

Instantie

Hoge Raad (Civiele kamer)

Datum

10 juli 2020

Zaaknummer

19/03744

Noot

Mr. G.J.L. Bergervoet & mr. C. Spierings

Folio weergave[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)**JCDI**

JCDI:ADS260670:1

Vakgebied(en)

Civiel recht algemeen (V)

Brondocumenten

ECLI:NL:HR:2020:1274, Uitspraak, Hoge Raad (Civiele kamer), 10-07-2020

ECLI:NL:PHR:2020:358, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 09-04-2020

Samenvatting*Van bank naar niet-bank: de overdraagbaarheid van kredietvorderingen en de overgang van zorgplicht.***Noot****Auteur:** Mr. G.J.L. Bergervoet & mr. C. Spierings^{[1](#)}**Noot bij HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1274 (Immobile Securities/Promontoria) en ECLI:NL:HR:2020:1276 (Alegre/Promontoria)****1. Inleiding**

De Hoge Raad beantwoordt prejudiciële vragen over de overdracht van kredietvorderingen door een bank aan een niet-bank. De principiële overdraagbaarheid van kredietvorderingen wordt bevestigd, en de hoedanigheid van de cessionaris als niet-bank staat daaraan niet in de weg. Daarnaast overweegt de Hoge Raad dat de bancaire zorgplicht niet als zodanig komt te rusten op de verkrijgende niet-bank. Daarentegen zijn er verschillende manieren waarop een zorgplicht geconstrueerd kan worden voor de niet-bank, die meebrengt dat deze partij zich aan dezelfde normen dient te houden als de vervreemdende bank. Met een voorbeeld geeft de Hoge Raad concrete handvatten voor de uitwerking van deze eigen zorgplicht.

2. Feiten en procesverloop

Centraal staan twee procedures, aangespannen door twee voormalige klanten van Van Lanschot N.V. (voorheen F. Van Lanschot Bankiers N.V., "Van Lanschot"). Beide klanten, Immobile Securities N.V. ("Immobile") en Alegre Beheer B.V. ("Alegre") zijn kredietovereenkomsten aangegaan met Van Lanschot, welke kredietovereenkomsten na verloop van tijd zijn ondergebracht bij de afdeling Bijzonder Beheer Vastgoed. Promontoria Holding 107 B.V. ("Promontoria") heeft in september 2015 de zakelijke vastgoedleningen van die afdeling overgenomen van Van Lanschot met een *deed of transfer of contract*

and assignment (akte van contractoverneming en cessie). Promontoria stelt in rechte primair dat het de kredietportefeuille heeft verkregen door contractoverneming, en dat de klanten van Van Lanschot daar krachtens art. 36 ABV bij voorbaat aan hebben meegewerkt. Immobile en Alegre betwisten dat. Subsidiair beroept Promontoria zich erop dat Van Lanschot de vorderingen op de betreffende klanten aan haar heeft gecedeerd. Ook de geldigheid van de cessie wordt betwist.

De Rechtbank Amsterdam heeft in beide zaken geoordeeld dat geen contractoverneming tot stand is gekomen.^[2] De op grond van art. 36 ABV verleende medewerking betreft contractoverneming wanneer de bank haar onderneming (deels) overdraagt aan een ander. De rechtbank overweegt dat hieronder in het normale spraakgebruik wordt verstaan dat een economische activiteit van een onderneming wordt overgedragen en wordt voortgezet door een ander. Dat is in de onderhavige zaken volgens de rechtbank niet het geval: Promontoria beoogt niet de voortzetting van de financieringen, maar slechts de afwikkeling daarvan. Daarnaast kon niet worden vastgesteld dat Promontoria tot voortzetting van het door Van Lanschot gevoerde bijzonder beheer van de leningen in staat zou zijn. Promontoria is bovendien geen bank en kan geen krediet verstrekken, voor zover daarvoor een bankvergunning vereist is. De rechtbank stelt vast dat ook achteraf geen medewerking is verleend aan contractoverneming.

