie kan gezien worden het cessie- en verpandingsverbod, vaak gevat in een speciaal beding in de algemene (inkoop)voorwaarden. Het gebruik van deze bedingen maakt de financierbaarheid van mkb-ondernemers meer ingewikkeld. Hoewel deze problematiek nog niet dezelfde aandacht heeft gekregen als die van de betaaltermijnen, is de invloed hiervan potentieel niet minder groot.

In dit artikel besteden wij nadere aandacht aan dergelijke cessie- en verpandingsverboden. Naast het juridisch kader analyseren wij de gepubliceerde feitenrechtspraak gewezen na het standaardarrest Coface/Intergamma³, waarin de Hoge Raad de zogenaamde uitlegregel heeft geïntroduceerd, alsmede de nadien verschenen literatuur. Verder zijn gesprekken gevoerd met verschillende partijen die in de praktijk veelvuldig te maken hebben met dergelijke bedingen en is nagegaan hoe de uitlegregel in de praktijk uitwerkt.

Waarom wordt een beding tot niet-overdraagbaarheid overeengekomen?

Schuldenaren zien zichzelf over het algemeen niet graag geconfronteerd met schuldeisers die zij niet zelf hebben uitgekozen. Met een beding tot niet-overdraagbaarheid kunnen schuldenaren voorkomen dat dit gebeurt.

De behoefte om niet geconfronteerd te worden met een nieuwe schuldeiser berust op verschillende motieven. Een schuldenaar die vaker zaken doet met een bepaalde schuldeiser, bijvoorbeeld in het kader van periodieke leveringen, zal betere afspraken kunnen maken met die schuldeiser over de wijze waarop hij zijn schuld zal voldoen. Als de schuldenaar geconfronteerd wordt met een nieuwe schuldeiser, waarmee hij die bestendige relatie niet heeft, is er mogelijk minder ruimte voor deze afspraken. Bovendien dient een schuldenaar de overdracht van een vordering op hem administratief te verwerken. Hij kan na mededeling van de overdracht immers nog slechts bevrijdend betalen aan de nieuwe schuldeiser. Tot slot zijn de mogelijkheden tot verrekening na cessie of verpanding in theorie minder ruim.⁴ Op grond van het wettelijk systeem is het voor een schuldenaar mogelijk om zijn schuld aan de schuldeiser te verrekenen met een vordering die hij op diezelfde schuldeiser heeft. Als hij *out of the blue* geconfronteerd wordt met een nieuwe schuldeiser, ontbreekt de vereiste wederkerigheid en is er onder omstandigheden minder ruimte om te verrekenen.⁵

Bezwaren tegen het gebruik van een beding tot niet-overdraagbaarheid

Wanneer vorderingen niet kunnen worden overgedragen kunnen ze ook niet worden verpand en is er geen financiering op basis van factoring mogelijk. Op grond van artt. 3:81 lid 1 jo 3:228 BW kan een pandrecht immers (slechts) worden gevestigd op voor overdracht vatbare goederen. Als gevolg van een beding tot niet-overdraagbaarheid zijn de vorderingen nu juist niet overdraagbaar. Bovendien werkt de niet-overdraagbaarheid op grond van art. 3:98 BW rechtstreeks door in de vestiging van een beperkt recht als een pandrecht: het staat aan een dergelijke vestiging in de weg.⁶ Dergelijke vorderingen lenen zich daarom niet voor onderpand voor krediet. Zeker in bedrijfstakken waar een lange betaaltermijn wordt gehanteerd, en er daarom relatief veel niet-opeisbare vorderingen uitstaan, kan dit leiden tot liquiditeitsproblemen bij die schuldeiser.

Juridisch kader

Vorderingsrechten zijn in beginsel overdraagbaar (art. 3:83 lid 1 BW). De overdraagbaarheid kan echter door een beding tussen schuldenaar en schuldeiser worden uitgesloten (art. 3:83 lid 2 BW).⁷ Een beding dat de overdraagbaarheid van

een vorderingsrecht uitsluit kan zowel bij de totstandkoming van het vorderingsrecht als daarna worden overeengekomen.⁸ Indien een vorderingsrecht voortvloeit uit een overeenkomst kunnen de partijen het vorderingsrecht vorm geven en als wezenskenmerk aan dit vorderingsrecht toevoegen dat het niet overdraagbaar is.⁹ Een beding als hiervoor bedoeld heeft goederenrechtelijke werking. Overdracht in strijd met een beding met goederenrechtelijke werking leidt niet tot wanprestatie van de overdrager, evenmin is er sprake van beschikkingsonbevoegdheid aan diens zijde, maar er komt simpelweg geen geldige overdracht tot stand.¹⁰ Het beding zorgt er met andere woorden voor dat het in absolute zin niet mogelijk is om de vordering over te dragen, wát de schuldeiser ook probeert.

