

Tekst & Uitleg

CJ 4,6,3 Impp. Valerianus et Gallienus AA. Aurelio et Alexandro

Ea lege in vos collata donatio, ut neutri alienandae suae portionis facultas ulla competeret, id efficit, ne alteruter eorum dominium prorsus alien(ar)et, vel ut donatori vel heredi eius condictio, si non fuerit condicio servata, quaeratur.

Een schenking die u is gedaan onder het beding dat aan geen van [u] beiden de bevoegdheid toekomt zijn aandeel te vervreemden, heeft tot gevolg dat geen van beiden op enigerlei wijze de eigendom [mag/zou/kan] vervreemden, of dat, indien de voorwaarde niet in acht genomen is, voor de schenker of voor diens erfgenaam de condictie verkregen wordt.¹

De tekst stamt uit 257 na Christus en geeft een duidelijk beeld van de wijze waarop het Romeinse recht contractuele vervreemdingsverboden behandelt. Er heeft een schenking plaatsgevonden van één zaak aan twee mensen die allebei een aandeel in die zaak hebben verkregen. Er is bij de schenking bepaald dat geen van beiden zijn aandeel mag vervreemden. De centrale vraag is of een vervreemding in strijd met het verbod mogelijk is en, zo ja, welke actie de schenker of zijn erfgenaam heeft. Alleen de tweede vraag wordt expliciet behandeld en daarmee is ook de eerste vraag impliciet beantwoord; de schenker of zijn erfgenaam heeft (enkel) een *condictio*, dat wil zeggen een persoonlijke rechtsvordering, tegen degene die in strijd met het vervreemdingsverbod heeft gehandeld. Het gaat hier om een *condictio ob causam datorum*, ook wel *condictio ob rem datam*, een verrijkingsactie. De verrichte prestatie kan door middel van *condictio* worden terug-gedraaid, maar een eigenaar kan met betrekking tot zijn eigendom niet met een *condictio* optreden.² Er kan dus geen zakelijke actie worden ingesteld tegen derden aan wie de zaak in strijd met het vervreemdingsverbod is vervreemd.³ In dit verband is interessant om op te merken dat de tekst van CJ 4,6,3 niet geheel eenduidig is. De zinsnede '*ne alteruter eorum dominium prorsus alienaret*' bevat de conjunctief *alienaret* die zowel kan betekenen dat de ontvanger niet *kan* vervreemden, als dat de ontvanger niet *mag* vervreemden. Hieruit volgt dat er ook een uitleg van de zinsnede mogelijk

1 Vertaling ontleend aan J.E. Spruit, R. Feenstra, K.E.M. Bongenaar (red.), *Corpus Iuris Civilis. Tekst en Vertaling*.

2 Zie algemeen over de *condictio* P.F. Girard, *Manuel élémentaire de droit Romain*, bewerkt door F. Senn, Parijs: Arthur Rousseau 1929, p. 629 e.v.; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, deel 1, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München: C.H. Beck 1971, § 139. Zie voor dit onderwerp in het bijzonder C.F. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld*, ein Commentar, 16-1, Erlangen: Johann Jacob Palm 1814, p. 65.

3 Het gegeven dat het in dit geval om een aandeel in een zaak gaat, lijkt voor de beantwoording van de vraag niet zoveel uit te maken. Het betreft hier namelijk geen actie van de gemeenschappelijke eigenaars, maar van de schenker en betreft dus niet een afspraak omtrent de (verdeling van) aandelen onderling.

is die een goederenrechtelijke werking impliceert. Dit is ook de middeleeuwse juristen opgevallen. Sommigen menen daarom dat het verbod inderdaad goederenrechtelijk werkt, zodat er niet kan worden vervreemd.⁴ Het algemene beeld van zowel het klassieke als Justiniaanse Romeinse recht is evenwel dat contractuele vervreemdingsverboden geen goederenrechtelijke werking hebben, hetzelfde geldt voor het gemene Romeinse recht.⁵ Ook het huidige Nederlandse recht kent, anders dan bijvoorbeeld het Franse recht in bepaalde gevallen, in beginsel geen goederenrechtelijke werking toe aan vervreemdings-verboden ten aanzien van zaken. Dit is evenwel anders bij vorderingen, daar kan een vervreemdingsverbod met goederenrechtelijke worden overeengekomen tussen schuldenaar en schuldeiser, artikel 3:83 lid 2 BW. Een vervreemdingsverbod heeft niet automatisch goederenrechtelijke werking. Aangezien in de handelspraktijk overeenkomsten regelmatig vervreemdings-verboden bevatten ten aanzien van de daaruit voortvloeiende vorderingen, rijst vaak de vraag of een dergelijke verbod goederen-rechtelijke werking heeft. Aangezien naar Nederlands recht beide opties mogelijk zijn, hangt het antwoord van die vraag af van de bedoeling van partijen zoals neergelegd in de overeenkomst; het is dus een kwestie van uitleg van de overeenkomst. De Hoge Raad heeft in zijn recente arrest *Coface/Intergamma*⁶ een richtinggevende uitspraak gedaan ten aanzien van die uitleg en wanneer er sprake is van goederenrechtelijke werking en wanneer niet. Het uitgangspunt is dat een vervreemdingsverbod enkel obligatoire werking heeft, tenzij uitdrukkelijk goederenrechtelijke werking overeen is gekomen:

