

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/131966>

Please be advised that this information was generated on 2019-04-20 and may be subject to change.

De cessie naar Rooms-Gelders recht

Van Lambert Goris naar nieuw BW

1. Inleiding

De Nijmegenaar Lambertus Goris studeerde in Leiden en aan Duitse en Franse universiteiten, was in 1625 even hoogleraar te Harderwijk, maar werd in datzelfde jaar benoemd tot syndicus (stadsadvocaat) te Nijmegen, een functie die hij tot aan zijn dood in 1651 bekleedde. Goris was een groot voorstander van de stichting van een universiteit in Nijmegen, die hij evenwel niet meer heeft mogen meemaken.¹ Een rode draad in zijn rechtswetenschappelijke werk is de vergelijking van het gewoonterecht van het hertogdom Gelre en het graafschap Zutphen met het Romeinse recht. Zijn belangrijkste bijdrage aan de rechtswetenschap is het werk *Adversarium juris subcisivorum tractatus quatuor*.² In deel III van dit werk bevindt zich een hoofdstuk dat over de cessie van vorderingen op naam handelt.³ Dit hoofdstuk vormt het middelpunt van onze bijdrage. Na een korte beschrijving van de ‘overdracht’ van vorderingen in het klassieke en Justiniaanse Romeinse recht (2), volgt een weergave van de visie van Goris (3). Vervolgens zal zijn mening worden vergeleken met de in de Nederlanden geldende opvattingen in de 17^e en 18^e eeuw (4), waarna via de codificaties een sprong naar het hedendaagse recht zal worden gemaakt (5).

¹ Zie P.C. Molhuysen en P.J. Blok (red.), *Nieuw Nederlandsch Biografisch Woordenboek*, Leiden, 1911, deel 1, p. 956. Zijn streven naar een Nijmeegse universiteit verhinderde hem overigens niet om in 1650 een benoeming tot curator van de universiteit te Harderwijk te aanvaarden. De eerste Nijmeegse universiteit werd in 1655 gesticht, maar was slechts een kort leven beschoren. Met het vertrek van haar laatste hoogleraar (en alumnus), Gerard Noodt, hield de universiteit in 1679 op te bestaan. Zie G.C.J.J. van den Bergh, *The Life and Work of Gerard Noodt (1647-1725)*, Oxford, 1988, p. 17-28.

² De editie die wij hebben gebruikt is Lamberti Goris J.C. *Syndici Noviomagensis Adversarium iuris subcisivorum, Ad lucem consuetudinis Ducatus Gelriae & Comitatus Zutphaniae, ac vicinarum Belgii provinciarum*, Tractatus quatuor, Editio tertia, Arnhemii, 1651 (ook verschenen in 1638 en 1643) (hierna: Goris, *Adversarium*). Een ander werk van Goris is *Commentatio ad Tres & Viginti priores titulos reformatae consuetudinis Velaviae, ejusque orae ad ripam Isulae fluminis, partium ducatus Gelriae & comitatus Zutphaniae, cum translatione latina textus vernaculi*, Arnhemii, 1664, ook uitgegeven in 1645. Zie R. Dekkers, *Bibliotheca Belgica Juridica, Een bio-bibliografisch overzicht der rechtsgeleerdheid in de Nederlanden van de vroege tijden af tot 1800*, Brussel, 1951, p. 64.

³ Goris, *Adversarium*, Tract. III, pars I, cap. 1 (in de door ons gebruikte editie: p. 131-140).

2. De cessie in het Romeinse recht

In het klassieke Romeinse recht was een vorderingsrecht onoverdraagbaar. Het persoonlijke karakter van een vordering verhinderde dat deze kon worden losgemaakt van de persoon van de crediteur: de *obligatio* was een *vinculum iuris* ('rechtsketen') tussen debiteur en crediteur.⁴ In het economische verkeer bleek evenwel behoefte te zijn aan de mogelijkheid tot overdracht van vorderingen. Hiertoe nam men zijn toevlucht tot juridische hulpconstructies, waarvan in het bijzonder de procesvertegenwoordiging van belang was.⁵ Hierbij gaf de 'cedent' aan de 'cessionaris' een machtiging (*iussum*) om als *procurator in rem suam* of *cognitor* de vordering van de schuldeiser op de debiteur te innen, waarbij werd afgesproken dat de cessionaris de opbrengst voor zichzelf mocht houden. Deze machtiging kon wellicht gepaard gaan met een overeenkomst van lastgeving (*mandatum*).⁶ Van een werkelijke overdracht is bij deze constructie geen sprake. De cedent bleef de rechthebbende van de vordering en bleef derhalve schuldeiser. Aan deze constructie kleefden twee belangrijke nadelen. Enerzijds kon de machtiging door de cedent worden herroepen, terwijl voorts de dood van de cedent of de cessionaris automatisch het einde van de machtiging met zich bracht. Anderzijds bleef naast de cessionaris de cedent onverminderd bevoegd de vordering zelf te innen.⁷ Hij was immers nog steeds schuldeiser. Pas bij het bereiken van de *litis contestatio* in een procedure ging de oude verbintenis teniet en kwam er een nieuwe verbintenis tot stand tussen de debiteur en de cessionaris.⁸

⁴ Zie R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Kaapstad-Deventer-Boston, 1993, herdruk: Oxford, 1996 (hierna: Zimmermann, *Law of Obligations*), p. 58-59.

⁵ Een andere hulpconstructie was novatie, waaraan evenwel het nadeel was verbonden dat medewerking van de debiteur was vereist. Bovendien leidde novatie bij geseceerde vorderingen tot het tenietgaan van de zekerheidsrechten. Zie M. Kaser/F.B.J.Wubbe, *Romeins privaatrecht*, Zwolle, 1971, p. 263; K. Luig, *Zur Geschichte der Zessionslehre*, Köln-Graz, 1966 (hierna: Luig, *Zessionslehre*), p. 3; Zimmermann, *Law of Obligations*, p. 60.

⁶ Zie Zimmermann, *Law of Obligations*, p. 61, die meent dat de term 'opdracht/last' in deze context niet is op te vatten als de overeenkomst van *mandatum*, maar als synoniem voor *iussum* (letterlijk: bevel). Er kan hier immers geen sprake zijn van een geldige overeenkomst van *mandatum*, want die zou dan *tua tantum gratia* (d.w.z. alleen in het voordeel van de opdrachtnemer) zijn en daarmee naar Romeins recht nietig. Anders: J.H.A. Lokin, C.J.H. Jansen en F. Brandsma, *Het Rooms-Friese recht, De civiele rechtspraktijk van het Hof van Friesland in de 17^e en 18^e eeuw*, Hilversum-Leeuwarden, 1999 (hierna: Lokin-Jansen-Brandsma), p. 75, die dit wel als een werkelijke overeenkomst van *mandatum* beschouwen.

⁷ Zimmermann, *Law of Obligations*, p. 61.

⁸ De *litis contestatio* heeft 'consumerende werking': er vindt ten processe novatie plaats, waardoor het vorderingsrecht naar ius civile tenietgaat en het *dare oportere* wordt vervangen door de processuele verbintenis om datgene te presteren waartoe de rechter gedaagde eventueel zal veroordelen (*condemnari oportere*). Het gevolg van het tenietgaan van de vordering is dat niet nog eens op basis van de vordering kan worden geprocedeerd. Zie Kaser/Wubbe, *Romeins privaatrecht*, p. 391-392.