Ter beoordeling van de stellingen van partijen over cessie van kredietvorderingen, heeft de rechtbank in beide zaken de volgende prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld:^[3]

1. Brengt de aard van het vorderingsrecht van een bank op een cliënt mee dat dit recht onoverdraagbaar is in de zin van artikel 3:83 lid 1 BW indien wordt beoogd het over te dragen aan een niet-bank?

Indien het antwoord op vraag 1 negatief is:

2. Rust op de niet-bank waaraan de vordering wordt overgedragen een zorgplicht? Zo ja, hoe verhoudt die zorgplicht zich tot de publiekrechtelijke regels die op een bank van toepassing zijn en de zorgplicht die op een bank rust?
3. Maakt het voor de antwoorden op de vorige vragen uit of de cliënt de kredietovereenkomst al dan niet volledig is nagekomen en of de bank de bankrelatie heeft opgezegd?
4. Welke rechten kan de cliënt uitoefenen jegens de overdragende bank indien het handelen van de niet-bank waaraan vorderingsrechten zijn gecedeerd afwijkt van wat zou mogen worden verwacht van een bank op grond van de voor een bank geldende publiekrechtelijke regels en de op een bank rustende zorgplicht?

3. Beantwoording prejudiciële vragen door de Hoge Raad

3.1. Overdraagbaarheid van kredietvorderingen van een bank aan een niet-bank

De Hoge Raad stelt voorop dat de vragen zijn gesteld in een procedure waarin een bank krediet had verleend aan een niet-consument, maar dat de vragen ook zien op de situatie waarin een bank krediet heeft verleend aan een consument, in welk geval de publiekrechtelijke beschermingsregels van de Wft gelden.

De eerste prejudiciële vraag wordt door de Hoge Raad ontkennend beantwoord. Op grond van art. 3:83 lid 1 BW geldt dat vorderingsrechten overdraagbaar zijn, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen overdracht verzet. De aard van een vorderingsrecht uit hoofde van een overeenkomst van geldlening verzet zich volgens de Hoge Raad niet tegen overdracht door een bank aan een niet-bank.^[4] Dit geldt ongeacht of de klant een consument is. De prestatie die de klant moet verrichten, is de betaling van de hoofdsom met rente. De inhoud van die prestatie wijzigt niet door overdracht van het vorderingsrecht door de bank aan een niet-bank.^[5] Bovendien komen aan de bank ten aanzien van een uit een overeenkomst van geldlening voortvloeiend vorderingsrecht geen rechten en bevoegdheden toe die van zodanige aard zijn dat dit vorderingsrecht slechts kan worden uitgeoefend door een schuldeiser die de hoedanigheid heeft van bank.^[6] Dat maakt de onderhavige kwestie een andere dan hetgeen aan de orde was in de zaak Staat/Appels.^[7] Het vorderingsrecht – waaronder begrepen het recht om onder bepaalde omstandigheden de vordering op te eisen, de rente te verhogen en de verstrekte zekerheden uit te winnen – kan derhalve ook door een niet-bank worden uitgeoefend.

Vooruitlopend op de tweede prejudiciële vraag stelt de Hoge Raad vast dat voor de niet-bank als nieuwe schuldeiser na overdracht van de vordering verscheidene verplichtingen gelden, waaronder “zorgverplichtingen”.^[8] Die verplichtingen, die uiteen kunnen lopen al naar gelang de leningnemer al dan niet een consument is, verschillen niet zodanig van de verplichtingen van een bank, dat uit dien hoofde geoordeeld zou moeten worden dat het vorderingsrecht slechts kan worden uitgeoefend door een bank. De mogelijkheid dat de niet-bank de rechten en bevoegdheden die zijn ontleend aan het aan haar overgedragen vorderingsrecht, feitelijk op andere wijze zal uitoefenen dan de bank, brengt niet mee dat een uitzondering moet worden aanvaard op het uitgangspunt van art. 3:83 lid 1 BW dat vorderingsrechten overdraagbaar zijn. Kortom, de persoon noch de hoedanigheid van de schuldeiser verzetten zich tegen overdracht van het vorderingsrecht voortvloeiend uit een overeenkomst van geldlening.

