

Cessiebeperkingen: markt en maatwerk

NTBR 2019/21

In dit artikel wordt ingegaan op de rechts-economische analyse van bedingen die de mogelijkheid of toelaatbaarheid van cessie van geldvorderingen beperken (cessiebeperkingen). Kenmerkend voor de cessie is de schuldeisersvervanging. Een cessie kan vanwege deze schuldeisersvervanging nadelig zijn voor de schuldenaar, terwijl cessiebeperkingen nadelig kunnen zijn voor de schuldeiser/cedent en de cessionaris. Voor zover de betrokkenen deze belangentegenstelling door middel van vrijwillige bilaterale of trilaterale transacties kunnen oplossen, hoeft het recht niet in een uitkomst te voorzien. Het recht kan vrijwillige transacties bevorderen door rekening te houden met onder meer transactiekosten. Voor zover een vrijwillige transactie niet mogelijk is, is het vanuit rechtseconomisch oogpunt wenselijk dat het recht in een uitkomst voorziet die partijen zouden hebben bereikt als een vrijwillige transactie wel mogelijk zou zijn geweest. Aan de hand van deze uitgangspunten wordt een kader geformuleerd op basis waarvan rechtsregels met betrekking tot cessiebeperkingen kunnen worden beoordeeld.

1. Inleiding

Naar Nederlands recht zijn goederen in uitgangspunt overdraagbaar. Dit geldt ook voor vorderingsrechten.² De overdraagbaarheid van vorderingsrechten is echter niet zonder problemen. Het vorderingsrecht is immers een bijzonder type goed: het is een aanspraak die tegen een ander, de schuldenaar, geldend moet worden gemaakt. Een overdracht van een vorderingsrecht (cessie) heeft dan ook schuldeisersvervanging tot gevolg. De schuldenaar heeft niet meer met de cedent, maar met de cessionaris te maken.³

De schuldenaar kan er belang bij hebben om de toelaatbaarheid en/of mogelijkheid van een cessie contactueel te beperken. Naar positief recht kan dat op twee manieren. Ten eerste kunnen de schuldeiser en de schuldenaar een zuiver verbintenisrechtelijk werkend verbod tot cessie overeenkomen (hierna: “cessieverbod”), eventueel versterkt met een

boetebeding.⁴ Ten tweede kan door de schuldeiser en de schuldenaar een beding als bedoeld in artikel 3:83 lid 2 BW worden overeengekomen (hierna: “3:83(2)-beding”). Een daarmee strijdige overdracht is ongeldig.⁵ Bedingen als cessieverboden en 3:83(2)-bedingen, maar ook hypothetische varianten daarop, zullen hierna gezamenlijk “cessiebeperkingen” worden genoemd.⁶

De beschikbaarheid van cessiebeperkingen en het veelvoorkomende gebruik daarvan hebben geleid tot discussies in de literatuur en in de politiek. Cessiebeperkingen kunnen namelijk financieringstransacties belemmeren, wat als onwenselijk wordt beschouwd.⁷ Op 4 juli 2018 publiceerde de Minister voor Rechtsbescherming naar aanleiding daarvan een voorontwerp voor een ‘Wet opheffing verpandingsverboden’ (hierna: het voorontwerp).⁸ Dit voorontwerp raakt niet alleen aan de verpanding maar ook aan de cessie van vorderingsrechten. Het voorontwerp voorziet in een uitzondering op het huidige artikel 3:83 lid 2 BW en daarnaast op de mogelijkheid om een cessieverbod overeen te komen. Deze uitzondering betreft de cessie (en verpanding) van commerciële geldvorderingen ten behoeve van financieringsdoeleinden. Het voorontwerp heeft veel kritische reacties losgemaakt, vooral op juridisch-technisch vlak.⁹

In dit artikel presenteren wij een rechtseconomisch toetsingskader voor de beoordeling van rechtsregels over cessiebeperkingen. Naar onze mening bieden de in dit artikel gepresenteerde rechtseconomische concepten (waaronder transactiekosten, property rules, liability rules en inalienability) aanvullende inzichten in deze complexe materie, die ook voor de voorgenomen wetswijziging van belang kunnen zijn. We beperken ons in dit artikel tot cessie van geldvorder-

1 Citeerwijze: R. Bloemink & L.T. Visscher, ‘Cessiebeperkingen: markt en maatwerk’, *NTBR* 2019/21, afl. 6. Renzo Bloemink is senior juridisch medewerker bij de Rechtbank Midden-Nederland. Louis Visscher is hoogleraar *Legal Economic Analysis of Tort and Damages* aan de Erasmus School of Law van de Erasmus Universiteit Rotterdam.

2 Artikel 3:83 lid 1 BW bepaalt dat eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten overdraagbaar zijn, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen overdracht verzet.

3 De partijen die een cessie beogen te doen plaatsvinden, zullen hierna cedent en cessionaris worden genoemd, ook als de cessie ongeldig is.

4 Het is de vraag hoe vaak dat in de praktijk voorkomt. Als met het cessieverbod eigenlijk een 3:83(2)-beding is bedoeld (terwijl het dat op grond van de toepasselijke uitlegmaatstaven niet is), zal in de betreffende contractuele bepaling geen boetebeding worden aangetroffen. Zo'n boetebeding kan wel meer in het algemeen aan alle verplichtingen uit de overeenkomst zijn verbonden.

5 HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0168, *NJ* 2004/281, m.nt. Snijders (*Oryx/Van Eesteren*), rov. 3.4.2.

6 Een goede omschrijving van de bedingen die onder deze noemer vallen is te vinden in section 1(2) van de Britse Small Business, Enterprise and Employment Act 2015: ‘[A] term which prohibits or imposes a condition, or other restriction, on the assignment [...] by a party to the contract of the right to be paid any amount under the contract or any other contract between the parties.’

7 Zie onder meer F.E.J. Beekhoven van den Boezem & A.J. Verdaas, ‘(On) overdraagbaarheid van vorderingen na de crisis: gluren bij de burenl’, in: M.J.G.C. Raaijmakers, H.J. Bruisten & A.F. Verdam, *En na de crisis?* (NGB-bundel), Deventer: Kluwer 2010, pp. 33-45, i.h.b. p. 33; en F.E.J. Beekhoven van den Boezem & R. van den Bosch, ‘Zekere zekerheid’, *MvV* 2015, pp. 200-207.

8 Zie www.internetconsultatie.nl/verpandingsverbod.

9 Zie onder meer F.M.J. Verstijlen, ‘De Wet opheffing verpandingsverboden’, *WPNR* 2018/7203, pp. 577-578, i.h.b. pp. 577-578; F.E.J. Beekhoven van den Boezem, ‘De Wet opheffing verpandingsverboden’, *Tvl* 2018/44; R.M. Wibier, ‘De wet opheffing verpandingsverboden’, *NTHR* 2018, pp. 241-244; en de vele reacties op het voorontwerp op www.internetconsultatie.nl/verpandingsverbod.

ringen, maar onze analyse is, *mutatis mutandis*, ook relevant voor andere typen vorderingsrechten, andere vormen van rechtsovergang en voor bezwaring van een vorderingsrecht (in het bijzonder de verpanding van geldvorderingen).

Dit artikel is als volgt opgebouwd. In par. 2 geven wij ten behoeve van de toegankelijkheid een korte inleiding in de rechtseconomische benadering.¹⁰ Vervolgens wordt in par. 3 ingegaan op het raamwerk van Calabresi en Melamed, waarin 'property rules', 'liability rules' en 'inalienability' worden onderscheiden als mogelijke manieren waarop het recht de bescherming en overdraagbaarheid van aanspraken kan vormgeven. Onder 'overdracht' moet hier – en in de rest van onze bijdrage – niet (uitsluitend) worden verstaan de overdracht in de zin van artikel 3:84 BW, maar alle denkbare mutaties van aanspraken die partijen kunnen bewerkstelligen, waaronder – maar niet uitsluitend – bezwaring, wijziging en afstand. In par. 4 geven wij vervolgens een rechtseconomische analyse van cessiebeperkingen. Wij sluiten in par. 5 af met een samenvatting en conclusie.