"Een beding als het onderhavige, dat naar zijn aard mede is bestemd om de rechtspositie te beïnvloeden van derden die de bedoeling van de contracterende partijen niet kennen, en dat ertoe strekt hun rechtspositie op uniforme wijze te regelen, dient te worden uitgelegd naar objectieve maatstaven, met inachtneming van de *Haviltex*maatstaf (zie HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, NJ 2005/493). Als uitgangspunt bij de uitleg van bedingen die de overdraagbaarheid van een vorderingsrecht uitsluiten, moet worden aangenomen dat zij uitsluitend verbintenisrechtelijke werking hebben, tenzij uit de - naar objectieve maatstaven uit te leggen - formulering daarvan blijkt dat daarmee goederenrechtelijke werking als bedoeld in art. 3:83 lid 2 BW is beoogd. Het hof heeft dit miskend."

De Hoge Raad wijkt voor de uitleg van een vervreemdingsverbod daarmee uitdrukkelijk af van de gebruikelijke "subjectieve *Haviltex*-norm" die voor de uitleg van de rest van de betreffende overeenkomst tussen twee partijen zal gelden en sluit aan bij de meer "objectieve *Haviltex*-norm". Uit het arrest *DSM/Fox*⁷ volgt dat de *Haviltex* norm onder omstandigheden ruimte voor een objectieve uitleg biedt, waarbij een overeenkomst aan de hand van objectieve omstandigheden wordt uitgelegd (onder andere de tekst en de aard van een overeenkomst). Het is opmerkelijk dat de Hoge Raad deze objectieve benadering kiest aangezien deze tot op heden enkel in beperkte gevallen werd toegepast, bijvoorbeeld voor bepaalde notariële aktes, zoals een leveringsakte. In andere vergelijkbare gevallen waarin de positie van derden ook wordt geraakt, hanteert de Hoge Raad deze objectieve benadering niet, zoals bij eigendomsvoorbehoudsbedingen, cessieaktes en pandaktes. Hoewel het valt toe te juichen dat

4 Rogerius, *Summa Codicis*, reprint Bologna 1990, ad 4,6, p. 104, nr 9, en zie ook de glosse *Alien(ar)et ad CJ 4,6,3*.

5 Zie A.H. Scheltema, *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 2003 (XX), p. 34.

6 HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, *Coface/Intergamma*, RvdW 2014/495.

7 HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493 m. nt. Du Perron (*DSM / Fox*).

meer houvast ten aanzien van de uitleg van de overeenkomst wordt geboden, geldt dat argument ook in andere gevallen. De duidelijkheid die deze uitspraak biedt, moet ook worden gezien in het licht van de onduidelijkheid waartoe deze uitspraak leidt voor vergelijkbare andere gevallen; geldt daarbij nog wel of geen objectieve uitleg. Bovendien zullen ten aanzien van één overeenkomst meerdere uitlegeregels gaan gelden; dat is op zich niet uniek maar wel verwarrend en soms moeilijk uit te leggen. Verder is opmerkelijk dat de belangen van de debiteur in wiens belang de bepaling in de regel zal zijn opgenomen, niet even zwaar wegen als die van de vervreemder of verkrijger.

Het tweede deel van de uitspraak van de Hoge Raad is nog opmerkelijker. Er wordt een bewijsvermoeden in het leven geroepen: partijen beogen in beginsel obligatoire werking, tenzij uitdrukkelijk anders is bepaald. Hoewel de beweegredenen van de Hoge Raad mij onbekend zijn, vloeit dit mogelijk voort uit het onderliggende economische belang van de circulatie van goederen en daarmee de wens om niet te snel goederenrechtelijke werking toe te kennen aan vervreemdingsverboden.⁸ Dit is ook de reden om goederenrechtelijke werking voor vervreemdingsverboden voor andere goederen af te wijzen. Daarnaast lijkt rechtszekerheid te zijn beoogd. Een onbedoeld gevolg van deze uitspraak is wel dat veel overeenkomsten en algemene voorwaarden op dit punt zullen worden aangepast. Partijen die vertrouwden op de goederenrechtelijke werking van hun vervreemdingsverboden, maar die dit niet expliciet bepalen, kunnen dat vanaf nu niet meer.