Naast deze omslachtige, procesrechtelijke weg kwamen gaandeweg twee effectievere middelen tot ontwikkeling. De koper van een vordering kreeg na verloop van tijd een zelfstandige actie toegekend, een *actio utilis*, die het hem mogelijk maakte in eigen naam te innen. Ten tijde van Justinianus werd de *actio utilis* bij alle rechtshandelingen toegekend, die de strekking hadden de vordering aan een ander te doen toekomen.⁹ De *actio utilis* van de cessionaris bestond naast de *actio directa* van de cedent, zodat in beginsel de cedent nog steeds de vordering kon innen. Daarnaast kon evenwel de debiteur, zodra hij op de hoogte was van de cessie, tegen een vordering tot nakoming door de cedent de *exceptio doli* opwerpen.¹⁰ Het behoeft geen nadere uitleg dat de cessionaris erbij gebaat was de debiteur zo spoedig mogelijk op de hoogte te stellen van de cessie. Dit effect werd bereikt door de mededeling (*denuntiatio*). Deze *denuntiatio* leidde ertoe dat de debiteur zelfs niet meer *mocht* betalen aan de oorspronkelijke schuldeiser.¹¹ Of dit ook geldt in andere gevallen waarin de debiteur wetenschap had van de cessie is omstreden.¹²

De mededeling had aldus ten tijde van Justinianus het effect dat de *debitor cessus* alleen nog maar aan de cessionaris bevrijdend kon betalen, een resultaat dat in praktisch gevolg gelijk is aan een werkelijke overdracht van de vordering.¹³ Luig merkt op dat zich met de verandering van het begrip *actio utilis* – *actio* gaat materieelrechtelijke gerechtigdheid betekenen – zich de ontwikkeling naar een werkelijke overgang van de vordering heeft voltrokken. Degene die de *actio* heeft is de crediteur, waarbij het niet uitmaakt dat de *actio* een ‘nuttelijke’ actie is.¹⁴ Het *Corpus iuris civilis* bevat evenwel een aantal klassieke teksten, waarin bijvoorbeeld nog gesproken wordt over de *procurator in rem suam*, die onverenigbaar zijn met de idee dat de vordering werkelijk overgaat naar de cessionaris. Dit heeft ertoe geleid dat de *glossatoren* en de *commentatoren* niet in staat zijn gebleken uit de (soms tegenstrijdige) teksten van het *Corpus iuris* een algemeen aanvaarde cessie-theorie af te leiden, waarin wordt uitgegaan van de overdraagbaarheid van vorderingen op naam. Van de glossatoren stammen uitdrukkingen als dat ‘de vordering net zo min van de persoon van de crediteur gescheiden kan worden als de ziel van het lichaam’ en dat ‘de vordering aan het gebeente vastzit’ (*nomen ossibus inhaeret*).¹⁵ De vraag of een vordering werkelijk overdraagbaar was, werd derhalve voor het gerecipieerde Romeinse recht veelal

⁹ Zimmermann, *Law of Obligations*, p. 62. Zie tevens Luig, *Zessionslehre*, p. 5-6.

¹⁰ Vgl. Zimmermann, *Law of Obligations*, p. 62; Luig, *Zessionslehre*, pp. 6 en 19.

¹¹ Zimmermann, *Law of Obligations*, p. 63.

¹² Zimmermann, *Law of Obligations*, p. 63. Zie ook hierna, onder 3a.

¹³ Zimmermann, *Law of Obligations*, p. 63.

¹⁴ Luig, *Zessionslehre*, p. 6.

¹⁵ Vgl. Accursius, glosse *in nominibus* ad D. 15.1.16: ‘Quae nomina sive actiones non possunt separari a domino, sicut nec anima a corpore’; Azo, *Summa Codicis* 4.10, nr. 19: ‘Si aliquis eam vult omnino a se separare per cessionem, adeo inhaeret ossibus eius’. Zie verder Luig, *Zessionslehre*, p. 12, waaraan de zojuist weergegeven citaten zijn ontleend.

ontkennend beantwoord.¹⁶ Op dit punt durfden ook de juristen van de *usus modernus* het niet aan om de door de glossatoren bereikte resultaten ter discussie te stellen.¹⁷ De idee dat een vordering niet overdraagbaar is, was zelfs nog de heersende mening in Duitsland in de eerste helft van de negentiende eeuw.¹⁸ Waar een werkelijke overdracht niet aanvaard werd, bleef men zijn toevlucht nemen tot hulpconstructies (bijv. cessiemandaat).¹⁹

3. Lamberti Goris Jurisconsulti Adversariorum Iuris Subcisivorum, Ad lucem consuetudinis Gelriae & Zutphaniae, Tractatus III, qui Miscellaneus, pars prior, caput primum

Wij zullen thans de uiteenzetting van Goris over de cessie naar Gelders recht bespreken, waarbij wij de tekst van de Nijmeegse rechtsgeleerde op de voet volgen.

a. Goris' weergave van het Romeinse recht

Goris vangt zijn verhandeling aan met de vaststelling dat naar Romeins recht de cessionaris na een cessie een *actio utilis* verkrijgt, waarmee hij zijn recht jegens de schuldenaar van de gecedeerde vordering kan uitoefenen. Volgens Goris blijft in geval van cessie de *actio directa* bij de cedent en wordt slechts de *actio utilis* op de cessionaris overgedragen: '*Iure civili, facta cessione in cessionarium tantum transfertur utilis actio, remanente penes cedentem directa.*'²⁰ De cedent verliest evenwel de mogelijkheid om de

¹⁶ Zimmermann, *Law of Obligations*, p. 63.

¹⁷ Luig, *Zessionslehre*, p. 11-12. Volgens Coing, evenwel, waren reeds in de 15e eeuw Franse juristen van mening dat vorderingen overdraagbare goederen waren. Zie H. Coing, *Europäisches Privatrecht*, Band I, Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800), München, 1985 (hierna: Coing, *Europäisches Privatrecht I*), p. 445.

¹⁸ Zie vooral C.F. Mühlenbruch, *Die Lehre von der Zession der Forderungsrechte*, 3e druk, Greifswald, 1836, p. 20-22. Zie Luig, *Zessionslehre*, p. 59.

¹⁹ Zie Luig, *Zessionslehre*, p. 11-22. Nog in art. 2458 van het eerste ontwerp voor een burgerlijk wetboek van J.M. Kemper (1816) wordt bij de cessie gesproken over 'het geven van een volmacht aan den cessionaris, om dat recht en die actie te zijnen voordeele te vervolgen'. In het tweede ontwerp-Kemper (1820) is de volmacht tot inning evenwel niet teruggekeerd (art. 2151). Zie over deze kwestie J. Wiarda, *Cessie of overdracht van schuldvorderingen op naam naar Nederlandsch burgerlijk recht*, Zwolle, 1937, (hierna: Wiarda, *Cessie*), p. 66-67.

²⁰ Goris, *Adversariorum*, Tract. III, pars I, cap. I, summaria, nr. 1. In dezelfde zin, Goris, *Adversariorum*, Tract. III, pars I, cap. I, nr. 1. Het woord 'overgedragen' (*transfertur*) impliceert dat de *actio utilis* aanvankelijk (vóór de overdracht) bij de cedent berustte. Dit is strikt genomen onjuist. De cedent heeft de *actio utilis* nooit gehad en kan deze dus ook niet op de cessionaris overdragen. De *actio utilis* is een actie die de praetor rechtstreeks aan de cessionaris kan verlenen ter bescherming van diens belang. Vgl. Luig, *Zessionslehre*, p. 26 e.v.; F. Grosskopf, *Die geschiedenis van die sessie van vorderingsregte*, Leiden, 1960 (hierna: Grosskopf, *Sessie*), p. 75 e.v.; Wiarda, *Cessie*, p. 29. Ook Goris' tijdgenoot Johannes van de

actio directa in te stellen in de volgende drie gevallen: de *litis contestatio* is totstandgekomen, de debiteur heeft reeds een deel van de schuld betaald, of mededeling van de cessie aan de debiteur heeft plaatsgevonden. Goris verwijst hier naar C. 8.41.3, waarin deze drie gevallen worden genoemd.²¹ Goris merkt op dat *Baldus de Ubaldis* hier nog een vierde omstandigheid aan toevoegt. Ook ingeval nog geen mededeling is gedaan, maar de cessie ten voordele van de cessionaris heeft plaatsgevonden, krijgt de cedent die door middel van de *actio directa* een recht op betaling tracht te doen gelden, nul op het rekest. Hiervoor vereist Baldus wel dat de *debitor cessus* anderszins op de hoogte is van de cessie. Indien daarentegen de cessie in het belang van de cedent heeft plaatsgevonden, kan de debiteur bevrijdend betalen aan de cedent, tenzij een van de drie gevallen van C. 8.41.3 zich voordoet.²² Volgens Goris is deze afwijkende opvatting van Baldus de Ubaldis niet ongeloofwaardig, ondanks het feit dat – zoals hij zelf opmerkt – deze door geen enkele juridische tekst wordt bevestigd en derhalve door weinig rechtsgeleerden is overgenomen.²³