In antwoord op de derde prejudiciële vraag oordeelt de Hoge Raad dat het voor de beantwoording van de eerste vraag geen verschil maakt of de klant de overeenkomst van geldlening niet of niet volledig is nagekomen, noch of de bank de

bankrelatie heeft opgezegd.^[9]

3.2. Zorgplichten van een bank jegens een klant

De Hoge Raad overweegt dat door cessie de vordering geen verandering ondergaat, en overgaat inclusief (neven)rechten en verplichtingen. Echter, niet de gehele rechtsverhouding gaat over.^[10] De (bijzondere maatschappelijke) bancaire zorgplicht maakt geen deel uit van de gecedeerde vordering en komt als zodanig niet te rusten op de niet-bank. Desalniettemin kan op vier gronden toch een zorgplicht komen te rusten op de niet-bank.^[11]

In de eerste plaats merkt de Hoge Raad op dat de zorgplicht van een bank jegens haar klant de inhoud van haar vordering nader kan bepalen, waardoor die vordering beperkingen kent en slechts met die beperkte inhoud kan worden gecedeerd. Na cessie gelden dezelfde beperkingen voor de verkrijgende niet-bank.^[12] Daarnaast kan de schuldenaar zich op grond van art. 6:145 BW jegens de nieuwe schuldeiser beroepen op verweermiddelen die hij jegens de vorige schuldeiser zou hebben.^[13] Wat betreft de zorgplicht jegens consumenten, geldt ten derde dat wanneer de niet-bank na een cessie een krediet beheert dat is verleend aan een consument, sprake is van "aanbieden" in de zin van art. 1:1 Wft. De niet-bank is in dat geval als financiële dienstverlener vergunningplichtig en onderworpen aan de in Deel 4 Wft neergelegde gedragsregels en normen.^[14] Ten slotte wordt na cessie de rechtsverhouding tussen de niet-bank en de kredietnemer beheerst door de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:2 BW. Bij de vaststelling van de eisen van redelijkheid en billijkheid moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen, waaronder de omstandigheid dat de gecedeerde vordering afkomstig is van een bank, waarop bepaalde (bijzondere) zorgplichten rusten. De niet-bank moet haar gedragingen mede afstemmen op de gerechtvaardigde verwachtingen van de kredietnemer, wat met zich kan brengen dat zij zich jegens de leningnemer op dezelfde wijze moet gedragen als kan worden gevergd van een redelijk handelende bank.^[15] De Hoge Raad merkt op dat het gaat om met elkaar samenhangende regels waarmee in voorkomend geval langs verschillende wegen eenzelfde resultaat kan worden bereikt.^[16]

Evenmin als voor de eerste prejudiciële vraag maakt het voor de beantwoording van de tweede vraag verschil of de klant de overeenkomst van geldlening niet of niet volledig is nagekomen, noch of de bank de relatie heeft opgezegd.^[17]