Partijen kunnen ook overeenkomen dat het in *verbintenisrechtelijke* zin niet is toegestaan om een uit de overeenkomst voortvloeiend vorderingsrecht over te dragen. Overdracht in strijd met een dergelijk beding is niet ongeldig maar leidt tot wanprestatie van de overdragende partij. In dat geval is het voor de schuldeiser dus wel mogelijk om de vordering over te dragen, maar pleegt hij wanprestatie jegens de schuldenaar.

Volgens de Hoge Raad dient de vraag of een beding goederenrechtelijke dan wel verbintenisrechtelijke werking heeft, te worden beantwoord door uitleg van dat beding. Als uitgangspunt geldt dat het beding uitsluitend verbintenisrechtelijke werking heeft. Uitzondering op deze regel vindt plaats wanneer uit de – naar objectieve maatstaven uit te leggen – formulering van het beding blijkt dat daarmee goederenrechtelijke werking is beoogd, aldus de Hoge Raad.¹¹ Een beding aangaande de overdraagbaarheid van een vordering heeft dus (pas) goederenrechtelijke werking indien dit uit de objectief uit te leggen formulering van het betreffende beding of uit andere objectieve omstandigheden blijkt.

Hoewel de uitlegregel van de Hoge Raad juridisch dogmatisch goed te volgen is,¹² vragen wij ons af of het de meest logische uitkomst is. Wij achten het waarschijnlijk dat de schuldenaar die een beding gebruikt telkens goederenrechtelijke werking voor ogen heeft gehad. In dat geval immers is het voor de schuldeiser simpelweg niet mogelijk om de vordering over te dragen of te belasten met een pandrecht. Deze algemene bedoeling van partijen zal ook voor andere deelnemers aan het handelsverkeer bekend zijn. Langs die weg beredeneerd, had wat ons betreft meer voor de hand gelegen dat een beding in beginsel goederenrechtelijke werking heeft, tenzij uit de bewoordingen duidelijk verbintenisrechtelijke werking blijkt. Een dergelijke uitlegregel sluit wat ons betreft beter aan bij de economische realiteit. Wat daar ook van zij, de Hoge Raad heeft anders geoordeeld.

Uitlegregel in feitenrechtspraak

Wij hebben onderzoek uitgevoerd naar de gepubliceerde uitspraken gewezen na het arrest Coface/Intergamma waarin de uitlegregel aan bod is gekomen. Het betreft drie arresten van gerechtshoven en acht vonnissen van rechtbanken. In alle onderzochte uitspraken diende de rechter te beoordelen of met een beding goederenrechtelijke dan wel verbintenisrechtelijke werking is beoogd.

Enkele overwegingen die wij bij onze analyse aantreffen:

- Er wordt onderscheid gemaakt tussen bedingen waarbij niet-overdraagbaarheid is geformuleerd als eigenschap van het vorderingsrecht zelf (goederenrechtelijk) enerzijds en bedingen die zich (enkel) richten tot de partijen anderzijds (verbintenisrechtelijk).¹³
- Bedingen waarin is opgenomen dat de vordering(en) niet overdraagbaar *is/zijn* hebben goederenrechtelijke werking.¹⁴

- Bedingen waarin is opgenomen dat er niet overgedragen *kán* worden hebben goederenrechtelijke werking maar als er is overeengekomen dat er niet overgedragen *mag/zal* worden, wordt verbintenisrechtelijke werking aangenomen.¹⁵
- Rechter hechten begrijpelijkerwijs veel waarde aan een expliciete verwijzing naar (de bewoording van) art. 3:83 lid 2 BW, maar ook – a contrario – aan het feit dat die verwijzing in beding A is opgenomen maar in beding B ontbreekt.¹⁶
- De (interne) bedoeling van een gebruiker van een beding speelt geen rol bij de beoordeling van een beding.¹⁷
- De uitlegregel is ook van toepassing als het beding niet in de algemene voorwaarden, maar in de overeenkomst zelf is opgenomen.¹⁸
- Bij twijfel over de bewoordingen geldt de hoofdregel dat slechts verbintenisrechtelijke werking is beoogd.¹⁹

Literatuur

In de literatuur is de uitlegregel uit het arrest Coface/Intergamma veelvuldig onderwerp van discussie geweest. Over het algemeen is de conclusie in de literatuur gelijk aan de hierboven weergegeven highlights uit de jurisprudentie.