Men moet Baldus' opvatting zien in het licht van de zienswijzen die over deze kwestie door glossatoren en commentatoren zijn geuit. Men was het er over eens dat, indien zich een van de drie gevallen van C. 8.41.3 voordoet, de *debitor cessus* niet meer bevrijdend aan de cedent mocht betalen. De *Glossa ordinaria* van *Accursius* voegde hier echter een vierde geval aan toe: de debiteur heeft – zonder dat *denuntiatio* heeft plaatsgevonden – wetenschap van de cessie.²⁴ De loutere kennis van de cessie bij de debiteur verhinderde derhalve dat de cedent effectief nakoming kon eisen. Sinds *Jacobus de Arena* en *Bartolus* heerste dan ook de opvatting dat, indien geen van de in C. 8.41.3 genoemde gevallen zich voordeed, de cedent weliswaar nog over de *actio directa* beschikte, maar dat deze waardeloos was bij eigen wetenschap van de *debitor cessus* (die dan immers een exceptie

Sande maakt dezelfde 'vergissing', gezien het gebruik van de term '*transeunt*' (gaan over) in *Commentarius de actionum cessione*, in *Opera omnia juridica Joannis et Frederici à Sande*, Antverpiae, 1674 (hierna: Van de Sande, *De actionum cessione*), cap. II, nr. 2: 'Alia quavis nuda voluntate absque mandato ceduntur actiones, modo titulus seu causa, unde voluntas transferendae actionis colligatur, praecesserit, ex qua actiones utiles in cessionarium transeunt (...).'

²¹ Goris, *Adversariorum*, Tract. III, pars I, cap. I, nr. 1.

²² Goris, *Adversariorum*, Tract. III, pars I, cap. I, nrs. 2-3. Zie voor Baldus, Baldi Ubaldi Pervsini iurisconsulti ..., *In quartum & quintum Codicis libros commentari*, Venetiis, 1586, commentaar op C. 4.10.1, nr. 33-35. Zie tevens Baldus' commentaar op C. 8. 41.3.

²³ Goris, *Adversariorum*, Tract. III, pars I, cap. I, nr. 3. De door Goris enkele malen genoemde Paul van Christynen (Paulus Christinaeus 1553-1631) was dezelfde opvatting toegedaan. Zie diens *Decisiones practicarum quaestionum rerumque*, Vol. 1, dec. 137, nr. 6 e.v.: '(...) quod cessio fit gratia cessionarii, et in eius commodum tantum cedens semper repellitur ab agendo, et debitor contra quem facta est cessio, non potest solvere creditori cedenti, dummodo sciat cessionem factam etiam sine alia ulla denunciazione.' Zie tevens de hierna genoemde middeleeuwse juristen.

²⁴ *Accursius*, glosse *Ignorabat* ad D. 2.15.17. Zie hiervoor Grosskopf, *Sessie*, p. 70.

VERHAGEN

kon opwerpen).²⁵ Hiermee werd in feite C. 8.41.3 terzijde gesteld. *Jacobus de Arena* rechtvaardigde dit door te stellen dat deze Codex-tekst slechts betrekking heeft op een cessie die in het belang van de cedent is geschied.²⁶ Voortbouwend op *Jacobus de Arena* onderscheidt *Bartolus* tussen een cessie *ad commodum cedentis* en een cessie *ad commodum cessionarii*. Indien de cessie ten gunste van de cessionaris is geschied, is volgens *Bartolus* de loutere wetenschap (*simplex scientia*) voldoende om te bewerkstelligen dat de cedent niet meer kan vorderen van de debiteur. C. 8.41.3 is nog slechts relevant voor de cessie die in het belang van de cedent zelf heeft plaatsgevonden.²⁷ Deze interpretatie heeft bij de commentatoren navolging gekregen, al waren er natuurlijk ook tegenstanders.²⁸ Het is juist *Baldus* zelf, die niet onverdeeld enthousiast lijkt te zijn over het onderscheid tussen de cessie *ad commodum cedentis* en de cessie *ad commodum cessionarii*. Met *Paulus de Castro* geeft hij eerder de voorkeur aan het onderscheid tussen een cessie *ex necessitate* en een cessie *ex voluntate*.²⁹ Toch is *Baldus* uiteindelijk van oordeel dat in geval van een cessie ten gunste van de cessionaris de debiteur bij wetenschap van de cessie niet meer bevrijdend kan betalen aan de cedent.³⁰

Goris aanvaardt derhalve de eigen wetenschap van de *debitor cessus* als een vierde omstandigheid waaronder de gecedeerde vordering (in geval van een cessie ten gunste van de cessionaris) volledig op de cessionaris ‘overgaat’, als passend binnen het systeem van het Romeinse recht. Een uitvloeisel van deze interpretatie van Goris is dat in zijn optiek ook naar Romeins recht de mededeling (*denuntiatio*) in de regel geen vereiste was voor het wegvallen van de bevoegdheid van de cedent om nakoming te vorderen. De meeste cessies zullen immers in het belang van de cessionaris hebben plaatsgevonden. Wel is naar Romeins recht volgens Goris vereist dat dan de debiteur anders dan door mededeling op de hoogte was van de cessie. Het zou evenwel kunnen zijn dat volgens Goris deze eigen wetenschap (in moderne termen) geen goederenrechtelijke functie had, maar slechts een verbintenisrechtelijke, namelijk het ontnemen van de bevoegdheid aan de debiteur om bevrijdend te betalen aan de cedent.

Goris beschouwt *Baldus*’ interpretatie ‘naar recht en rede’ als de meest geschikte (*juris & rationis non imperitus*) en nodigt hem, aan het slot van zijn bespreking van het Romeinse

²⁵ Grosskopf, *Sessie*, p. 71-75.

²⁶ Commentaar op D. 36.1.1.3, nr. 3. Zie Grosskopf, *Sessie*, p. 72.

²⁷ Commentaar op D.2.14.16.pr en D 36.1.65.2. Zie Grosskopf, *Sessie*, p. 73-74.

²⁸ Grosskopf noemt *Paulus de Castro*, commentaar op D. 36.1.65.2, nr. 4. Zie Grosskopf, *Sessie*, p. 73, noot 185. Zie over deze kwestie naar Rooms-Fries recht (Van de Sande), Lokin-Jansen-Brandsma, p. 80-86.

²⁹ Zie Grosskopf, *Sessie*, p. 74, met verwijzing naar *Baldus*’ commentaar op C. 8.41.3, nr. 1.

³⁰ Grosskopf, *Sessie*, p. 74.

recht, uit om samen met hem te bekijken in hoeverre de eerder genoemde regels overeenkomen met de gebruiken van het Gelderse vaderland.³¹

b. De cessie naar Gelders recht

Goris begint zijn verhandeling over het Gelderse recht met de opmerking dat in het Gelderse gewoonterecht de cessie van een vordering, de levering van een onroerende zaak en zelfs de levering van een roerende zaak allemaal onder de term ‘transport worden geschaard.’³² Dit begrip ligt volgens Goris zeer dicht aan tegen het Latijnse ‘*translatio*’ (overdracht), dat op zijn beurt een synoniem is van ‘*cessio*’. De beide termen, *translatio* en *cessio*, worden bijvoorbeeld in de Codex door elkaar gebruikt.³³

Vervolgens komt Goris meteen tot het kernpunt van zijn betoog: naar Gelders gewoonterecht heeft de cedent, nadat hij eenmaal gecedeerd heeft, geen enkele vordering meer en wordt al wat hij aan rechten had, op de cessionaris overgedragen.³⁴ In de woorden van Goris:

*‘Inspecta porrò consuetudine, existimarim cedentem facta semel cessione nullam penitus retinere actionem, & quicquid juris habuerit in cessionarium transferri.’*³⁵

Derhalve wanneer hij desalniettemin een vordering instelt, zegt Goris, zal de cedent terecht met een exceptie niet-ontvankelijk dienen te worden verklaard.³⁶ Hieraan voegt hij toe dat naar Gelders recht de mededeling van de cessie door middel van betekening (*insinuatio*) aan de debiteur, teneinde hem ervan te weerhouden bevrijdend te betalen aan de cedent, niet is vereist.³⁷ Wel is dan noodzakelijk dat de debiteur op andere wijze op de

³¹ Goris, *Adversariorum*, Tract. III, pars I, cap. I, nr. 3.