2. Rechtseconomie: recht als reactie op marktfalen

2.1 Maatschappelijke welvaart

De rechtseconomie richt zich op de vraag hoe het recht de maatschappelijke welvaart kan dienen. Die maatschappelijke welvaart omvat niet alleen materiële aspecten, zoals geldelijke belangen, maar ook immateriële aspecten, zoals een schoon milieu, een veilige leefomgeving, mogelijkheden tot zelfontplooiing enzovoort. De maatschappelijke welvaart is dus de optelsom van alles wat individuen in de betreffende samenleving van belang vinden (in economische termen: hun 'nut'). Toegesplitst op het onderwerp van dit artikel geldt dat de belangen van de schuldenaar van een te cederen vorderingsrecht – ook voor zover zij subjectief en moeilijk te definiëren zijn – in de rechtseconomische analyse evenzeer een rol spelen als de 'handelsbelangen' van de cedent en de cessionaris.

In de rechtseconomie wordt tot uitgangspunt genomen dat maximalisatie van welvaart, ook wel 'efficiëntie' genoemd, wenselijk is. 'Maximalisatie van welvaart' kan de suggestie wekken dat er een gedetailleerde berekening kan worden gemaakt van kosten en baten en dat rechtseconomie neerkomt op een louter boekhoudkundige exercitie waarmee zou kunnen worden bepaald welke juridische uitkomst 'juist' is. Dit is een misvatting. Omdat welvaart in belangrijke mate subjectief is, is het moeilijk, zo niet onmogelijk, om het nut dat een actor ergens aan ontleent te vergelijken met het nut van een andere actor (interpersoonlijke nutsvergelijking). Alleen in situaties waarin ten minste één actor erop vooruit gaat en niemand erop achteruit gaat, weten

we zeker dat een verandering een welvaartsverhoging inhoudt.¹¹ In geval van consensus is de kans groot dat zo'n situatie zich voordoet, omdat iedereen het met de verandering eens is.

Omdat consensus praktisch niet altijd mogelijk is, moet vaak een vergelijking worden gemaakt tussen de voor- en nadelen van een verandering. Als de actoren die voordeel hebben bij een verandering degenen die er door die verandering op achteruit gaan, kunnen compenseren (zonder dat die compensatie daadwerkelijk hoeft plaats te vinden), is er sprake van een netto welvaartsverbetering.¹² Vanwege het hierboven genoemde probleem van interpersoonlijke nutsvergelijking kan een verandering die een verbetering *lijkt*, in werkelijkheid een verslechtering inhouden. Daarom is het belangrijk de betrokken belangen goed in kaart te brengen en dat proberen rechtseconomen dan ook te doen.

Rechtseconomen realiseren zich dat, naast efficiëntie, in het bijzonder ook rechtvaardigheid en rechtszekerheid van belang kunnen zijn. Deze worden bij de rechtseconomische analyse als zodanig vaak buiten beschouwing gelaten, maar daaruit mag niet worden afgeleid dat de rechtseconomie ervoor pleit dat het recht slechts efficiënt moet zijn. Bovendien moet worden beseft dat efficiëntie, rechtvaardigheid en rechtszekerheid zeker niet altijd tegenstrijdig zijn.¹³

2.2 Volkomen concurrentie en marktfalen

Het uitgangspunt van de rechtseconomie is het denkmodel van volledige concurrentie. Kenmerken van deze ideaaltypische situatie zijn onder andere:

- (i) afwezigheid van marktmacht, doordat er veel vragers en veel aanbieders zijn;
- (ii) volledige informatie (dus 'iedereen weet alles');
- (iii) rationaliteit;¹⁴
- (iv) afwezigheid van externe effecten (de kosten¹⁵ of baten die niet ten laste of gunste van producent of consument komen, maar van derden); en
- (v) afwezigheid van transactiekosten (alle kosten die bij een transactie komen kijken, zoals de kosten van het zoeken en vinden van een transactiepartner, onderhan-

¹⁰ Zie voor uitgebreidere inleidingen bijvoorbeeld W.C.T. Weterings (red.), *De economische analyse van het recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007; W. Kanning & H.O. Kerkmeester (red.), *Economie en recht* (2e druk), Groningen: Noordhoff 2008; en B.C.J. van Velthoven & P.W. van Wijck, *Recht en efficiëntie* (6e druk), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

¹¹ Dit is een 'Pareto verbetering', genoemd naar Vilfredo Pareto.

¹² Dit is een 'Kaldor-Hicks verbetering', genoemd naar Nicholas Kaldor en John Hicks.

¹³ Zie bijvoorbeeld ook W.C.T. Weterings, 'De economische analyse van het recht', in: Weterings 2007, pp. 14-15; en M.G. Faure, 'Law and Economics: belang voor het privaatrecht', *WPNR* 2011, p. 1061.

¹⁴ Rationaliteit houdt in dat actoren het gedragsalternatief kiezen waarvan ze zelf denken dat het het beste voor ze is, gegeven hun verwachtingen. Die verwachtingen zijn gebaseerd op de informatie die de actor heeft, en er wordt verondersteld dat de actor een optimale hoeveelheid informatie verzamelt (niet te veel en niet te weinig). Rationaliteit houdt dus niet in dat iedereen alles weet en alles zou 'doorrekenen'. (Rechts)economen denken niet dat mensen hun keuzes daadwerkelijk altijd rationeel maken, maar wel dat de rationaliteitsveronderstelling vaak goede voorspellingen oplevert. Dat kan helpen bij het vermijden van averechtse effecten van (goedbedoelde) rechtsregels. Zie voor dit laatste R.J. Van den Bergh, *Averchts Recht* (oratie EUR), Antwerpen: Intersentia 2000.

¹⁵ Het kan hier gaan om gelduitgaven, maar ook om tijd, hinder, risico's, gedeerd woongenot, enzovoort.

delingskosten, strategisch gedrag¹⁶ van (een van) de betrokken partijen, de kosten van het vastleggen van de afspraken en de kosten van het afdwingen daarvan).

In de situatie van volkomen concurrentie is de maatschappelijke welvaart per definitie maximaal, om de volgende redenen.¹⁷ Alle kosten en baten worden in beslissingen meegenomen, dus er zijn geen verborgen kosten of baten bij derden. Goederen en diensten worden derhalve alleen geproduceerd (of ruimer geformuleerd: activiteiten worden alleen ondernomen) als de totale baten daarvan hoger zijn dan de totale kosten, want in de omgekeerde situatie zou de prijs hoger zijn dan wat de afnemer maximaal wil betalen. Elke activiteit draagt dus bij aan de welvaart, omdat de baten per definitie hoger zijn dan de kosten.

Vanwege de volledige informatie en de afwezigheid van transactiekosten komen 'aanspraken' uiteindelijk terecht bij degene die deze het meeste waard vindt. 'Aanspraken' zijn subjectieve rechten en andere rechtens beschermde belangen,¹⁸ waaronder verweren zoals het beroep op verrekening. Als een aanspraak berust bij A maar B vindt de aanspraak meer waard, dan kunnen A en B in onderhandeling treden en zal er een overdracht volgen.

In verband met cessiebepkeringen geldt dat indien de schuldenaar de afwezigheid van de mogelijkheid van cessie meer waard vindt dan de schuldeiser de aanwezigheid daarvan, de welvaart het hoogste is als de zeggenschap over de mogelijkheid om te cederen bij de schuldenaar berust (die er geen gebruik van zal maken) en *vice versa*. Daarbij geldt dat de schuldeiser in de situatie van volkomen concurrentie per definitie de waardering door derden van (de mogelijkheid van verkrijging van) het vorderingsrecht in zijn waardering zal verdisconteren. Als de schuldeiser bijvoorbeeld een hogere rente voor eigen financiering moet betalen omdat hij zijn vorderingsrecht op de schuldenaar vanwege een cessiebepkering niet als zekerheid kan gebruiken, dan verhogen deze rentekosten zijn betalingsbereidheid om de zeggenschap over de mogelijkheid om te cederen te verkrijgen.