In de literatuur wordt (ook) aansluiting gezocht bij de bewoordingen van het beding. Indien de bewoordingen “niet mag” of “niet zal” worden gebruikt is er in beginsel sprake van verbintenisrechtelijke werking.²⁰ De bewoordingen “niet kunnen” of “niet kan” zijn aanwijzingen voor goederenrechtelijke werking.²¹

Verder is voor het aannemen van goederenrechtelijke werking sprake als taalkundig bezien een beding de niet of beperkte overdraagbaarheid tot inhoud van de vordering maakt.²² Een expliciete overweging dat “goederenrechtelijke werking” wordt beoogd, is echter niet vereist.²³

Conclusie uitlegregel twee jaar sinds Coface/Intergamma

De uitlegregel geformuleerd door de Hoge Raad in het arrest Coface/Intergamma heeft zowel in de feitenrechtspraak als in de literatuur op veel aandacht kunnen rekenen. Uit beide bronnen is dezelfde bestendige lijn te destilleren: er dient een onderscheid te worden gemaakt tussen enerzijds bedingen waarbij overdraagbaarheid is geformuleerd als eigenschap van het vorderingsrecht zelf of waarbij is overeengekomen dat er niet overgedragen *kán* worden, hetgeen duidt op goederenrechtelijke werking. Anderzijds zijn er bedingen waarbij de contractuele verplichting wordt opgelegd aan de persoon van de schuldeiser om niet tot overdracht over te gaan of waarbij is overeengekomen dat niet overgedragen *mág* worden.

Observaties uit de praktijk

Omdat wij benieuwd zijn of gebruikers zich ongeveer twee jaar na Coface/Intergamma hebben aangepast aan de uitlegregel van de HR, hebben wij algemene inkoopvoorwaarden van grote partijen actief op de Nederlandse markt geanalyseerd. In dat kader zijn voorts diverse gesprekken gevoerd met verschillende stakeholders: De Nederlandse Vereniging van Banken (‘NVB’), de ondernemersorganisatie VNO NCW MKB-Nederland, enkele grootbedrijven die gebruik maken van bedingen en een mkb-ondernemer die in de praktijk te maken heeft met bedingen.

Analyse inkoopvoorwaarden

Bij de analyse zijn de inkoopvoorwaarden van bedrijven genoteerd aan de AEX (7), de elf grootste ondernemingen actief in de bouwsector, banken (2) en enkele willekeurige andere grote partijen (10) betrokken. In totaal zijn dertig sets algemene voorwaarden geanalyseerd. In slechts zes gevallen (20%) is geen beding opgenomen. Van de algemene voorwaarden waar wel een beding is opgenomen, kwalificeren onzes inziens zestien bedingen als verbintenisrechtelijk en acht bedingen als goederenrechtelijk.

Opvallend is verder dat in de bouwsector het gebruik van bedingen hoger ligt. Slechts één van elf 's lands grootste bouwers maakt geen gebruik van een beding. Bij de overige tien bedrijven kwalificeert het beding in zes gevallen als verbintenisrechtelijk en in vier als goederenrechtelijk. Ook opvallend is dat in drie gevallen een op zichzelf verbintenisrechtelijk beding goederenrechtelijk is gemaakt doordat een directe verwijzing naar art. 3:82 lid 2 BW is opgenomen. Wij leiden daaruit af dat de betreffende partijen met het oorspronkelijke beding – hoewel het in verbintenisrechtelijke termen is geformuleerd – goederenrechtelijke werking beoogden.²⁴ Dit vermoeden wordt door de gevoerde gesprekken bevestigd.