³² Goris, *Adversariorum*, Tract. III, pars I, cap. I, nr. 4. Vgl. Van de Sande, *De actionum cessione*, cap. I, 3: ‘Cedere actionibus, nihil aliud est, quam actiones alteri praestare (...) unde cessionem vulgo transport vocamus’. Vgl. Wiarda, *Cessie*, p. 38; Grosskopf, *Sessie*, p. 112; Coing, *Europäisches Privatrecht I*, p. 445 en p. 446. Ook *assignatio* is een synoniem voor *cessio* en *transportus*.

³³ Goris, *Adversariorum*, Tract. III, pars I, cap. I, nr. 4. ‘Cessie’ wordt blijkens de tekst van Goris zowel in ruime zin (als synoniem voor de gehele overdracht (*translatio*)) als in enge zin (als levering, bijv. als synoniem voor *transportus* of *traditio*) gebruikt.

³⁴ Goris, *Adversariorum*, Tract. III, pars I, cap. I, nr. 5. Hij baseert zich o.a. op Pierre Rebuffi (Petrus Rebuffus 1487-1557), *Commentarius in Constitutiones regias*, tom. II, De cessionibus actionum (hierna: *Constitutiones regias*), art. 2, glos. 9: ‘directae [actiones, HV/IH] remanent inefficaces apud cedentem: cum omnino remisit quicquid juris haberet.’ Over de cessie-leer van Rebuffi, zie Grosskopf, *Sessie*, p. 89.

³⁵ Goris, *Adversariorum*, Tract. III, pars I, cap. I, nr. 5.

³⁶ Goris, *Adversariorum*, Tract. III, pars I, cap. I, nr. 5.

³⁷ ‘Nec moribus nostris post cessionem usque adeo opus erit insinuatione instrumenti cessionis debitori facienda, ne solvat cedenti, (...) modo aliunde factae cessionis scientiam habeat’. Goris, *Adversariorum*, Tract. III, pars I, cap. I, nr. 6.

VERHAGEN

hoogte is van de cessie.³⁸ Dit laat evenwel onverlet dat het raadzaam kan zijn om toch mededeling te doen, teneinde woordenzifterijen en gecompliceerde redetwisten die over deze kwestie kunnen ontstaan te voorkomen (*ad evitandum cavillationes et multiplices disputationes, quae in hac materia exoriri possunt*).³⁹

Uit deze passage mag worden afgeleid dat volgens Goris naar Gelders recht noch betekening noch een informele mededeling noodzakelijk is voor overdracht van de vordering. Het feit dat volgens Goris de debiteur aan de cessionaris mag betalen, ook indien hij anders dan door mededeling op de hoogte was van de cessie, doet dit reeds vermoeden. Dit lijkt te veronderstellen dat mededeling niet noodzakelijk was voor de overdracht van de vordering. Hoe zou immers de debiteur verplicht kunnen zijn aan de cessionaris te betalen indien de vordering niet reeds aan hem is overgedragen? Toch is Goris' opmerking over de eigen wetenschap van de debiteur op zichzelf nog geen sluitend bewijs voor het niet-constitutieve karakter van de mededeling naar Gelders recht. Naar Rooms-Fries recht was namelijk bij eigen wetenschap van de cessie de debiteur eveneens gehouden aan de cessionaris te betalen, hoewel de mededeling een constitutief vereiste voor de overdracht van de vordering was. Van de Sande stelt eigen wetenschap gelijk aan de mededeling, met dien verstande dat indien de *denuntiatio* nog niet had plaatsgehad de cedent het cessie-mandaat eenzijdig kon herroepen.⁴⁰

Waar Goris echter stelt dat naar Gelders gewoonterecht, nadat de cedent eenmaal heeft gecedeerd, al wat hij aan rechten had op de cessionaris is overgedragen, kan dit moeilijk anders uitgelegd worden dan dat volgens hem de vordering bij de akte van cessie overgaat.⁴¹ De verwijzingen van Goris naar Rebuffi, Paul van Christynen en de Grote Raad van Mechelen staven deze conclusie.⁴² Zowel Rebuffi en Christynen als de Grote Raad waren immers van oordeel dat mededeling aan de debiteur geen geldigheidsvereiste voor de overdracht was, maar slechts nodig was om te bewerkstelligen dat de debiteur aan de cessionaris zou betalen.⁴³ De betekening of de mededeling van de cessie, of de eigen wetenschap van de debiteur, hebben bij Goris dezelfde functie.

³⁸ Goris, *Adversariorum*, Tract. III, pars I, cap. I, nr. 6. Vgl. Grosskopf, *Sessie*, p. 117.

³⁹ Goris, *Adversariorum*, Tract. III, pars I, cap. I, nr. 6. Goris verwijst hier naar het stadsrecht van Roermond.

⁴⁰ Zie uitvoerig Lokin-Jansen-Brandsma, p. 80-86. Een verwante benadering vindt men in een arrest van de Franse cour de cassation van 9 mei 1864, D. 1864, I, 190, besproken door W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht I*, Inleiding en Zakenrecht, Groningen 1993 (hierna: Zwalve, Hoofdstukken), p. 290-291.

⁴¹ Zie hierna onder d over de akte van cessie.

⁴² Goris, *Adversariorum*, Tract. III, pars I, cap. I, nr. 5 en Annot. ad nr. 8, verwijst verscheidene malen naar de Grote Raad van Mechelen (*Duodecimviralis Senatus*), waar de door hem enkele malen genoemde Paul van Christynen advocaat was.

⁴³ Rebuffi, Christynen en de Grote Raad van Mechelen worden besproken door Grosskopf, *Sessie*, p. 89 (Rebuffi) en p. 100-102 (Grote Raad en Christynen). Elders verkondigt

c. Vergelijking met de levering van onroerende zaken

Goris vergelijkt het Romeinse recht met het Gelderse recht. Hierbij gaat hij uitvoerig in op de levering van onroerende zaken naar Gelders recht, waarbij – let wel – dezelfde terminologie (*cessio, transportus*) wordt gehanteerd. Deze uitvoerige bespreking van de levering van onroerende zaken kan men moeilijk anders uitleggen dan dat hij geschiedt om aan te tonen dat de cedent na de cessie geen rechten meer overhoudt.

Naar *Romeins* recht, zo merkt Goris op, volstaat een enkele lastgeving (*solo mandato*) of de loutere wilsovereenstemming (*nuda voluntate*) om een actie over te dragen, zonder dat hierbij enig formeel vereiste voor de levering dat ter plaatse geldt in acht hoeft te worden genomen. De cedent heeft vervolgens nog tot het moment dat één van de omstandigheden van C. 8.41.3 zich voordoet, het recht om zijn *actio directa* uit te oefenen. Ook het bewijsvermoeden van het (nog) bestaan van dit recht op de prestatie ligt aan zijn kant.⁴⁴ Naar Gelders recht ligt dit alles heel anders, volgens Goris. Goris overweegt dat bij de overdracht van onroerende zaken een eenvoudige levering (*simplex traditio*) niet volstaat.⁴⁵ Voor een geldige eigendomsoverdracht van een onroerende zaak is een formele handeling noodzakelijk, in aanwezigheid van de magistraat van de plaats waar de te leveren zaak gelegen is.⁴⁶ In bepaalde plaatsen kan het noodzakelijk zijn dat, in het bijzijn van twee getuigen, afstand (*renunciatio*) wordt gedaan en dat een afwijzing (*refutatio*)

Christynen evenwel een andere opvatting. Zie Wiarda, *Cessie*, p. 42 en Grosskopf, *Sessie*, p. 100-102. Het lijkt overigens dat in de 18^e eeuw de Grote Raad van Mechelen is omgegaan. Godding noemt een arrest van 12 november 1716, waarin de mededeling – in overeenstemming met de Franse rechtspraak – als geldigheidsvereiste voor de cessie wordt beschouwd. Zie Coloma, I, 255. De Raad van Vlaanderen achtte daarentegen de mededeling slechts nodig teneinde te verhinderen dat de *debitor cessus* aan de cedent zou betalen. Zie het arrest van 12 november 1674, *Jurisprudence de Flandres*, II, 378. Zie Ph. Godding, *Le droit privé dans les Pays-Bas méridionaux du 12^e au 18^e siècle*, Brussel, 1987, nr. 746.