2.3 Marktfalen

Volkomen concurrentie bestaat in werkelijkheid niet. Waar de werkelijkheid afwijkt van het ideaaltipe van volkomen concurrentie is er sprake van 'marktfalen'. Rechts-economen bestuderen het recht als reactie op marktfalen. Door juridisch ingrijpen kan geprobeerd worden de situa-

tie van volkomen concurrentie beter te benaderen. Denk bijvoorbeeld aan het mededingingsrecht dat misbruik van een economische machtspositie bestrijdt en het consumentenrecht dat problemen als gevolg van informatieasymmetrie tussen producenten en consumenten aanpakt. Voor het goederenrecht geldt dat het door standaardisering van rechtsfiguren en mutaties van rechtsposities (zoals overdracht in de zin van artikel 3:84 BW) en door een systeem van openbare registers verlaging van de transactie- en informatiekosten nastreeft.¹⁹

Juridisch ingrijpen is niet steeds vereist om een probleem op te lossen. In een situatie van lage ('niet-prohibitieve') transactiekosten kunnen partijen soms zelf een oplossing bereiken. Denk bijvoorbeeld aan burens die zelf een oplossing vinden voor onderling geluidsoverlast (zoals het afspreken van bepaalde tijden waarop muziek gedraaid mag worden of het aanschaffen van een koptelefoon) en daar geen rechterlijke uitspraak voor nodig hebben. Voorwaarde daarvoor is wel dat het recht de aanspraken duidelijk definieert en toekent.²⁰ Op basis van de toekenning van aanspraken kunnen individuen tot transacties komen om aanspraken over te dragen.

In de rechtseconomie gaat het bij het zoeken naar een 'oplossing' telkens om de vraag in hoeverre die oplossing bijdraagt aan de maatschappelijke welvaart. Rechtseconomen analyseren bijvoorbeeld een hindersituatie niet in termen van 'A veroorzaakt hinder voor B', maar als een situatie van conflicterende aanspraken van A en B. Beide partijen hebben dus last van elkaar.²¹ Ongeacht of A volgens het recht de activiteit mag uitoefenen of B recht heeft op ongestoord leefgenot, als de transactiekosten laag zijn, zal de aanspraak uiteindelijk terechtkomen bij degene die deze het meeste waardeert (hetzij omdat het recht de aanspraak al aan die persoon had toegewezen, hetzij omdat deze persoon de andere persoon 'afkoopt'). Als de transactiekosten echter te hoog ('prohibitief') zijn voor zo'n vrijwillige transactie, dan is meer juridisch ingrijpen vereist, bijvoorbeeld door de activiteit te verbieden, door een schadevergoedingsactie toe te staan, of juist door te bepalen dat iemand bepaalde hinder moet dulden.

Juridisch ingrijpen is niet steeds een verbetering ten opzichte van de situatie van marktfalen. Immers, de overheid kan bij het uitvoeren van rechtsregels ook falen.²² Zo kan juridisch ingrijpen gebaseerd zijn op onvolledige informatie, belangengroepen kunnen de overheid zodanig hebben beïnvloed dat het recht vooral de belangen van die

16 Strategisch gedrag houdt in deze context kort gezegd in dat een partij haar wensen en motieven in strijd met de werkelijkheid voorspiegelt om daarmee winst te behalen ten koste van de wederpartij. Een voorbeeld is dat een partij niet akkoord gaat met een voorstel, terwijl het voorstel in feite voldoet aan haar wensen. Omdat strategisch gedrag alleen een herverdeling van welvaart tot gevolg heeft én tot transactiekosten leidt, wordt het in de rechtseconomie als een onwenselijk fenomeen gezien.

17 Zie ook A.M. Paccès & L.T. Visscher, 'Law and Economics: Methodology', in: B. van Klink & S. Taekema, (Eds), *Law and Method - Interdisciplinary Research into Law*, Berlin: Mohr Siebeck 2011, pp. 85-107, i.h.b. p. 93.

18 G. Calabresi & A.D. Melamed, 'Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral', *Harvard Law Review* 1972, pp. 1089-1128.

19 Zie over dit laatste onder meer T.W. Merrill & H.E. Smith, 'Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle', *The Yale Law Journal* 2000, pp. 3-70; en T.W. Merrill & H.E. Smith, 'The Property/Contract Interface', *Columbia Law Review* 2001, pp. 773-852.

20 R.H. Coase, 'The Problem of Social Cost', *The Journal of Law and Economics* 1960, pp. 1-44, i.h.b. p. 8.

21 Coase 1960, p. 2, die dit een "problem of a reciprocal nature" noemde.

22 De 'public choice'-theorie besteedt aandacht aan deze problematiek. Zie bijvoorbeeld A.I. Ogus, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford: Clarendon Press 1994.

groep dient, de maatschappelijke situatie kan sinds de uitvaardiging van de regels zodanig veranderd zijn dat de wetgeving achterhaald is, enzovoort. Er moet dus voor worden gewaakt dat het middel (juridisch ingrijpen) erger is dan de kwaal (het marktfalen).

3. Property rules, liability rules en inalienability²³

In par. 2 werd duidelijk dat vrijwillige transacties vanuit rechtseconomisch oogpunt in beginsel wenselijk zijn, zodat het recht deze zoveel mogelijk zou moeten stimuleren. Dat kan door aanspraken zodanig te beschermen dat ze alleen met voorafgaande instemming van de rechthebbende kunnen worden overgedragen.²⁴ Deze beschermingsvorm wordt door Calabresi en Melamed 'property rules' genoemd.²⁵ Let wel, de term 'property' heeft hier dus een eigen betekenis, die niet met 'eigendom' moet worden vertaald.²⁶ Naast property rules onderscheiden Calabresi en Melamed 'liability rules'.²⁷ De term 'liability' heeft ook een eigen betekenis en moet niet met 'aansprakelijkheid' worden vertaald. Een liability rule houdt in dat de aanspraak van de rechthebbende mag worden weggenomen, ook zonder diens toestemming, maar de verkrijger moet dan wel een door het recht bepaalde 'objectieve prijs' betalen.²⁸ De derde beschermingsvorm die Calabresi en Melamed onderscheiden, is 'inalienability', dus onvervreemdbaarheid. Zelfs als de betrokken partijen door middel van een vrijwillige transactie de aanspraak zouden willen overdragen, bij onvervreemdbaarheid is dat niet toegestaan.²⁹ Dit kan een wenselijke beschermingsvorm zijn als bij een transactie grote negatieve externe effecten zouden ontstaan, als partijen door zelfbinding willen vermijden dat ze in een moment van zwakte een transactie kunnen aangaan waar ze later spijt van krijgen of als vanuit paternalistische overwegingen transacties onwenselijk zijn.

Als de transactiekosten niet-prohibitief zijn, verdient een property rule vanuit rechtseconomisch opzicht de voorkeur.

23 Calabresi & Melamed 1972. W.J. Jon, 'A Comparative Analysis of the Regulations on Anti-assignment Clauses', *Korea University Law Review* 2010, pp. 93-121, i.h.b. pp. 111-119 neemt het raamwerk van Calabresi en Melamed ook in beschouwing in verband met cessiebepalingen.

24 Nogmaals, 'overdracht' wordt in deze bijdrage niet in strikt-juridische zin bedoeld. Zie voor de ruimere betekenis van deze term par. 1.

25 Calabresi & Melamed 1972, i.h.b. p. 1092. J.L. Coleman & J. Kraus, 'Rethinking the Theory of Legal Rights', *The Yale Law Journal* 1986, pp. 1335-1371, i.h.b. p. 1343 beargumenteren dat property rules, liability rules en inalienability niet zozeer beschermingsvormen zijn, maar een wijze waarop de overdracht van een aanspraak wordt vormgegeven. In onze bijdrage hanteren wij beide formuleringen.