Gesprekken met stakeholders

Uitkomst van de gesprekken is dat de NVB en het mkb zich grote zorgen maken over de impact van de bedingen op de financierbaarheid van het mkb.²⁵ Doordat het gebruik van deze bedingen meer *common practice* wordt, is de verwachting dat het belangrijkste actief van een gemiddelde mkb-ondernemer, de handelsvorderingen, straks niet meer kan dienen als onderpand. Dit is niet alleen een risico achteraf voor een bank, maar, zo vertelde de NVB ons, moeten banken gezien deze ontwikkeling en de verscherpte kapitaaleisen ook aan het begin van de kredietverlening rekening houden met mogelijke bedingen.²⁶ Dit houdt in dat in het beste geval de financiering aanzienlijk duurder wordt en in het slechtste geval onmogelijk.

Daartegenover staat het grootbedrijf dat (terecht) opmerkt dat het niet werkbaar is als zij telkens geconfronteerd worden met nieuwe schuldeisers of pandhouders. Niet alleen bestaat er bij een grootbedrijf het risico van dubbelbetaling, maar meer belangrijk is de administratieve rompslomp die wisseling van crediteuren met zich meebrengt. De risico's van het grootbedrijf worden overigens door alle betrokkenen die wij gesproken hebben onderkend. Uit de gesprekken met de betrokkenen is verder gebleken dat er (vaak) op individuele basis bereidheid bestaat om van het beding af te wijken.

In de ons omringende landen zijn er de afgelopen jaren soortgelijke discussies geweest. In die landen heeft dit er veelal toe geleid dat cessie en verpanding van handelsvorderingen niet bij contract kan worden uitgesloten.²⁷ Wij hebben begrepen dat de NVB, samen met de FAAN en VNO-NCW MKB Nederland, doende is een voorstel voor te bereiden dat het mogelijk zou maken om enerzijds handelsvorderingen vatbaar te maken voor verpanding en anderzijds tegemoet te komen aan de gesignaleerde risico's voor het grootbedrijf. Hierbij zou eraan gedacht kunnen worden dat het bij een niet-overdraagbaarheidsbeding toch mogelijk is om de vordering te verpanden, maar dat de debiteur altijd bevrijdend kan blijven betalen aan de oorspronkelijke crediteur. Als een dergelijke oplossing technisch juridisch goed uitvoerbaar is dan constateren wij dat deze tegemoet zou komen aan de wensen van de praktijk.

Conclusie

Na Coface/Intergamma en de nadien verschenen rechtspraak en commentaren, is duidelijk hoe een beding juridisch gekwalificeerd moet worden. Wij constateren in de praktijk de trend dat gebruikers van bedingen zich hiervan meer bewust worden en bij het hernieuwen van hun algemene voorwaarden het beding indien nodig omvorm(d)en,

zodat de goederenrechtelijke werking evident is, door in het beding een rechtstreekse verwijzing naar de wet op te nemen.

Hoewel de redenen voor gebruikers van bedingen breed worden geaccepteerd, hebben wij uit de gesprekken afgeleid dat de huidige praktijk het lastiger maakt om mkb-ondernemers te financieren. Dit is een probleem waar uiteindelijk alle ketenpartners nadeel van kunnen gaan ondervinden. Indien het mogelijk blijkt om tot een voorstel te komen dat enerzijds tegemoet komt aan de reële bezwaren van grootbedrijven tegen persoonswisselingen bij hun crediteuren, maar het anderzijds mogelijk maakt om de handelsvorderingen aan te wenden als onderpand voor financiering, lijkt het handelsverkeer daarbij gebaat. Wij zien een dergelijk voorstel in elk geval met belangstelling tegemoet. Tot die tijd blijft het schipperen tussen rechtszekerheid en financierbaarheid.

mr. w.j.g. smits en mr. t. hekman

Mr. W.J.G. Smits is advocaat bij Holla advocaten.

Mr. T. Hekman is advocaat bij AKD N.V.

[1](#)

De auteurs bedanken – in de volgorde waarin de gesprekken hebben plaatsgevonden – Frits-Joost Beekhoven van den Boezem en Hennie Damkot (beiden namens de Nederlandse Vereniging van Banken), Rob Wolthuis (secretaris VNO-NCW en MKB-Nederland), Johan Homan (bedrijfsjurist bij Van Wijnen Groep N.V.), Henrie van Beusekom (dga van Orlaco) en Roebj Tjemkes (legal counsel bij Philips) voor hun constructieve bijdrage aan de totstandkoming van dit artikel.