⁴⁴ Goris, *Adversariorum*, Tract. III, pars I, cap. I, nr. 7.

⁴⁵ Goris, *Adversariorum*, Tract. III, pars I, cap. I, nr. 8. Naar klassiek Romeins recht volstond formeel gezien een *simplex traditio* overigens ook niet. Voor de overdracht van onroerende zaken was naar *ius civile* een *mancipatio* of *in iure cessio* noodzakelijk. De traditio van een onroerende zaak door de eigenaar verschafte evenwel de verkrijger naar *ius honorarium* een positie die in vrijwel alle opzichten even sterk was als die van een eigenaar. Hij wordt daarom in de moderne literatuur wel praetorisch eigenaar genoemd. In de loop van de klassieke tijd raakte de *mancipatio* steeds meer in onbruik; Justinianus liet de *mancipatio* uit de teksten schrappen. Zie Kaser/Wubbe, *Romeins privaatrecht*, p. 118, 119.

⁴⁶ Goris, *Adversariorum*, Tract. III, pars I, cap. I, nr. 8. De zinsnede ‘ubi res cedenda sita est’, geeft aan dat cedere niet alleen aan de overdracht van een vorderingsrecht voorbehouden is (zie noot 33). Het lijkt hier bij uitstek te gaan over de overdracht van een onroerende zaak, gezien de woorden ‘sita est’ (gelegen is) en ‘erffpachteren’.

VERHAGEN

plaatsvindt van het recht dat iemand op het te leveren goed had.⁴⁷ Goris vervolgt dat deze formaliteiten in dezelfde mate vereist worden, wanneer iemand een vordering met betrekking tot een onroerende zaak (*actionem ad rem immobilem*) cedeert.⁴⁸ Wanneer dit afgehandeld is, stelt Goris, behoudt hij voor zichzelf in het geheel geen recht op die zaak die hij vervreemd heeft, zodat hij terecht ook de *actio directa* verliest. Goris merkt op dat hiermee de zienswijze van Rebuffi bijna overeenstemt, als hij zegt: bij die cessie die op formele wijze heeft plaatsgevonden blijven de *actiones directae* zonder effect bij de cedent, omdat hij volledig alles wat hij aan rechten had, verliest.⁴⁹

Goris verwijst nog naar de gewoonte om door middel van een *festuca* symbolisch afstand te doen van de overgedragen zaak. De vervreemder van een onroerende zaak doet afstand van zijn bezit door het wegwerpen van een stok of grashalm (*festuca*), de zogenaamde *effestucatio* of *werpitio* (stoklegging of halmgoeding).⁵⁰ Wie zal er zich dan over verwonderen, vraagt Goris retorisch, dat de cedent die zich op deze wijze van zijn recht beroofd ziet, in die zin dat als de zaak door middel van een *actio directa* hem eenmaal ontzegd is, en, om het zo maar eens uit te drukken ‘door hem achtergelaten is’, niet verder kan procederen?⁵¹ Hier dicht tegen aan ligt volgens Goris de gedachte dat, volgens de mening van bepaalde juristen, ook naar *ius commune* de cessie zo moet plaatsvinden als hier wordt behandeld. In het verlengde hiervan wordt volgens Goris verdedigd dat aan de cessionaris niet alleen elke actie die hij heeft tegen de schuldenaar wordt overgedragen, maar ook elke verwachting en elke uitoefening van de actie, zozeer dat geen enkel facet van de actie dat hij rechtens nog zou kunnen uitoefenen, nog bij de cedent berust.⁵²

d. De levering van vorderingen op naam volgens Goris

De uitvoerige vergelijking van de cessie met de levering van onroerende zaken geschiedt, teneinde aan te tonen dat het gevolg van de cessie is dat de gecedeerde vordering werkelijk wordt overgedragen op de cessionaris. De cedent houdt evenals bij de levering van onroerende zaken na de cessie geen rechten meer over. Goris vermeldt hierbij de opvatting

⁴⁷ Goris, *Adversariorum*, Tract. III, pars I, cap. I, nr. 8. Voor de levering van onroerende zaken naar middeleeuws recht, zie P.L. Nève, De overdracht van onroerend goed in de Middeleeuwen, in: J.J.A. de Groot e.a., *De levering van onroerend goed*, Ars Notariatus XXXII, Deventer 1985, p. 23-37.

⁴⁸ Goris, *Adversariorum*, Tract. III, pars I, cap. I, nr. 8.

⁴⁹ Goris, *Adversariorum*, Tract. III, pars I, cap. I, nr. 8. Goris' zienswijze stemt 'bijna' met die van Rebuffi overeen, omdat Goris van mening is dat de cedent zijn *actio directa* verliest, terwijl Rebuffi daarentegen alleen de werking aan de *actio directa* van de cedent ontzegt, maar wel vindt dat deze actie *apud cedentem* blijft.

⁵⁰ Goris, *Adversariorum*, Tract. III, pars I, cap. I, nr. 9.

⁵¹ Goris, *Adversariorum*, Tract. III, pars I, cap. I, nr. 10.

⁵² Goris, *Adversariorum*, Tract. III, pars I, cap. I, nr. 12.

dat dit zelfs het geval is indien het een cessie bij voorbaat van een toekomstige vordering betreft. Uit de intensieve vergelijking van de cessie met de levering van onroerende zaken mag worden afgeleid dat Goris de cessie – in hedendaagse terminologie – als een goederenrechtelijk rechtsinstituut beschouwt.⁵³ De cessie is meer dan een verbintenisrechtelijke of procesrechtelijke machtiging tot inning van een vordering. Indien een vordering gecedeerd is, wordt de vordering werkelijk ten volle overgedragen aan de cessionaris en heeft de cedent geen aanspraken meer. Hierbij is niet met zekerheid aan te geven of in Goris' perceptie de schuldvordering of slechts de rechtsvordering wordt overgedragen. Wiarda heeft erop gewezen dat deze vraag de oud-vaderlandse juristen niet heeft beziggehouden.⁵⁴ Waar het om gaat is dat volgens Goris de cedent geen enkele vordering meer heeft en dat al wat hij aan rechten had op de cessionaris is overgedragen. Volgens Goris is hiervoor niet nodig dat betekening of mededeling aan de debiteur plaatsvindt.

Goris werkt evenwel zelf niet verder uit in hoeverre nu precies de cessie van vorderingen op naam op dezelfde wijze dient te worden behandeld als de levering van onroerende zaken. Vanwege de vergelijking die Goris maakt met de levering van onroerende zaken mag onzes inziens in ieder geval worden geconcludeerd dat voor de overdracht van een vordering op naam een afzonderlijke levering nodig is. De loutere obligatoire overeenkomst is derhalve niet voldoende om overdracht te bewerkstelligen. Of deze levering (cessie) volgens Goris aan formaliteiten is gebonden is niet geheel duidelijk. De uitvoerige vergelijking met de levering van onroerende zaken alsmede de verwijzing naar Rebuffi lijken te impliceren dat dit het geval is. Rebuffi is immers van mening dat slechts een cessie die op formele wijze (*sollenniter*) heeft plaatsgevonden ertoe leidt dat de cedent niet meer van de debiteur kan vorderen, terwijl Goris tevens benadrukt dat voor de levering van onroerende zaken een *traditio simplex* niet volstaat. Welke formele vereisten dan naar Gelders recht vervuld zouden dienen te zijn, wordt door Goris niet aangegeven. Slechts ten aanzien van de cessie van een vordering die een onroerende zaak betreft merkt Goris op dat deze aan dezelfde vormvereisten is onderworpen als de levering van de onroerende zaak zelf.⁵⁵ De door Goris herhaaldelijk aangehaalde Pierre Rebuffi was van oordeel dat in andere gevallen de cessie diende plaats te vinden in het bijzijn van een getuige of vergezeld diende te gaan van een plechtige eed.⁵⁶ In Goris' tekst zijn evenwel

⁵³ Vgl. Wiarda, *Cessie*, p. 71: 'De oud-Fransche en oud-Vaderlandsche juristen hebben de cessie, met een open oog voor hare verbintenisrechtelijke zijde, vooral van haren zakenrechtelijke kant gezien.' Vgl. tevens Lokin-Jansen-Brandsma, p. 79.