26 Naar Nederlands recht worden bijvoorbeeld ook veel verbintenisrechtelijke aanspraken beschermd door middel van een property rule. Op grond van artikel 3:296 lid 1 BW kunnen zij namelijk in uitgangspunt, desnoods door middel van reële executie of door middel van een dwangsom, worden afgedwongen en kunnen zij niet tegen de wil van de schuldeiser worden beperkt of gewijzigd.

27 Calabresi & Melamed 1972, pp. 1106-1110.

28 Voorbeelden zijn schadevergoeding in het onrechtmatigedaadsrecht en het contractenrecht, dwanglicenties in het intellectuele eigendomsrecht en onteigening.

29 Dit is dus iets anders dan het rechtsgevolg van een 3:83(2)-beding, dat de partijen immers kunnen wegnemen.

De reden hiervoor werd eerder al duidelijk: daarmee wordt bevorderd dat de rechthebbende de waarde die hij aan die aanspraak toekent, vergoed krijgt als hij de aanspraak overdraagt. De aanspraak zal dus in beginsel alleen worden overgedragen als iemand anders die aanspraak meer waardeert dan de rechthebbende, zodat door de transactie de welvaart stijgt.

In situaties van prohibitief hoge transactiekosten zou property rule bescherming ertoe kunnen leiden dat een aanspraak niet wordt overgedragen, ook niet als de voordelen van zo'n overdracht groter zijn dan de nadelen en de transactie de maatschappelijke welvaart dus zou verhogen. Immers, vanwege de hoge zoek-, informatie-, onderhandelings- en afdwingingskosten lukt het partijen niet de transactie tot stand te brengen. Calabresi en Melamed pleiten in zulke gevallen voor een liability rule. Door het betalen van een objectieve prijs kan de aanspraak worden weggenomen. Hierbij is echter niet gegarandeerd dat die objectieve prijs alle subjectieve waarderings-elementen omvat en dus hoog genoeg is om ervoor te zorgen dat de oorspronkelijke rechthebbende niet wordt benadeeld. Zoals eerder vermeld, kan het moeilijk of onmogelijk zijn om de voor- en nadelen goed tegen elkaar af te wegen, bijvoorbeeld omdat deze deels subjectief en/of moeilijk meetbaar zijn. De objectief vastgestelde prijs kan als gevolg van zulke 'assessment costs'³⁰ dus te hoog of te laag zijn, zodat de onvrijwillige overdracht de welvaart kan verlagen. Dit nadeel moet worden afgewogen tegen het nadeel van property rule bescherming dat welvaartsverhogende transacties bij te hoge transactiekosten niet plaatsvinden. Liability rules worden dus gekozen als waardebeoordeling op de markt (via property rules) onmogelijk of te duur is in vergelijking met collectieve waardebeoordeling.

Rechtseconomen hebben dus een voorkeur voor property rule bescherming waar die mogelijk is, omdat vrijwillige transacties de welvaart verhogen, terwijl dat bij onvrijwillige transacties niet steeds het geval is. In het vermogensrecht zijn veel rechtsregels te begrijpen als pogingen om de transactiekosten te verlagen, om zodoende meer vrijwillige transacties mogelijk te maken. Een typisch voorbeeld is het aanvullende overeenkomstenrecht, dat partijen helpt om de inhoud van een overeenkomst in te vullen, waar anders transactiekosten mee zouden zijn gemoeid.

4. De rechtseconomische analyse van cessiebepalingen

4.1 Inleiding

In deze paragraaf ontwikkelen wij een toetsingskader voor de beoordeling van verschillende denkbare rechtsregels voor cessiebepalingen. Het gaat daarbij dus niet alleen om de geldende rechtsregels, maar ook om hypothetische alter-

30 Zie J.E. Krier & S.J. Schwab, 'Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light', *New York University Law Review* 1995, pp. 440-483, i.h.b. pp. 453 e.v.

natieven. Eerst gaan wij kort in op de betrokken belangen, die bepalen welke welvaartseffecten verschillende alternatieven kunnen hebben.

4.2 Betrokken belangen

4.2.1 De belangen van de schuldenaar

De schuldenaar kan op verschillende gronden belang hebben bij een cessiebepanking. Ten eerste kan hij willen vermijden dat hij met een nieuwe, mogelijk minder coulante, schuldeiser wordt geconfronteerd. Dit is een subjectief, relationeel belang.

Voorts kan de schuldenaar een financieel belang hebben bij de mogelijkheid om buiten de grenzen van artikel 6:130 lid 1 BW te verrekenen (het 'verrekeningsbelang'). Die bepaling laat na een cessie immers alleen verrekening toe met een tegenvordering die uit dezelfde rechtsverhouding als het overgegangene vorderingsrecht voortvloeit of reeds vóór de overgang aan de schuldenaar is opgekomen en opeisbaar geworden. Tussen partijen die regelmatig met elkaar handelen kunnen meerdere rechtsverhoudingen bestaan.

Verder heeft de schuldenaar een financieel belang om te voorkomen dat hij een mededeling van cessie mist, wat tot kosten leidt. De schuldenaar moet, als hij betaalt zonder daarmee te zijn bevrijd, kosten maken om de betaling terug te draaien. Of dat terugdraaien lukt, is nog maar de vraag. Dat zal niet of nauwelijks lukken als de cedent failliet gaat. De schuldenaar zal dan, zo moet worden aangenomen, slechts een concurrente vordering hebben.³¹ De kans is dan aanzienlijk dat de schuldenaar 'dubbel' moet betalen. Wil de schuldenaar dat vermijden, dan zal hij een nauwgezette administratie moeten voeren van (mogelijke) mededelingen van cessie. Ook dat levert kosten op. Als cessie daarentegen niet mogelijk is of niet aan de schuldenaar kan worden tegengeworpen, dan worden deze kosten van 'dubbele' betaling en de kosten ter voorkoming daarvan vermeden.

Het relatieve gewicht van de uiteenlopende belangen hangt af van verschillende factoren. De omvang van het vorderingsrecht is volgens ons de belangrijkste factor. Bij hele kleine vorderingsrechten zijn zowel het relationele belang als het belang om 'dubbel' betalen te voorkomen, verwaarloosbaar. Als bijvoorbeeld een webwinkel € 30 te vorderen heeft van een consument, zal een cessie van dat vorderingsrecht minder problematisch zijn dan wanneer een kredietverstrekker een vordering van € 3.000 op diezelfde consument cedeert. Dat neemt natuurlijk niet weg dat 'hele kleine' vorderingen subjectief relatief groot kunnen zijn, maar het gaat hier om het algemene idee.

Naast de omvang van de vordering speelt een rol hoe vaak partijen met elkaar handelen. Bij partijen die vaak met elkaar handelen, zal het gewicht van het relationele belang en het verrekeningsbelang groter zijn dan bij partijen die een enkele transactie aangaan. In het algemeen komt het in de commerciële sfeer vaker voor dat partijen regelmatig met elkaar handelen dan in de niet-commerciële sfeer, uitzonderingen daargelaten.

Een laatste factor is de professionaliteit en de schaalgrootte van de administratie van de schuldenaar. Een commerciële schuldenaar – en bijvoorbeeld ook de overheid – zal in de regel vaker te maken krijgen met mededelingen van cessie dan een particulier en zal de verwerking daarvan beter en tegen lagere kosten kunnen organiseren.

4.2.2 De belangen van de cedent

De cedent heeft in uitgangspunt belang bij de afwezigheid van cessiebepanking. Hij zal zijn vorderingsrecht liquide willen kunnen maken.³² De cedent zal de cessiebepanking in de regel dan ook niet initiëren. Natuurlijk kan de mogelijkheid van cessie door de schuldeiser wel worden ingeruild voor andere voordelen.