Een vervreemdingsverbod waarin expliciet is bepaald dat het goederenrechtelijke werking heeft, zal inderdaad goederenrechtelijke werking hebben en is daarmee het veiligst. Ook lijkt dit te gelden voor een vervreemdingsverbod waarin is bepaald dat de "vorderingen niet overdraagbaar zijn" of waarin is opgenomen dat de "vorderingen niet kunnen worden overgedragen", maar helemaal zeker is dat voor de laatste zinsnede niet. Het zou mij dan ook niet verbazen dat de Hoge Raad de tekst van CJ 4,6,3 ook in het geval de conjunctief als "de ontvanger niet *kan* vervreemden" moet worden gelezen, geen goederenrechtelijke werking zou aannemen.

Een vraag die vervolgens rijst is of een vervreemdingsverbod de vestiging van beperkte rechten verbiedt. De volgende tekst is op dat punt helder.

CJ 4,51,7 Imp.Iustinianus A. Iohanni pp.

Sancimus, sive lex alienationem inhibuerit sive testator hoc fecerit sive pactio contrahentium hoc admiserit, non solum domini alienationem vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed etiam usus fructus donationem vel hypothecam vel pignoris nexum penitus prohiberi: similique modo et servitutes minime imponi nec emphyteuseos contractum, nisi in his tantummodo casibus, in quibus constitutionum auctoritas vel testatoris voluntas vel pactionum tenor qui alienationem interdixit aliquid tale fieri permiserit.

CJ 4,51,7 De doorluchtige keizer Justinianus aan Johannes, Pretoriaans Prefect.

Wij verordenen dat, of nu een wet vervreemding heeft verboden of dat een erfflater dit verbod heeft gemaakt dan wel de afspraak van de contractsluitende partijen dit verbod van toepassing heeft verklaard, niet alleen de vervreemding van de eigendom of de vrijlating van slaven verboden dient te worden, maar

8 Zie voor een aantal mogelijke argumenten M.H.E. Rongen, Cessie, Diss., Deventer 2012, p. 680 e.v. waarin Rongen pleit voor afschaffing van goederenrechtelijke werking van artikel 3:83 lid 2 BW.

dat eveneens de verlening van vruchtgebruik, het vestigen van hypotheek of het verbinden als pand geheel en al wordt verboden. [Wij verordenen voorts] dat op gelijke wijze ook erfdiensbaarheden niet mogen worden gevestigd en evenmin erfpachtcontracten [mogen worden aangegaan], tenzij alleen in die gevallen waarin het gezag van verordeningen, de wil van de erflater of de inhoud van afspraken waarbij vervreemding is verboden, heeft toegelaten dat iets van deze aard plaatsvindt.

De tekst stamt uit 531 na Christus en behandelt de vraag of een vervreemdingsverbod ongeacht of dat verbod voortvloeit uit de wet, testament of overeenkomst, ertoe leidt dat naast vervreemding, het vestigen van andere (goederenrechtelijke) rechten op het goed verboden is. De conclusie is helder, een vervreemdingsverbod houdt in beginsel ook een verbod in om het mindere te doen; er mogen dus geen goederenrechtelijke rechten worden gevestigd als een vervreemding is verboden. Dit is anders als degene die het verbod in het leven heeft geroepen dit wel heeft toegelaten. Kortom in het Romeinse recht is het een vraag naar de bedoeling van de degene die het verbod in het leven heeft geroepen. Uitgangspunt is daarbij dat zonder omstandigheden die op een andere uitleg wijzen, ook het vestigen van goederenrechtelijke rechten niet is toegestaan. Anders gezegd, er is een bewijsvermoeden dat alle vormen van beschikken zijn verboden, maar er kan iets anders worden overeengekomen. Is anders overeengekomen, dan verhindert het vervreemdings-verbod bijvoorbeeld niet dat een pandrecht wordt gevestigd.