⁵⁴ Zie Wiarda, *Cessie*, p. 44-45, met verwijzingen naar (o.a.) De Groot, Voet, Van de Sande en Huber.

⁵⁵ Goris, *Adversariorum*, Tract. III, pars I, cap. I, nr. 8.

⁵⁶ Rebuffi, *Constitutiones regias*, art. 2, glos. 6: '(...) requiritur quod partes solleniter jurent. Et sic non valeret si clam jurarent : et solleniter hic dicuntur jurare quando jurant coram iudice pro tribunali sedente.'

geen aanwijzingen te vinden die erop wijzen dat naar Gelders recht dezelfde vormvereisten golden. Een akte van cessie lijkt in ieder geval wel noodzakelijk te zijn geweest, mede gezien de eerdere verwijzing van Goris naar de betekening van de cessieakte (*instrumentum cessionis*).⁵⁷

4. Goris en zijn Friese en Hollandse tijdgenoten

Hoe verhoudt de mening van Goris zich tot die van zijn Friese en Hollandse tijdgenoten?⁵⁸

De Friese traditie, met als belangrijkste vertegenwoordiger Johannes van de Sande,⁵⁹ volgt het Romeinse recht. Enerzijds volstaat wilsovereenstemming om de cessionaris de *actio utilis* te verschaffen.⁶⁰ de ‘overdracht’ geschiedt louter door wilsovereenstemming (*nuda voluntate*), omdat vorderingen onlichamelijk zijn en *traditio* derhalve niet mogelijk is.⁶¹ Anderzijds behoudt de cedent, naast de nieuw verworven actie (*actio utilis*) van de cessionaris, zelf ook nog een actie (*actio directa*), zolang de drie eerdergenoemde omstandigheden niet zijn ingetreden.⁶² In de praktijk betekende dit dat naar Fries recht de cessionaris pas exclusief rechthebbende van de vordering werd nadat mededeling had plaatsgevonden. Tot dat tijdstip konden crediteuren van de cedent nog beslag leggen op de vordering, of kon de cedent de cessie eenzijdig ongedaan maken door het cessiemandaat te herroepen.⁶³ Goris daarentegen meent voor wat het Gelders recht betreft dat de vordering niet kan overgaan door loutere wilsovereenstemming, maar dat er een formele leveringshandeling dient plaats te vinden. De consequentie van deze leer zou moeten zijn, al laat Goris zich daar niet expliciet over uit, dat, mits een leveringshandeling heeft plaatsgevonden, mededeling niet nodig is om de vordering onvatbaar te maken voor beslag door schuldeisers van de cedent of voor eenzijdige herroeping door de cedent. Goris stelt

⁵⁷ Goris, *Adversariorum*, Tract. III, pars I, cap. I, nr. 6. Vgl. Coing, *Europäisches Privatrecht I*, p. 446 e.v., die opmerkt dat in de praktijk sedert de middeleeuwen gebruikelijk was om een notariële akte te verlijden. Veelal werd aangenomen dat de titel (*causa*) van de cessie in de akte vermeld diende te worden. Anders Van de Sande, *De actionum cessione*, cap. II, nr. 5, die meent dat de titel niet expliciet genoemd hoeft te zijn, als hij maar kan worden afgeleid uit de omstandigheden: ‘Quamvis necesse non sit titulum nominatim in instrumento exprimi, sed sufficiat ex conjecturis et circumstantis eum posse colligi, veluti, si instrumento dicatur.’ Zie verder Lokin-Jansen-Brandsma, p. 77-78.

⁵⁸ Zie voor de cessie naar oudvaderlands recht, Wiarda, *Cessie*, p. 37 e.v. Zwolve, *Hoofdstukken*, p. 281-282.

⁵⁹ Zie Van de Sande, *De actionum cessione*, cap. XII, 8 en 10.

⁶⁰ Zie Lokin-Jansen-Brandsma, p. 73-86.

⁶¹ Van de Sande, *De actionum cessione*, cap. II, nr. 9.

⁶² Van de Sande, *De actionum cessione*, cap. XXII, nr. 10 ‘(...) ante denuntiationem nullum jus efficaciter translatum est, sed actio apud ipsum cedentem mansit (...)’

⁶³ Zie Lokin-Jansen-Brandsma, p. 80 (beslag), 83 (herroeping).

DE CESSIE NAAR ROOMS-GELDERS RECHT

immers dat de cedent na de cessie geen enkele vordering meer heeft en dat al wat hij aan rechten had op de cessionaris is overgedragen.

Ook naar Hollands recht is de enkele wilsovereenstemming voldoende om de vordering over te doen gaan. De overdracht heeft echter het voor de cessionaris aangenamere gevolg dat de vordering onmiddellijk en in volle omvang uit het vermogen van de cedent naar het vermogen van de cessionaris overgaat. Er is derhalve niet, zoals in het Romeinse recht en in navolging daarvan in het Friese recht, een periode waarin de debiteur door twee personen tot nakoming kan worden aangesproken. Alleen de cessionaris kan betaling afdwingen. Elk recht van de cedent is uitgewist, aldus Johannes Voet voor het Rooms-Hollandse recht, die hierbij naar Goris verwijst.⁶⁴ Het Gelderse recht laat eveneens, zoals Goris ons boven geleerd heeft, de vordering in alle volledigheid overgaan naar de cessionaris en kent daarmee niet een periode waarin de claims van twee crediteuren naast elkaar bestaan. De volledige overgang wordt naar Gelders recht evenwel niet bewerkstelligd door de enkele wilsovereenstemming, maar vereist een afzonderlijke leveringshandeling.

De gemene deler van het Hollandse recht en het Gelderse gewoonterecht is derhalve de volledige overgang van het recht, zonder dat hiervoor betekening of mededeling is vereist. Het verschil schuilt in de leveringshandeling die het Gelders recht wel, maar het Hollandse (evenals het Romeinse en Friese recht) niet voorschrijft. Op dit punt bestaat evenwel verschil van mening onder de hedendaagse rechtshistorici. Zwalve meent dat Voet naast de tot cessie verplichtende obligatoire overeenkomst (*pactum de cedendo*) nog een formele leveringshandeling vereist ter uitvoering van het *pactum cessionis*.⁶⁵ Met de eis van een formele leveringshandeling zou Voet dus op één lijn zitten met Goris. De tekst van Voet geeft evenwel reden om aan deze opvatting te twijfelen. De door Voet gewenste uitvoeringshandeling is meestal juist *niet* aan formaliteiten gebonden: de cessie, in de zin van levering, geschiedt vormloos (*plerumque quidem simpliciter*).⁶⁶ Er zijn slechts enkele gevallen waarin dit uitzondering lijdt, bijvoorbeeld als een vordering op de Oost-Indische

⁶⁴ J. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, Hagae-Comitum, 1734 (hierna: *Commentarius ad Pandectas*), Tom. I, 18, 4, 15: 'Plane nostris moribus circa cessas actiones magis placuit, jus omne cedentis cessione extinctum esse, nec amplius cedentem, sed solum cessionarium, compellere posse debitorem invitum ad solutionem, licet necdum debitori denunciatio per cessionarium facta sit, ut solvat cedenti.' Met verwijzing naar Goris, *Adversariorum*, Tract. III, pars I, cap. I, nr. 5. In dezelfde zin Voet, *Commentarius ad Pandectas*, Tom. I, 18, 4, 17, waar hij duidelijk maakt dat bij een dubbele cessie de eerste cessionaris voorgaat, omdat reeds na de (eerste) cessie elk recht van de cedent uitgewist is: '(...) atque insuper moribus nostris jus omne cedentis pro extincto haberi post primam cessionem (...)'

⁶⁵ Zwalve, *Hoofdstukken*, p. 282-283.

⁶⁶ Lokin-Jansen-Brandsma, p. 79.

VERHAGEN

of West-Indische Compagnie het voorwerp van cessie is. In dat geval moeten er wel formele leveringshandelingen (*certis sollennibus*) in acht genomen worden.⁶⁷

Concluderend, Goris wijkt af van de Friese traditie (Van de Sande), waar hij aanneemt dat naar Gelders recht de overdracht van een vordering plaatsvindt door de cessie zelve, waarvan de betekening of mededeling geen bestanddeel uitmaakt. Tevens wijkt hij waarschijnlijk af van de Hollandse traditie (Voet), waar hij, in tegenstelling tot wat Voet lijkt te stellen, een afzonderlijke formele levering noodzakelijk acht voor de overdracht van een vordering. Op het meest cruciale punt zijn Goris en Voet het echter met elkaar eens: de mededeling is geen geldigheidsvereiste voor de overdracht van een vordering.