4.2.3 De belangen van de cessionaris

De cessionaris kan belang hebben bij het verkrijgen van een vorderingsrecht. Het vorderingsrecht kan voor hem meer waarde hebben dan voor de rechthebbende daarvan.³³ Het is voor de cessionaris problematisch als hij wordt geconfronteerd met een cessiebepanking die hij niet kent. Dat is in de praktijk heel goed mogelijk, omdat voorafgaand onderzoek naar de voorwaarden kostbaar is.³⁴

4.2.4 De belangen van anderen

Ook anderen kunnen betrokken zijn. Daarbij moet vooral worden gedacht aan de schuldeisers van de cedent. Deze schuldeisers kunnen er vanzelfsprekend belang bij hebben dat het vorderingsrecht onbezwaard binnen het vermogen van de cedent blijft, zodat zij daarop verhaal kunnen nemen. Of dat belang door de regels over cessiebepanking moet worden beschermd, is een andere vraag. Daarop wordt in par. 4.5 ingegaan.

4.2.5 Tussenconclusie

De belangen van de betrokkenen zijn deels tegengesteld. Zoals al volgt uit par. 2.3, zou deze belangentegenstelling geen problemen opleveren als er sprake zou zijn van volkomen concurrentie. Daarvan is echter geen sprake, omdat de voorwaarden van 'volledige informatie' en 'afwezigheid

31 De regel uit HR 6 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, NJ 1998/437, m.nt. Van Schilfgaarde (*Ontvanger/Hamm q.q.*) zal immers geen toepassing vinden als de schuldenaar aan de vorige schuldenaar heeft betaald. Tussen hen heeft immers een rechtsverhouding bestaan die aanleiding gaf tot de betaling.

32 Zie B. Depping & F. Nikolaus, 'Das rechtsgeschäftliche Abtretungsverbot auf dem Prüfstand ökonomischer Analyse des Rechts', *Der Betrieb* 1994, pp. 1199-1203.

33 Zo is het mogelijk dat de verkrijger minder belang hecht aan onmiddellijke liquiditeit of dat hij, doordat hij in staat is tot risk pooling, minder bezwaar heeft tegen het dragen van het kredietrisico. Zie in dit verband Depping & Nikolaus 1994, pp. 1199-1203.

34 Vgl. F.M.J. Verstijlen, 'Niet-overdrachts- en niet-verpandingsbedingen in de financieringspraktijk', *WPNR* 2017/7134, pp. 77-84.

van transactiekosten' zich niet voordoen. Daarom rijst de vraag of het recht kan bijdragen aan een oplossing.

4.3 Het spectrum van rechtsregels

Theoretisch zijn er twee uitersten als het gaat om rechtsregels met betrekking tot cessie(beperkingen). Eén uiterste is dat cessie volgens het objectieve recht in het geheel niet mogelijk is. De schuldenaar heeft dan de aanspraak³⁵ om niet met een cessie te worden geconfronteerd en deze wordt door inalienability beschermd. Zelfs in gevallen waarin de schuldenaar deze aanspraak niet wil, kan hij deze niet overdragen (i.e. daarvan afstand doen). Dit is dus iets anders dan het rechtsgevolg van het 3:83(2)-beding.

Het andere uiterste is dat *cessiebeperkingen* niet mogelijk zijn.³⁶ Hier wordt een aanspraak in de vorm van zeggenschap over de cessie aan de schuldeiser gegeven en wordt deze door inalienability beschermd. Natuurlijk kan de schuldeiser ervoor kiezen om geen gebruik te maken van de bevoegdheid om het vorderingsrecht te cederen, maar hij kan hier geen rechtsgeldige afspraken over maken met de schuldenaar. Een voorbeeld van dit laatste is de in het voorontwerp voor de Wet opheffing verpandingsverboden beoogde *nietigheid* van cessieverboden en 3:83(2)-bedingen voor zover deze in de weg staan aan de cessie van geldvorderingen voor financieringsdoeleinden.³⁷ Dit betekent dat, in de verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar, een cessieverbod of een 3:83(2)-beding geen enkel effect heeft.

Figuur 1. Het spectrum van regels over cessie en beperkingen daarvan



Bij deze twee uitersten wordt een overdracht van de aanspraak met betrekking tot de mogelijkheid/inoepbaarheid van cessie van het vorderingsrecht onmogelijk gemaakt. Het objectieve recht bepaalt de uitkomst en partijen moeten zich daarnaar schikken. Daar zou alleen voor moeten worden gekozen (i) als transacties grotere nadelen voor derden dan voordelen voor de betrokken partijen veroorzaken (en met deze derden niet kan worden gecontracteerd) of (ii) als partijen tegen zichzelf en/of tegen elkaar beschermd moeten worden, ook tegen hun eigen wil in. Aspecten als deze hebben wij in verband met de cessie niet in het algemeen

³⁵ Zie paragraaf 2.2 voor de betekenis van deze term.

³⁶ In die richting neigt het recht van Engeland & Wales en Noord-Ierland sinds de Business Contract Terms (Assignment of Receivables) Regulations 2018 (op basis van de Small Business, Enterprise and Employment Act 2015). Daarin wordt in section 2 bepaald dat 'a term in a contract has no effect to the extent that it prohibits or imposes a condition, or other restriction, on the assignment of a receivable arising under that contract or any other contract between the same parties.' Op deze bepaling wordt echter een aanzienlijk aantal, naar Britse traditie zeer specifiek omschreven, uitzonderingen gemaakt.

³⁷ Zie pp. 8-9 van de concept-MVT die te vinden is op www.internetconsultatie.nl/verpandingsverbod.

kunnen ontdekken, zodat inalienability niet aangewezen zal zijn.

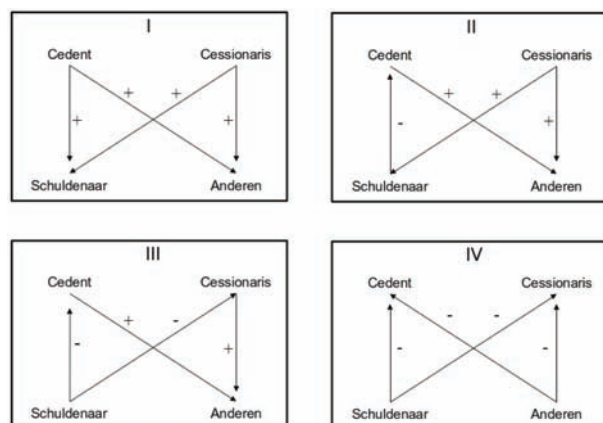
Tussen de twee uitersten is een spectrum aan verschillende rechtsregels met betrekking tot cessiebeperkingen denkbaar. Binnen dat spectrum is overdracht wel mogelijk. Daarop gaan wij nu in.

4.4 Een taxonomie van cessiebeperkingen

Zoals zojuist vermeld, zien wij geen aanleiding voor dwingend recht met betrekking tot cessiebeperkingen. Wel zal er, per definitie, een 'standaardregel' zijn die geldt als partijen niets anders overeenkomen.³⁸ Deze kent verschillende variabelen. De eerste twee daarvan kunnen worden samengevat als 'aan wie' en 'tegen wie'. De eerste variabele, 'aan wie', ziet op de vraag aan wie een aanspraak met betrekking tot de cessie wordt toegekend: aan de schuldenaar, de cedent, de cessionaris en/of anderen? De tweede variabele, 'tegen wie', heeft vooral betrekking op de vraag of de cessiebeperking tegenover één of meer specifieke personen (waaronder de cedent) of *erga omnes* kan worden ingeroepen. Dit laatste is een wezenlijk aspect, omdat één van de bezwaren tegen cessiebeperkingen is dat deze voor derden niet (steeds) kenbaar zijn.

Het is dus de vraag aan wie de aanspraak in uitgangspunt moet toekomen. In figuur 2 wordt geïllustreerd dat daarbij verschillende varianten mogelijk zijn, waarbij de pijlen aanwijzen wie een aanspraak tegen wie kan inroepen. Het teken '+' duidt op de inroepbaarheid van de cessie, terwijl het teken '-' duidt op de inroepbaarheid van een cessiebeperking. Tot de categorie 'anderen' behoren voornamelijk de schuldeisers van de cedent (zie hiervoor par. 4.2).