De Hoge Raad geeft vervolgens een voorbeeld om toe te lichten welke betekenis de overwegingen kunnen hebben voor de rechtspositie van de leningnemer.^[18] De geschetste situatie is dat een niet-bank na cessie het rentepercentage over de geleende som verhoogt. De Hoge Raad overweegt dat de leningnemer jegens de niet-bank geen beroep kan doen op de bancaire zorgplicht. Wel kan de leningnemer zich jegens de niet-bank beroepen op de inhoud van de gecedeerde vordering en dus ook op beperkingen die onderdeel zijn van die vordering. Indien tussen de bank en de klant een afgesproken maximum rentevergoeding gold (contractueel of uit hoofde van art. 6:248 BW), beperkt die afspraak de inhoud van de vordering die de bank kon overdragen aan de niet-bank en bindt die beperking na cessie ook de niet-bank. Hetzelfde geldt als de bijzondere zorgplicht, die op de bank rust, meebrengt dat de rente slechts tot een bepaald maximum kon worden verhoogd. Bovendien kan de leningnemer zich op de voet van art. 6:145 BW verweren wanneer de niet-bank betaling van de hogere rente verzoekt, bijvoorbeeld door een opschortingsrecht in te roepen dat zij jegens de bank had. In het geval de gecedeerde vordering niet beperkt zou zijn, kan uit de redelijkheid en billijkheid toch een plicht tot beperking van een renteverhoging voortvloeien, waarvoor mede van belang kan zijn in hoeverre de renteverhoging marktconform is. Voorts kan een door de niet-bank toegepaste renteverhoging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Echter, als de bank bevoegd was de rente te verhogen maar dat uit coulance niet heeft gedaan, en de niet-bank na de cessie overgaat tot een renteverhoging die niet door een bijzondere zorgplicht wordt beperkt en niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, dan geniet de leningnemer daartegen geen bescherming.

3.3. Rechten jegens de bank na cessie

De vierde prejudiciële vraag, inhoudend welke rechten de klant kan uitoefenen jegens de cederende bank indien het handelen van de cessionaris afwijkt van hetgeen mocht worden verwacht van de bank, beantwoordt de Hoge Raad niet. In de onderhavige procedure is het antwoord op die vraag niet nodig om over de vorderingen te beslissen.^[19]

4. Overdraagbaarheid van kredietvorderingen van een bank aan een niet-bank

Onzes inziens heeft de Hoge Raad terecht geoordeeld dat vorderingen voortvloeiend uit een kredietovereenkomst tussen een bank en een klant (consument of niet-consument), vatbaar zijn voor overdracht aan een niet-bank. Dit oordeel is een bevestiging van de uitgangspunten van het vermogensrechtelijke systeem. Gelet op deze uitgangspunten zou men kunnen stellen dat het vrij opmerkelijk is dat deze vraag voor beantwoording aan de Hoge Raad is voorgelegd, ware het niet dat er in de afgelopen decennia een steeds groter onderscheid tussen banken en niet-banken is gekomen. Banken moeten zich aan allerlei regulatoire en privaatrechtelijke normen houden, die op niet-banken niet van toepassing zijn. De vraag is daarmee gerechtvaardigd of dat onderscheid ook doorwerkt in de overdraagbaarheid van de vordering die een op bank op haar klant heeft.

De Hoge Raad blijft met zijn beantwoording dicht bij de basis van het systeem. Het uitgangspunt van de overdraagbaarheid van vorderingsrechten is immers met zoveel woorden in art. 3:83 lid 1 BW verankerd: "Eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten zijn overdraagbaar, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet." Op de hoofdregel van overdraagbaarheid kan aldus een uitzondering worden aangenomen indien zulks volgt uit de aard van het recht of een specifieke daartoe strekkende wetsbepaling. In de onderhavige procedures is betoogd dat de aard van de kredietrelatie zodanig is gebonden aan Van Lanschot als schuldeiser, dat de vorderingsrechten die daaruit voortvloeien niet voor overdracht vatbaar zijn. Ter onderbouwing is het arrest Staat/Appels als specifiek voorbeeld uit de rechtspraak aangevoerd.^[20]