5. Van Lambert Goris naar nieuw BW (en weer terug)

Wij hebben gezien dat in het oud-vaderlands recht de betekenis van de mededeling omstreden was. In het Friese recht (Van de Sande) was de mededeling een constitutief vereiste voor overdracht, terwijl in het Hollandse recht (Voet) en het Gelderse recht (Goris) de vordering kon worden overgedragen zonder mededeling aan de debiteur. In de tijd van de grote codificaties is aan deze controverse geen einde gekomen. De status van de mededeling bij de overdracht van vorderingen op naam is omstreden gebleven, tot op de dag van vandaag.

Van groot belang voor de codificatiegeschiedenis van de cessie is de *Coutume de Paris*. In *Annotatio 2* maakt Goris melding van art. 108 van de *Coutume de Paris* van 1580 ('*Le simple transport ne saisit poinct*') en citeert daarbij ook Louis Le Caron. Deze geeft diezelfde *Coutume* als volgt weer:

*'La cession ou simple transport (...) ne saisit par la coutume de Paris, ains convient le signifier a la partie qui doit, & sans telle signification si un autre creancier fait arrester entre les mains du debteur les deniers qu'il doit a celuy qui avoit cedé, & ordonner avec luy que tel debteur en vuidera ses mains, il emportera les deniers arreztez contre le cessionnaire, qui n'a fait signifier son transport ...'*⁶⁸

⁶⁷ Voet, *Commentarius ad Pandectas*, 18, 4, 11: 'Venditae actiones effectus est, quod venditor eam actori cedere teneatur; plerumque quidem simpliciter, quandoque tamen etiam observatis certis sollennibus ac requisitis tutorio, jure inductis.'

⁶⁸ L. Le Caron (Ludovicus Charondas 1534-1613), *Pandectes ou Digestes du droict francois*, Paris 1637, II, cap. 29. Vgl. de woorden van één van meest invloedrijke Franse juristen, Robert Joseph Pothier (1699-1772) in R.J. Pothier, *Traité du contrat de vente*, Paris-Orléans, 1781, Tom. I, Partie VI, Chap. IV, art. II, nr. 554: 'A l'égard des droits de créance lorsque quelqu'un m'a fait une cession ou transport d'une créance la tradition ne peut s'en faire que par la signification que je fais faire de mon acte de transport à celui en est le débiteur. C'est ce qui est porté par l'art. 108 de la Coutume de Paris.'

DE CESSIE NAAR ROOMS-GELDERS RECHT

Volgens de *Coutume de Paris* kunnen, zolang nog geen betekening heeft plaatsgevonden, crediteuren van de cedent zich nog op de gecedeerde vordering verhalen. Mededeling door middel van betekening (*signification*) vervult naar oud-Frans recht bij vorderingen de functie die de *traditio* bij de overdracht van roerende zaken heeft en is daarmee een vereiste voor de volledige rechtsovergang van de vordering.⁶⁹ Deze opvatting is in de Franse Code civil terecht gekomen.⁷⁰ Art. 1689 Cc bepaalt weliswaar dat *tussen partijen* een vordering op naam wordt overgedragen door middel van een overeenkomst tussen cedent en cessionaris. Een afzonderlijke leveringshandeling is niet noodzakelijk. Jegens *derden* heeft de cessie evenwel slechts gevolg, indien betekening (*signification*) heeft plaatsgevonden, of indien de cessie door de *debitor cessus* in een authentieke akte is erkend (art. 1690 Cc). Onder *derden* is niet alleen te verstaan de debiteur, maar ieder ander dan de cedent en de cessionaris. Hiertoe behoren derhalve ook de crediteuren van de cedent.⁷¹ Nadat de cedent failliet is verklaard, heeft betekening of erkenning geen gevolg meer: de vorderingen blijven deel uitmaken van de failliete boedel.⁷² Het doel van de vormvereisten die art. 1690 Cc voor een volledig effectieve overdracht van vorderingen stelt, is tweeledig: bescherming van de debiteur en publiciteit. Hierbij wordt ten aanzien van het tweede element eraan getwijfeld of dit doel wel wordt verwezenlijkt door de in art. 1690 Cc gestelde vormvereisten.⁷³

Het Nederlandse Burgerlijk Wetboek van 1838 kende voor de cessie een regeling die afweek van de Code civil. Dit is volgens Zwolve toe te schrijven aan Kemper, die de 'moderne' leer van Voet in het Burgerlijk Wetboek geïncorporeerd wilde zien.⁷⁴ Art. 668 lid 1 BW (oud) bepaalde dat cessie plaatsvond door middel van een (onderhandse of authentieke) akte. Hoewel aanvankelijk in rechtspraak en literatuur soms anders geleerd

⁶⁹ Coing, *Europäisches Privatrecht* I, p. 447-448. In de woorden van Pothier, *Traité du droit de domaine de propriété*, Paris-Orléans 1776, Tom. I, Partie, Chap. 2, Art. 1, § 7, nr. 215 : 'Le transport d'une rente ou autre créance est avant que la signification en ait été faite au débiteur, ce qu'est la vente d'une chose corporelle avant la tradition. De même que le vendeur d'une chose corporelle demeure, avant que la tradition en ait été faite, possesseur et propriétaire de la chose qu'il a vendue, ainsi que nous l'avons établi ailleurs de même, tant que le cessionnaire n'a point fait signifier au débiteur le transport qui lui a été fait, le cédant n'est point dessaisi de la créance qu'il a transportée.' Idem, t.a.p., nr. 216: 'Le principe, que la signification de transport d'une créance est nécessaire pour tenir lieu de tradition de cette créance, et en transférer la propriété au cessionnaire (...)'. De vergelijking van cessie en *traditio* treft men overigens reeds aan bij de glossatoren en de commentatoren: zie Grosskopf, *Sessie*, p. 52 en Luig, *Zessionslehre*, p. 15, beiden met bronverwijzingen. Zie ook Coing, *Europäisches Privatrecht* I, p. 448.

⁷⁰ Verg. Zwolve, *Hoofdstukken*, p. 283-299.

⁷¹ Mazeaud/Chabas, *Leçons de droit civil*, Tome II, premier volume, 8e druk, Parijs, 1991, nrs. 1261-1267.

⁷² *Encyclopédie Dalloz* (Civ.), Cession de Créance (A. Rieg) (hierna: *Encyclopédie Dalloz*), nr. 239.

⁷³ Vgl. *Encyclopédie Dalloz*, nr. 137.

⁷⁴ Zwolve, *Hoofdstukken*, p. 298.

VERHAGEN

werd, werd vanaf HR 24 mei 1911, W. 9145, vrijwel algemeen aangenomen dat overdracht plaatsvindt op het moment van het verlijden van de akte van cessie.⁷⁵ De door art. 668 lid 2 BW (oud) vereiste betekening of erkenning diende slechts ter bescherming van de debiteur, om hem aan te geven aan wie hij diende te betalen. Hetzelfde systeem werd, mede onder invloed van de juristen van het natuurrecht, gevolgd in het Pruisische Allgemeines Landrecht (§ 376-444) en het Oostenrijkse Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (§ 1392-1396).⁷⁶

Nadat de negentiende-eeuwse Duitse literatuur had afgerekend met de door Mühlenbruch gevestigde heersende opvatting dat vorderingen niet overdraagbaar waren, werd aanvankelijk de mededeling nog gezien als voorwaarde voor een volledige overgang van de vordering.⁷⁷ Rond 1880 werd deze opvatting verlaten: dit heeft erin geresulteerd dat ingevolge § 398 van het Bürgerliches Gesetzbuch de vordering aan de cessionaris door de overeenkomst van cessie wordt overgedragen.⁷⁸ Het kwalificeren van de mededeling als constitutief vereiste voor de overdracht van een vordering werd door de ontwerpers van het BGB noch op theoretische gronden noodzakelijk, noch op praktische gronden wenselijk geacht.⁷⁹

Opmerkelijk is dat nu zelfs in de Franse rechtsfamilie het mededelingsvereiste wordt teruggedrongen, teneinde tegemoet te komen aan de eisen van het moderne handels- en kredietverkeer. Het verst is hier België gegaan, door de regeling van cessie in het Burgerlijk Wetboek (art. 1689 e.v.) te herzien.⁸⁰ Onder het nieuwe art. 1690 lid 1 BW

⁷⁵ Zie voor een beschrijving van deze ontwikkeling Wiarda, *Cessie*, p. 186-194.