Figuur 2. Varianten met betrekking tot de inroepbaarheid van cessies en cessiebeperkingen



Variante I in figuur 2 geeft de inhoud van de in Nederland geldende standaardregel weer, waarbij er in uitgangspunt geen wettelijke cessiebeperking geldt. De cedent en

³⁸ Als het objectieve recht cessie toelaat en niets bepaalt over cessiebeperkingen, dan is de standaardregel dat er geen cessiebeperking is. Dit is in Nederland het geval. De Nederlandse wet kent weliswaar artikel 3:83 lid 2 BW, maar dat is een facultatieve bepaling en geen standaardregel.

de cessionaris kunnen de cessie invoeren tegen de schuldenaar en tegen anderen. Variant II dekt een deel van het cessieverbod, dat door de schuldenaar in beginsel alleen inroepbaar is tegen de cedent en niet tegen de cessionaris of anderen. Bij variant III kan de cessiebeperking wel worden ingeroepen tegen de cedent en de cessionaris (maar niet door anderen dan de schuldenaar). Deze variant geldt in Nederland als aan een cessieverbod een contractuele boete is verbonden of de cedent jegens de schuldenaar aansprakelijk is wegens de schending van het cessieverbod en het bedrag van die boete of de schadevergoeding op de voet van artikel 6:130 lid 1 BW wordt verrekend met het gecedeerde vorderingsrecht, zodat in zoverre ook de cessionaris wordt geraakt. Variant III kent voor het overige geen toepassingen naar geldend Nederlands recht. Bij variant IV is sprake van een cessiebeperking die *erga omnes* werkt: zij kan door iedereen en tegen iedereen worden ingeroepen. Hierna gaan wij nader in op de wenselijkheid van deze varianten.

4.5 *Property rules, liability rules en cessiebeperkingen*

Zoals volgt uit paragrafen 2 en 3 is het van groot belang dat de mogelijkheid van vrijwillige transacties wordt bevordert, zowel tussen de schuldenaar en de cedent (bilateraal) als tussen de schuldenaar, de cedent en de cessionaris (trilateraal). In beginsel moet de aanspraak met betrekking tot de mogelijkheid/inroepbaarheid van cessie worden toegekend aan degene die deze het hoogste waardeert. Als dat niet met zekerheid te zeggen is, dan moet de aanspraak worden toegekend aan degene voor wie de transactiekosten het laagste zijn, omdat de kans dat een eventuele foute toekenning met een vrijwillige transactie gecorrigeerd kan worden, dan het grootste is. Bij geldvorderingen is de invloed van transactiekosten vooral afhankelijk van de omvang van het vorderingsrecht, waarbij zal gelden dat bij grotere vorderingsrechten de transactiekosten minder snel prohibitief zijn. Immers, voor overdracht van een groter vorderingsrecht zal men bereid zijn meer kosten te maken dan bij een kleiner vorderingsrecht.

Voorts moet er een rechtsregel worden geformuleerd die geldt als partijen niets anders overeenkomen, de standaardregel of 'default'. Deze regel bepaalt de uitkomst als partijen in hun contract niet van deze standaardregel afwijken en er ook niet later omheen contracteren. In situaties van prohibitief hoge transactiekosten (zoals doorgaans bij relatief kleine vorderingsrechten waarbij het de kosten niet waard is om van de default af te wijken) zal de standaardregel dus vaak de uiteindelijke verhouding tussen de partijen bepalen. Idealiter formuleert de standaardregel dan dus de situatie die partijen zouden hebben bereikt als de transactiekosten laag waren geweest.

Ten slotte moet – in het typische geval waarin partijen niet tot een trilaterale overeenkomst zijn gekomen – rekening worden gehouden met de positie van de cessionaris als derde ten opzichte van de tussen de schuldenaar en de cedent overeengekomen cessiebeperking. Er moet een afwe-

ging worden gemaakt tussen enerzijds het mogelijk maken van potentieel efficiënte cessiebeperkingen en anderzijds de beperking van de kosten die derden moeten maken bij het achterhalen van contractuele cessiebeperkingen.³⁹ Kort gezegd moet er aan een cessiebeperking minder effect worden toegekend tegenover een actor naarmate het voor deze actor moeilijker is om de cessiebeperking te achterhalen, naarmate er door de 'verborgen' cessiebeperking meer herverdeling van welvaart plaatsvindt in het nadeel van deze ongeïnformeerde actor en naarmate het onwaarschijnlijker is dat de cessiebeperking efficiënt is in de verhouding tussen de partijen daarbij.⁴⁰

Het samenspel tussen deze onderscheiden factoren resulteert in het volgende. Om te beginnen zien wij geen aanleiding om anderen dan de schuldenaar een aanspraak te geven op het invoeren van een door de cedent en de schuldenaar overeengekomen cessiebeperking, zoals het geval is in variant IV. Als de schuldenaar en de cedent een cessiebeperking in hun overeenkomst opnemen (of, als het aanvullende recht in een cessiebeperking voorziet, deze in stand laten) dan doen zij dat in hun beider belang. Het belang van de cedent is gebaseerd op de verhandelbaarheid van het vorderingsrecht (par. 4.2), zodat hij de verwachte waardering van de cedeerbaarheid van het vorderingsrecht door de cessionaris in zijn waardering zal verdisconteren. Nu de cessiebeperking binnen de macht van de cedent en de schuldenaar ligt, is het overzichtelijk (lees: beperkt het de transactiekosten) als de cessionaris ervan uit mag gaan dat de cessiebeperking niet (mede) de belangen van anderen, zoals de schuldeisers van de cedent, dient. Hij weet dan dat hij slechts met de cedent en de schuldenaar zal hoeven onderhandelen over het eventueel wegnemen van de cessiebeperking. Variant IV, waarbij ook anderen dan de schuldenaar een beroep kunnen doen op een cessiebeperking, valt wat ons betreft af.

Voor varianten I tot en met III geldt het volgende. Verondersteld kan worden dat het relationele aspect en het verrekingsaspect in de regel voor relatief kleine vorderingsrechten een minder grote rol spelen (par. 4.2). Bij kleine vorderingsrechten zullen de transactiekosten bovendien relatief snel prohibitief zijn (zie hiervoor). Om deze twee redenen ligt het voor de hand om in ieder geval voor categorieën vorderingsrechten die typisch 'klein' zijn – dit zal bijvoorbeeld gelden voor de meeste vorderingen op consumenten – als standaardregel de afwezigheid van cessiebeperkingen te hanteren (variant I).⁴¹ Het ligt hierbij wel voor de hand dat de schuldenaar, als default, wordt beschermd

39 Vgl. K. Ayotte & P. Bolton, 'Optimal Property Rights in Financial Contracting', *The Review of Financial Studies* 2010, pp. 3401-3433, i.h.b. p. 3403.

40 Ayotte & Bolton 2010, p. 3403. Vgl. H. Hansmann & R. Kraakman, 'Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights', *Journal of Legal Studies* 2002, pp. 373-420.

41 Het lijkt ons niet wenselijk om een wettelijk criterium te introduceren waarbij direct wordt aangeknoopt bij de omvang van de vordering, nu dit een bepaald bedrag als een 'harde grens' verlangt en dat zal leiden tot een willekeurig resultaat. Voor de overzichtelijkheid ligt het meer voor de hand om onderscheid te maken tussen categorieën vorderingen.

tegen de perikelen rondom (bevrijdende) betaling (zie hierna). Zo zou kunnen worden bepaald dat een betaling door de schuldenaar aan de cedent (of een eerdere schuldeiser) de schuldenaar bevrijdt, tenzij de cessionaris aanneemelijk maakt dat betaling aan de cessionaris voor de schuldenaar niet bezwaarlijk was.⁴² De cessionaris heeft dan een prikkel om het voor de schuldenaar zo gemakkelijk mogelijk te maken om 'correct' te betalen.