[2](#)

Financieel Dagblad, 1 februari 2016, 'MKB-Nederland dreigt met zwarte lijst voor laatbetalers'; *Financieel dagblad*, 9 februari 2016, 'Kamer wil boete voor wanbetalend bedrijf'. Vgl. ook Initiatiefnota van de leden Agnes Mulder en Omtzigt over late betalingen: «Leverancierskrediet na 2 maanden niet langer gratis», *Kamerstukken II* 2014/15, 34 172, nr. 2.

[3](#)

HR 21 maart 2014, «JOR» 2014/151 (Coface/Intergamma).

[4](#)

Vgl. M.S. Breeman en S. Houdijk, 'Coface/Intergamma en onoverdraagbaarheidsbedingen: HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682', *Maandblad voor vermogensrecht* 2014/6, par. 2.1.

[5](#)

De mogelijkheid om te kunnen verrekenen is immers op grond van art. 6:130 BW beperkt vergeleken met art. 6:127 BW.

[6](#)

Vgl. Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 196; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 214; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, Goederenrecht, Deventer: Kluwer 2012, nr. 754; A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 138; M.S. Breeman en S. Houdijk, "Coface/Intergamma en onoverdraagbaarheidsbedingen: HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682", *Maandblad voor vermogensrecht* 2014/6, par. 5.3; R.M. Wibier, 'Cessie- en verpandingsverboden: nieuw arrest, nieuwe problemen', *TBR* 2014/119; R. Mellenbergh, 'Contractuele afspraken met goederenrechtelijke werking: het onoverdraagbaarheidsbeding, eigendomsvoorbehoud en overwaardearrangement', *Contracteren* 2015/2, p. 47; M. Orval, 'Het cessieverbod nader bezien', *WPNR* 2009/6823, par. 4.3; M.A.J. Hartmann, 'Een onoverdraagbaarheidsbeding bindt in beginsel alleen contractspartijen', *TOP* 2014/581; E.M. Kleiweg en M. Alipour, 'Onoverdraagbaarheidsbedingen en cessieverboden: de stand van zaken na HR 21 maart 2014', *V&O* 2014/4, p. 74-76; B.A. Schuijling, in nr. 9 van zijn noot bij «JOR» 2014/151; Rechtbank Amsterdam 4 maart 2015, «JOR» 2016/38.

[7](#)

In deze gehele bijdrage spreken wij steeds in een vorm van "overdracht". Algemeen wordt aangenomen dat een beding tot niet-overdraagbaarheid - zonder nadere bepaling - op gelijke wijze verhindert dat er een pandrecht op die vordering kan worden gevestigd. Vgl. artt. 3:98 en 3:228 BW alsmede de in noot 6 aangehaalde bronnen.

[8](#)

Vgl. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nrs. 213, 215.

[9](#)

HR 29 januari 1993, *NJ* 1994, 171 (Van Schaik q.q./ABN AMRO).

[10](#)

HR 17 januari 2003, «JOR» 2003, 52 (Oryx/Van Eesteren).

[11](#)

HR 21 maart 2014, «JOR» 2014/151 (Coface/Intergamma).

[12](#)

In de zin dat het beding ook werking heeft jegens derden en dat daarom de beperkte Haviltex-maatstaf uit DSM/Fox (HR 20 februari 2004, «JOR» 2004/157) gebruikt wordt voor uitleg van het beding.

[13](#)

Rechtbank Noord-Nederland 19 november 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:5752; Rechtbank Amsterdam 4 maart 2015, «JOR» 2016, 38; Rechtbank Midden-Nederland 8 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:2742.

[14](#)

[24](#)

In dezelfde zin: R.M. Wibier, 'Cessie- en verpandingsverboden: nieuw arrest, nieuwe problemen', *TBR* 2014/119, par. 4.6.

[25](#)

Deze zorgen zijn inmiddels onder de aandacht van de politiek gebracht. De minister heeft aangegeven redenen te zien om het 'verpandingsverbod' onder de loep te nemen. Vgl. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 172, nr. 8, p. 15.

[26](#)

Vgl. Beekhoven van den Boezem & Van den Bosch, 'Zekere zekerheid', *Maandblad voor Vermogensrecht*, 2015, 07/08, par. "2 Werkkapitaalfinancieringen op borrowing base".

[27](#)

W.H. van Boom t.a.p.