In het Nederlandse recht wordt dezelfde vraag verschillend beantwoord.⁹ Een aantal schrijvers plaatst deze vraag in het kader van artikel 3:228 BW dat bepaalt dat alle goederen die voor overdracht vatbaar zijn, ook voor verpanding vatbaar zijn. Als overdracht is uitgesloten, dan zou verpanding ook niet mogelijk zijn. Het valt niet te ontkennen dat dit een logische gedachte lijkt, maar ze is dat niet. Partijen hebben de vrijheid om een vordering onoverdraagbaar en onverpandbaar te maken. Als partijen ervoor kiezen de vordering weliswaar onoverdraagbaar te maken, maar juist wel verpandbaar, dan kan dat. Immers, partijen zijn op dit punt vrij hun rechtsverhouding in te vullen, net zoals partijen kunnen bepalen dat de vordering slechts na toestemming overdraagbaar is. Artikel 3:228 BW is slechts opgenomen met het oog op afbakening van de rechten die vatbaar zijn voor verpanding, en niet om vorderingen die naar hun aard overdraagbaar zijn maar waarbij de overdraagbaarheid is uitgesloten, per definitie niet vatbaar te laten zijn voor verpanding.¹⁰ Het is dan ook mogelijk dat een vordering die niet kan worden overgedragen, wel vatbaar is voor verpanding. Of verpanding in een dergelijk geval ook mogelijk is, zal afhangen van hetgeen partijen zijn overeengekomen. Het gaat dus evenals in het Romeinse recht om uitleg van de overeenkomst.

Als men de uitspraak van de Hoge Raad volgt en uitgaat van een objectieve uitleg van een vervreemdingsverbod met het oog op de belangen van derden - zie mijn bedenkingen hiervoor -, zal de vraag of een verpanding verboden is eveneens aan de hand van diezelfde objectieve criteria moeten worden uitgelegd, de "objectieve Haviltex maatstaf". Niet de subjectieve bedoeling van partijen is doorslaggevend, het beding moet worden uitgelegd naar objectieve

9 Zie uitgebreid over dit onderwerp, M.H.E. Rongen, Cessie, Diss., Deventer 2012, p. 711 e.v.

10 De gedachte dat uit het systeem van de wet en artikel 3:228 BW zou kunnen afgeleid dat voor de vestiging van een pandrecht/beperkt recht een overdracht vereist is, is nog minder logisch. Dit gaat voorbij aan het gegeven dat voor de vestiging van een beperkt recht een eigen regime geldt (ongeacht of een bepaling van overeenkomstige toepassing is).

maatstaven. Het door de Hoge Raad geformuleerde bewijsvermoeden kan echter niet onverkort worden toegepast; als een vervreemding eenmaal in goederenrechtelijke zin is uitgesloten en dus goederenrechtelijke werking aan het verbod is toegekend, is het bewijsvermoeden zoals door de Hoge Raad geformuleerd niet van toepassing. Anders gezegd, uitgangspunt kan *niet* zijn dat als verpanding niet uitdrukkelijk in goederenrechtelijke zin is verboden, verpanding wel mogelijk is ondanks het wel goederenrechtelijk werkende vervreemdingsverbod (en eventueel slechts obligatoir verboden is). Het ligt veel meer voor de hand de hiervoor aangehaalde tekst CJ 4,54,9 als uitgangspunt te nemen. Als een overdracht verboden is, dan zal in de regel ook beoogd zijn een verpanding te verbieden. Het bewijsvermoeden zou dan ook moeten zijn, dat in het geval een vervreemdingsverbod goederenrechtelijke werking heeft, ook een verpanding in goederenrechtelijke zin zal zijn verboden. Dit volgt niet uit het systeem van de wet, maar is een uitleg van de overeenkomst op een wijze die het meest voor de hand ligt. De Romeinse jurist wist dat al. Immers als een vervreemding in goederenrechtelijke zin is uitgesloten, dan zal de debiteur het in de regel ook onwenselijk vinden dat de vordering als gevolg van een verpanding kan worden uitgewonnen door een derde: de pandhouder (of nog minder wenselijk door een de executiekoper).

Als eenmaal aan de hand van de objectieve maatstaven is vastgesteld dat een vervreemdingsverbod wel obligatoir maar geen goederenrechtelijke werking heeft, dan zou het bewijsvermoeden voor de vraag of verpanding ook (obligatoir) is verboden, mijns inziens, een nuttige functie kunnen vervullen. Daarvoor lijkt echter minder ruimte, immers de uitleg van de vraag of een verpanding ook is verboden, is dan een louter obligatoir vraag. Het beding moet dan - gelet op de formulering van de Hoge Raad - aan de hand van het subjectieve maatstaven ("subjectieve Haviltex criterium") worden uitgelegd. Tegelijkertijd geldt dat het bewijsvermoeden zoals door de Hoge Raad geformuleerd wel in die zin van toepassing is ten aanzien van verpanding: als een vervreemdingsverbod niet goederenrechtelijk werkt, zal een verpandingsverbod in die overeenkomst in beginsel ook niet goederenrechtelijk werken, tenzij een uitdrukkelijk anders luidende bepaling is opgenomen.

A.H. Scheltema¹¹

Den Haag

11 Arjan Scheltema is werkzaam als advocaat bij NautaDutilh N.V.