⁷⁶ Vgl. Coing, *Europäisches Privatrecht* I, p. 448.

⁷⁷ Vgl. H. Coing, *Europäisches Privatrecht*, Band II, 19. Jahrhundert, München, 1985, p. 470, met verwijzing naar B. Windscheid, *Die Actio des Römischen Civilrechts*, Düsseldorf, 1856, § 16-18.

⁷⁸ Vgl. Roth, in: H. Heinrichs (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3e druk, München 1994, § 398, Rdnr. 2, 12 en 89.

⁷⁹ Zie Luig, *Zessionslehre*, p. 132.

⁸⁰ Wet van 6 juli 1994, B.S. 15 juli 1994. Zie E. Dirix e.a., *Overdracht en inpandgeving van schuldvorderingen* (Dirix), 1995, in het bijzonder p. 3-36. Zie ook E. Dirix, Nieuw recht in België omtrent de cessie en inpandgeving van schuldvorderingen en de bankhypotheek, *WPNR* 6228 (1996), p. 456-460. Tevens is een regeling voor een stil pandrecht in het BW opgenomen: art. 2075 Belgisch BW. De Franse wetgever heeft een tweetal wettelijke regelingen geïntroduceerd, waarin de overdracht van bepaalde soorten vorderingen vereenvoudigd wordt. De *Loi Dailly* maakt een vereenvoudigde overdracht en verpanding van handelsvorderingen aan kredietinstellingen mogelijk. Dit geschiedt door middel van het ondertekenen van een cessie-lijst (*bordereau*). Nadat het *bordereau* door de cedent getekend en door de cessionaris gedateerd is, vindt overdracht van de vordering plaats, zonder dat hiervoor mededeling aan, of erkenning door, de schuldenaar vereist is. Zie Loi n° 1 du 2 janvier 1981, waarover Mazeaud/Chabas, nr. 1268-2; *Encyclopédie Dalloz*, nr. 339; Ph. Malaurie, L. Aynès, *Droit civil, Les suretés*, 8e druk, Parijs 1996, nr. 530. Mazeaud/Chabas, nr. 1268-2, noot 3. De tweede wettelijke regeling is de wet van 23 december 1988 betreffende 'titrisati-

vindt overdracht van de vordering plaats op het moment van totstandkoming van de overeenkomst van cessie. Dit geldt niet alleen in de verhouding cedent-cessionaris, maar ook jegens derden, in het bijzonder de schuldeisers van de cedent. In één situatie is evenwel de mededeling goederenrechtelijk relevant. In geval van een meervoudige cessie gaat de tweede cessionaris voor op de eerste, indien hij de cessie eerder mededeelt aan de schuldenaar en hij op het moment van mededeling redelijkerwijs niet op de hoogte kon zijn van de eerdere cessie (art. 1690 lid 3 BW). Een vrijwel identieke regeling bevatten de *Principles of European Contract Law*. Art. 11:202 PECL bepaalt dat de cessie plaatsvindt bij de totstandkoming van de obligatoire overeenkomst die tot de cessie verplicht, tenzij partijen overeenkomen dat overdracht op een later tijdstip zal plaatsvinden. Bij meervoudige cessies gaat dan ook de eerste medegedeelde cessie voor (art. 11:401 lid 2 PECL). Art. 11:401 lid 1 PECL maakt hierop echter een uitzondering. De cessionaris die het eerst de cessie heeft medegedeeld heeft voorrang op een eerdere cessionaris, mits hij ten tijde van ‘zijn’ cessie niet op de hoogte was nog behoefde te zijn van de eerdere cessie.⁸¹

Het is een merkwaardig fenomeen dat juist in een land waar het niet-constitutieve karakter van de mededeling in de traditie is geworteld, een nieuwe civielrechtelijke codificatie op dit punt voor een fundamentele verandering heeft gezorgd, een verandering die bovendien ingaat tegen ontwikkelingen die elders in Europa plaatsvinden. In art. 3:94 lid 1 van het nieuwe BW is de formele betekening vervangen door de informele mededeling. De mededeling is evenwel tot een constitutief vereiste voor de overdracht van de vordering gemaakt. Het stelsel van art. 3:94 lid 1 BW kwam Meijers als het ‘meest doelmatig’ voor.⁸² Meijers vond een gelijke regeling van de verpanding van vorderingen en de overdracht van vorderingen op haar plaats. Omdat Meijers het gewent achtte ‘dat er van overdracht iets naar buiten blijkt, zodat niet een betekening nog na de faillietverklaring van de overdrager geldig kan geschieden’, werd in het Ontwerp-Meijers het stelsel, zoals dat voor verpanding gold, verkozen boven het stelsel van art. 668 BW (oud).⁸³ Het Ontwerp-Meijers was op dit punt overigens niet consistent. Het kende een regeling voor een stil pandrecht op bedrijfsvorderingen, verleend aan een kredietinstelling (art. 3.9.2.3

on’ (securitisation). Een belangrijk verschil met de *Loi Dailly* is dat onder de wet betreffende *titrisation* mededeling aan de debiteuren vereist is teneinde overdracht van de vorderingen te doen plaatsvinden, zij het dat de mededeling vormvrij is.

⁸¹ In het *Engelse* recht geldt een verwante regeling: de ‘*rule*’ van *Dearle v. Hall* ((1823) Russ. 1). Voor het Nederlands recht heb ik voor de invoering van een zelfde wettelijke regel bepleit: de verkrijger van een vordering op naam die eerder met een stil pandrecht is bezwaard verdient op vergelijkbare wijze bescherming als de verkrijger van een roerende zaak die met een stil pandrecht is bezwaard. Zie H.L.E. Verhagen, *Vorderingen als verhandelbare goederen: derdenbescherming bij vorderingen op naam*, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar Nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer, 2002, p. 241 e.v.

⁸² Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 392.

⁸³ Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 392.

VERHAGEN

OM), waarbij vorderingen zonder mededeling aan de debiteuren van de verpande vorderingen konden worden verpand. Voor de verpanding van dergelijke vorderingen was registratie in een *openbaar* register vereist. Een dergelijke mogelijkheid bestond er niet voor de overdracht van vorderingen. In het huidige BW is sprake van een vergelijkbare inconsistentie. De pandhouder wordt in geval van niet-mededeling toch de mogelijkheid geboden een absoluut recht te verwerven, terwijl de cessionaris een dergelijke mogelijkheid niet heeft. Het is immers mogelijk om een stil pandrecht op vorderingen te vestigen, door het registreren van een onderhandse akte of het verlijden van een notariële akte (art. 3:239 BW). Niets rechtvaardigt dit verschil in behandeling van cessie en verpanding.⁸⁴

Aan deze discrepantie komt wellicht binnen afzienbare tijd een einde. Naar verluidt wordt er een nieuw lid toegevoegd aan art. 3:94 BW, waarin de niet-medegedeelde cessie op gelijke wijze als de stille verpanding wordt geregeld.⁸⁵ De levering van een vordering op naam wordt weer mogelijk zonder dat mededeling aan de debiteur plaatsvindt, mits bepaalde formaliteiten (notariële akte of geregistreerde onderhandse akte) in acht worden genomen. Wij zijn dan weer terug bij het systeem dat werd voorgestaan door Lambert Goris. Eind goed, al goed.

H.L.E. Verhagen
I. Haazen

Nijmegen

⁸⁴ Vgl. H.L.E. Verhagen en M.H.E. Rongen, *Cessie*, Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer, 2000, p. 25-28.

⁸⁵ Vorderingen die hun onmiddellijke grondslag vinden in een ten tijde van de cessie reeds bestaande rechtsverhouding kunnen door middel van een authentieke akte of een geregistreerde onderhandse akte worden gecedeerd. Mededeling aan de schuldenaar is dan niet vereist voor de overdracht van de vordering.