Zijn er gevallen waarin, anders dan bij 'typisch' kleine vorderingsrechten, variant II (inroepbaarheid van de cessiebeperking tegen de cedent) of variant III (inroepbaarheid van de cessiebeperking tegen de cedent en de cessionaris) als standaardregel moet worden gehanteerd? Dit is een lastige vraag. Daarvóór pleit dat als de cedent merkt dat de uit het aanvullende recht voortvloeiende cessiebeperking een last voor hem is – bijvoorbeeld in verband met (de voorwaarden van) zijn financiering (zoals de rente) – hij in een situatie van relatief lage transactiekosten in onderhandeling kan treden met de schuldenaar om de cessiebeperking 'af te kopen'. Hij zal ongeveer weten wat hij bereid is daarvoor te betalen, namelijk maximaal het voordeel, zoals het rentevoordeel, dat hij met cedeerbaarheid van het vorderingsrecht kan behalen. Omgekeerd geldt bij variant I dat als de schuldenaar graag een cessiebeperking wil opnemen, hij in onderhandeling moet treden met de cedent, terwijl deze op dat moment misschien minder goed weet hoeveel de mogelijkheid/inroepbaarheid van cessie hem waard is (bijvoorbeeld omdat hij nog geen externe financiering nodig heeft). Dan is het lastiger en dus kostbaarder om de prijs te bepalen en verdienen varianten II en III de voorkeur. De cedent zal dan onderhandelingen met de schuldenaar moeten initiëren als hij het vorderingsrecht wil cederen.

Tegen variant II (inroepbaarheid van de cessiebeperking tegen de cedent) en variant III (inroepbaarheid van de cessiebeperking tegen de cedent en de cessionaris) pleit echter dat als de meeste schuldenaren weinig moeite hebben met een cessie, er onnodige kosten worden gemaakt om de cessiebeperkingen weg te nemen. In het algemeen geldt dat defaults het beste zo gekozen kunnen worden dat ze overeenkomen met de regels die (de meeste) partijen zouden kiezen als ze de materie wel expliciet in hun contract zouden regelen. Door cessiebeperkingen in de algemene voorwaarden op te nemen, kunnen de transactiekosten van het afwijken van de defaults beperkt blijven, maar die algemene voorwaarden moeten dan wel goed kenbaar zijn voor de cedent. Op deze manier kunnen partijen – indien ze dat wensen – dus verfijningen aanbrengen op de algemene regeling die de defaults biedt, terwijl het geheel toch overzichtelijk blijft.

Wij zien geen reden om bij de vormgeving van de rechtsregels over cessiebeperkingen rekening te houden met het

motief van de cedent bij de cessie, zoals – in het voorontwerp – het motief van het verkrijgen van financiering. Als de verkrijging van financiering voor de cedent van groot belang is, zal hij dat belang immers verdisconteren in de prijs die hij bereid is te betalen voor de mogelijkheid van cessie. De markt doet dan gewoon haar werk.

Het kan zo zijn dat de markt niet goed werkt omdat bepaalde partijen marktmacht hebben of omdat er informatieasymmetrie tussen consumenten en bedrijven is. Deze vormen van marktfalen zijn onderwerp van het mededingingsrecht en het consumentenrecht. Algemene vermogensrechtelijke regels, en dus ook de regels met betrekking tot cessiebeperkingen, zijn minder geschikt om zulke problemen mee aan te pakken. Daarom moeten zulke aspecten onzes inziens bij de vormgeving van regels met betrekking tot cessiebeperkingen geen rol spelen.⁴³

Voor zover de toepassing van variant II of III wenselijk is, gaat onze voorkeur in beginsel uit naar variant III. Bij deze variant kan de cessiebeperking worden ingeroepen tegen de cedent en cessionaris (en opvolgend cessionarissen). Dit voorkomt dat de schuldenaar met een *fait accompli* wordt geconfronteerd en hij – tenzij hij een contractuele boete heeft bedongen – is aangewezen op een moeilijke en kostbare schadebegroting. Wij veronderstellen dat de kosten lager zijn als de cedent en/of cessionaris met de schuldenaar in onderhandeling moet treden over het wegnemen van de cessiebeperking. De reden hiervoor is dat de cedent en/of cessionaris waarschijnlijk een idee hebben van wat de mogelijkheid/inroepbaarheid van cessie hen waard is. De vergoeding die zij bereid zijn te betalen zal dan ook leidend zijn, in plaats van de – veel moeilijker vaststelbare – schade die de schuldenaar lijdt als de vordering tegen zijn zin in toch is gecedeerd.

Ten aanzien van de kenbaarheid van de cessiebeperking voor de cessionaris geldt het volgende. Voor zover de cessiebeperking voortvloeit uit het objectieve recht, is er een hoge mate van kenbaarheid. Voor zover de cedent en de schuldenaar een cessiebeperking overeenkomen, is die kenbaarheid er niet zonder meer. Contractuele cessiebeperkingen moeten daarom ofwel worden gestandaardiseerd (zodat duidelijk is wat zij inhouden) ofwel er moeten eisen worden gesteld aan de manier waarop die beperkingen bekend worden gemaakt, willen ze tegenover de cessionaris werking hebben.

42 Dit lijkt op artikel 6:34 lid 1 BW, maar kent een andere stelplicht- en bewijslastverdeling.

43 Rechtseconomen hanteren zelden de termen 'sterke' en 'zwakke' partijen en volgen evenmin de gedachte dat consumenten moeten worden beschermd tegen schuldeisers omdat zij 'zwakker' zouden zijn. De algemene notie van 'zwakke partij' is, zonder dat specifieke bronnen van ongelijkheid worden aangewezen, niet steekhoudend. In een rechtseconomische analyse is steeds de vraag of er sprake is van marktfalen en of juridisch ingrijpen tot een betere situatie leidt. Het feit dat de ene partij meer 'macht' heeft dan de andere partij is daarbij niet van primair belang. Zie hierover bijvoorbeeld A.S. Vandenberghe & L.T. Visscher, 'The limits of freedom of contract: insights from Law and Economics', in: R.R. Feltkamp & A. Maertens (Eds), *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten. Welke toekomst beschoren? Autonomie de la volonté, liberté contractuelle et contrats d'entreprise. Quel avenir?*, Antwerpen: Intersentia 2011, pp. 87-114, i.h.b. pp. 101 e.v.

Vormvereisten, uitlegnormen⁴⁴ en derdenbescherming⁴⁵ kunnen hierbij een rol spelen. Een gedetailleerde analyse van de optimale bescherming van de cessionaris valt buiten het bestek van dit artikel. Wel wordt hier opgemerkt dat voor de bescherming van onwetende cessionarissen niet is vereist dat de cessiebeperving ten opzichte van een ieder ongeldig is. Zo kan voor een cessieverbod gelden dat dit aan de cedent tegengeworpen kan worden, maar niet tegenover de cessionaris (variant II).

Wij begonnen deze paragraaf met de opmerking dat vrijwillige transacties zo veel mogelijk moeten worden bevorderd. Daarom pleiten wij er in uitgangspunt voor dat toegekende aanspraken door middel van een property rule worden beschermd. Hoe verhoudt zich dit tot het geldende recht?

De standaardregel naar Nederlands recht is dat er geen cessiebepervingen zijn. Dit komt neer op een aanspraak van de cedent om te kunnen cederen. Deze aanspraak wordt met een property rule beschermd, omdat deze alleen met zijn voorafgaande instemming kan worden afgenomen. In beginsel is dit de wenselijke vorm van bescherming (zie echter hierna voor enkele nuanceringen).