Een vorderingsrecht is naar zijn aard onoverdraagbaar, wanneer het door overdracht een andere inhoud zou verkrijgen: het is dan te veel met de persoon van de schuldeiser verbonden om vatbaar te zijn voor overdracht. De aard van een kredietrelatie tussen een Nederlandse professionele kredietverstrekker en zijn klant verzet zich echter niet tegen overdracht van de rechten die daaruit voortvloeien. Een overeenkomst van geldlening levert bij uitstek *vorderingsrechten* op die wat betreft hun aard voor overdracht vatbaar zijn. De reden hiervoor is dat, gelet op het onpersoonlijke karakter van de prestatie die verricht moet worden (het betalen van geld), de invloed van de identiteit van de schuldeiser daarop vrijwel non-existent is. Of een debiteur nu een bedrag moet betalen aan schuldeiser A of schuldeiser B zal voor een debiteur niet relevant zijn, zolang hij maar weet aan wie hij bevrijdend kan betalen.^[21]

Uitzonderingen op het uitgangspunt van overdraagbaarheid van geldvorderingen zijn denkbaar, maar wel zeldzaam. Het in het arrest aangehaalde arrest Staat/Appels ziet op een casus die onvergelijkbaar is met die van kredietverlening door een Nederlandse professionele kredietverstrekker aan één van zijn klanten. Vooral de publiekrechtelijke aspecten die verbonden waren aan de kredietverlening waren van belang bij de uitzondering die blijkt uit Staat/Appels. In de casus die ten grondslag lag aan het arrest Staat/Appels was het hof van oordeel dat de aan de Staat ter zake van het krediet toegekende bevoegdheden een dusdanig ingrijpend karakter hadden dat deze niet konden worden overgelaten aan een derde die in de privésfeer opereert.^[22] De Hoge Raad liet dat oordeel van het hof in stand. In de onderhavige zaak wordt echter terecht de kredietvordering van een reguliere kredietverstrekker niet gelijkgesteld met de vordering van de Staat in dat specifieke geval. Een andere lijn, inhoudend dat bancaire vorderingen (in beginsel) niet overdraagbaar zouden zijn, zou grote gevolgen hebben voor het economisch verkeer, de basis voor kredietverschaffing en als gevolg daarvan, de financiële stabiliteit. Dat is niet te rechtvaardigen, nu de prestaties van kredietverschaffer en kredietnemer in essentie niet afhangen van hun persoonlijke eigenschappen.^[23]

Met inachtneming van het uitgangspunt dat vorderingsrechten uit hoofde van een kredietrelatie in beginsel steeds overdraagbaar zullen zijn, zou uit de kredietdocumentatie wel een heel sterk beeld van persoonlijke verwevenheid en bijkomende, bijzondere omstandigheden moeten voortvloeien om de conclusie te rechtvaardigen dat de kredietvorderingen naar hun aard niet voor overdracht vatbaar waren. Daar zullen Immobiele en Alegre vermoedelijk niet in slagen in het verdere procesverloop.

5. De (vergeten) link met schuldoverneming

Een element dat bij de Hoge Raad niet aan de orde kwam, maar dat het in de zaak betreffende Immobiele des te opmerkelijker maakte dat er prejudiciële vragen over de overdraagbaarheid van de geldvorderingen werden gesteld, was dat in die zaak schuldoverneming had plaatsgevonden.^[24] Tegenover het overdragen van een vorderingsrecht (de actiefzijde van de verbintenis) staat het overnemen van een schuld (de passiefzijde van de verbintenis). Waar de overdracht van een vorderingsrecht al geruime tijd gemeengoed is, en de overdraagbaarheid van vorderingsrechten als uitgangspunt heeft te gelden, is dat voor schuldoverneming nog niet zo lang het geval. Onder het Oud Burgerlijk Wetboek ontbrak bijvoorbeeld een regeling van schuldoverneming, omdat de overdracht van een schuld niet mogelijk werd geacht. De persoonlijke band tussen schuldenaar en schuldeiser zou zich daartegen verzetten. Indien men onder oud recht een schuldenaar wilde vervangen, dan was men in beginsel aangewezen op het instituut van schuldvernieuwing.^[25]

Naar geldend Nederlands recht is een schuldoverneming uitdrukkelijk mogelijk op basis van art. 6:155 BW. Partijen hoeven dus niet geforceerd te kiezen voor een vorm van schuldvernieuwing om de vervanging van een schuldenaar te bewerkstelligen. Wanneer de rechtsverhouding tussen schuldenaar en schuldeiser echter zodanig persoonlijk van aard is dat een overneming van de schuld niet denkbaar is, dan zal men ook naar geldend recht aangewezen zijn op het instituut van schuldvernieuwing.