Naar Nederlands recht kunnen partijen cessiebepervingen overeenkomen, waaronder het 3:83(2)-beding. Artikel 3:83 lid 2 BW biedt property rule bescherming van de schuldenaar. De cedent kan, voor en na de cessie, de schuldenaar niet dwingen genoeg te nemen met schadevergoeding in plaats van toepassing van het 3:83(2)-beding. Ook dit vinden wij in uitgangspunt wenselijk. Zoals eerder vermeld vinden wij de inroepbaarheid van een 3:83(2)-beding door anderen dan de schuldenaar echter onwenselijk. Wij kiezen variant III boven variant IV.

Ook het cessieverbod is, in ieder geval tussen de schuldenaar en de cedent, een vorm van property rule bescherming. De cedent kan, voor de cessie heeft plaatsgevonden, de schuldenaar niet dwingen genoeg te nemen met schadevergoeding in plaats van naleving van het verbod.⁴⁶ Na de – niet toegestane – cessie is nakoming van het cessieverbod echter onmogelijk geworden en zal de schuldenaar de cessie als *fait accompli* moeten accepteren en wel genoeg moeten nemen met het ontvangen van een geldbedrag. Dit komt neer op liability rule bescherming als de schuldenaar moet worden gecompenseerd op basis van wanprestatie. Dan wordt immers een objectief vastgesteld bedrag betaald, dat (vanwege de moeilijkheden bij het begroten van de geleden schade) kan afwijken van het bedrag dat door partijen zou zijn overeengekomen. Deze schadevergoeding zou zo hoog

moeten zijn dat het voor de crediteur aantrekkelijker is om niet te cederen (waarna schadevergoeding moet worden betaald) maar om in heronderhandeling met de schuldenaar een oplossing te zoeken.⁴⁷ Naar geldend recht is dit bij de schadebegroting echter geen relevante factor. Als de schuldenaar zich bij de hiervoor bedoelde heronderhandelingen strategisch gedraagt, stijgen de transactiekosten, wat reden kan zijn om over te stappen op liability rule bescherming, waarbij dus een gewone (niet-verhoogde) schadevergoeding op haar plaats is.

Als het cessieverbod echter wordt versterkt met een contractuele boete, dan vormt die boete de door partijen overeengekomen prijs en is er nog steeds sprake van property rule bescherming. Zo'n boete fungeert als het ware als een bovengrens aan de prijs die de cedent moet betalen om de schuldenaar af te kopen en kan strategisch gedrag van de schuldenaar tijdens eventuele heronderhandelingen over het cessieverbod aan banden leggen. Het is wenselijk dat deze boete zo veel mogelijk in stand wordt gelaten en niet wordt vervangen door of aangevuld met schadevergoeding. Dat laatste zou immers neerkomen op een vervanging van property rule bescherming door liability rule bescherming.

In de situatie van prohibitieve transactiekosten kan het wenselijk zijn dat, in plaats van property rule bescherming, liability rule bescherming wordt geboden. Dat is vooral relevant in situaties waarin én niet duidelijk is welke partij – de cedent of de schuldenaar – de meeste waarde toekent aan de aanspraak om te cederen/om cessie te mogen verhinderen én voor de schuldenaar relationele aspecten een rol spelen. In dat geval zou een property rule potentieel gevaarlijk zijn, omdat gezien de hoogte van de transactiekosten daarover niet kan worden onderhandeld en het gevaar bestaat dat de aanspraak bij de verkeerde partij blijft liggen. Tegelijk zijn de relationele belangen van de schuldenaar subjectief en moeilijk te waarderen, terwijl de financiële belangen van de cedent wel goed te waarderen zijn. In dat geval kan het wenselijk zijn dat de schuldenaar tegen een objectieve prijs, te betalen aan de cedent, bescherming kan 'kopen'.

5. Conclusie

In dit artikel hebben wij laten zien hoe de rechtseconomische methode kan worden toegepast op de problematiek van cessiebepervingen. Aan de hand van deze analyse zijn wij gekomen tot een (ruwe) schets van de rechtseconomische beoordelingscriteria voor rechtsregels over cessiebepervingen. Rechtsregels met betrekking tot cessiebepervingen moeten enerzijds de werking van de markt bevorderen door het verlagen van transactiekosten en door aanspraken zo toe te kennen dat transactiekosten in mindere mate een be-

44 Vgl. de norm uit HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, NJ 2015/167, m.nt. Snijders (*Coface/Intergamma*), rov. 3.4.2.

45 Derdenbescherming wordt naar geldend recht in een beperkt aantal gevallen geboden door artikel 3:36 BW. Daarbij zal sprake moeten zijn van een 'verklaring' van de schuldenaar en/of de cedent tegenover de cessionaris.

46 De schuldenaar kan het cessieverbod rechtens afdwingen (artikel 3:296 lid 1 BW), waarbij eventueel een dwangsom kan worden opgelegd. Bovendien kan het cessieverbod worden gehandhaafd door middel van een contractuele boete.

47 De schadevergoeding moet een zogenaamde 'kicker' bevatten die het nastreven van een vrijwillige transactie aantrekkelijker maakt dan een onvrijwillige transactie. Zie bijvoorbeeld Calabresi & Melamed 1972, p. 1126; en J.L. Coleman, 'Crime, Kickers and Transaction Structures', in: J.R. Pennock & J.W. Chapman (Eds), *Criminal Justice*, NOMOS XXVII, New York: New York University Press 1985, pp. 311-328.

lemmering vormen. Voor zover transactiekosten prohibitief zijn, is het wenselijk dat een marktuitskomst zo veel mogelijk wordt nagebootst. De aanspraak moet dan dus worden toegekend aan de actor die de aanspraak naar verwachting het meest waardeert. Het belang van vrijwillige transactie brengt mee dat property rule bescherming daarbij in beginsel wenselijk is.

Dit betekent het volgende voor de inhoud van het recht. Om te beginnen menen wij dat dwingend recht over cessiebepalingen zo veel mogelijk moet worden vermeden, omdat daarmee efficiënte overeenkomsten over de mogelijkheid van cessie onmogelijk worden gemaakt. De nietigheidsbepaling in het voorontwerp vinden wij daarom onwenselijk. Daarnaast pleiten wij in het geval van kleine vorderingsrechten, vooral vorderingsrechten op consumenten, waarbij de transactiekosten naar verwachting relatief hoog zijn en de relationele belangen van de schuldenaar relatief klein, voor de afwezigheid van cessiebepalingen als default. Wij vinden het verder niet wenselijk dat voor de vormgeving van rechtsregels over cessiebepalingen wordt aangeknoopt bij het *motief* van de cedent bij de cessie. Dat motief komt immers al tot uitdrukking in de waardering die de cedent aan de (mogelijkheid van) cessie geeft en dus kan het belang van dat motief via de markt zijn plaats krijgen. Daarom wordt in het voorontwerp ten onrechte aangeknoopt bij 'financieringsdoeleinden'.

Als een standaardregel niet in een cessiebepaling voorziet, dan is het wenselijk dat wordt nagegaan of de 'pijn' aan de zijde van de schuldenaar kan worden verminderd, bijvoorbeeld doordat hij – meer dan nu het geval is – wordt beschermd tegen de betalingsperikelen bij een cessie in die zin dat de cedent en cessionaris worden geprikkeld tot duidelijkheid. Als een standaardregel wel in een cessiebepaling voorziet, dan verdient het de voorkeur dat deze niet alleen tegen de cedent, maar ook tegen de cessionaris kan worden ingeroepen. Wij pleiten er echter wel voor dat cessiebepalingen alleen door de schuldenaar kunnen worden ingeroepen. Bovendien zal ervoor moeten worden gezorgd dat de kenbaarheid van de cessiebepaling voor de cessionaris wordt bevorderd en dat de cessionaris zo nodig derdenbescherming geniet.

De wetgever is – gezien het voorgaande: terecht – druk in de weer met de problematiek rondom cessiebepalingen. Wij menen dat de kwaliteit van de rechtsregels over cessiebepalingen kan worden verbeterd aan de hand van een rechtseconomische analyse, waartoe wij in dit artikel aanzetten deden. Het is nu wachten op een wetsvoorstel.