In de onderhavige casus heeft schuldoverneming plaatsgevonden waarbij de oorspronkelijke leningnemer, De Vier Elementen, als schuldenaar werd vervangen door Immobiele. In de optiek van Immobiele werd vervanging van de positie als schuldenaar kennelijk mogelijk geacht, althans verzette het beweerde hoogstpersoonlijke karakter van de kredietrelatie met Van Lanschot zich hier niet tegen. Als het vervangen van een schuldenaar mogelijk wordt geacht en zelfs wordt bewerkstelligd, dan valt niet in te zien waarom het vervangen van de positie van de schuldeiser in zou druisen tegen de aard van de kredietrelatie. Gelet op die gang van zaken is het dan enigszins gratuite of, positiever ingestoken, onnadenkend

te noemen dat Immobliele zich in haar verdediging tegen de vorderingen van Promontoria heeft beroepen op onoverdraagbaarheid van het vorderingsrecht.

6. Wanprestatie of onrechtmatige daad

De rechtbank heeft nog niet geoordeeld over subsidiaire vorderingen die Immobliele en Alegre hebben ingesteld, namelijk tot vergoeding van schade op grond van wanprestatie (in het geval van Immobliele)^[26] en onrechtmatige daad (in het geval van Alegre).^[27]

Afhankelijk van de precieze feiten en de onderbouwing van die vorderingen, zou een vordering uit wanprestatie niet bij voorbaat kansloos hoeven te zijn. De vorderingsrechten uit hoofde van de kredietrelatie zijn weliswaar in beginsel overdraagbaar, maar de bank kan evengoed wanpresteren onder haar verplichting tot het verlenen van persoonlijke bancaire diensten door de vorderingen abrupt aan een ander over te dragen. In het onderhavige geval gaat het overigens over *non-performing loans* waarvan Van Lanschot reeds voor de cessie al het krediet had opgeëist. Van een abrupte overdracht of het niet-nakomen van toegezegde persoonlijke bijstand in het beheren van het vermogen van de klant zal dan ook niet snel sprake zijn.

Zeker buiten de context van de *non-performing loans* is het natuurlijk een relevante omstandigheid dat een bank als Van Lanschot zich ten opzichte van (potentiële) klanten presenteert als een instelling waar de klant maatwerk geleverd krijgt en de benadering op de persoonlijke omstandigheden van de klant is toegesneden. Hetzelfde geldt voor 'preferred banking'- of 'private banking'-afdelingen van andere banken. De bank wekt daarmee minst genomen de indruk dat een persoonlijke relatie wordt opgebouwd. Voor dergelijke diensten rekent de bank ook hogere tarieven. Indien in de contractdocumentatie voldoende concrete toezeggingen worden gedaan over wat de klant van de bank kan verwachten aan persoonlijke begeleiding, kan betoogd worden dat de bank haar contractuele verplichtingen niet nakomt als de vordering abrupt en zonder waarborgen of daartoe nopende context wordt overgedragen. De beoordeling van een vordering uit wanprestatie hangt samen met de inhoud van de zorgplicht die op de bank rust.

Een vordering uit onrechtmatige daad vergt wellicht nog meer feitelijke onderbouwing dan een vordering uit wanprestatie, vooral van het aspect dat overdracht in strijd zou zijn met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. Wij kunnen daar ons moeilijk een voorstelling bij maken en denken dat het niet bepaald kansrijk is om de normschending aannemelijk te maken, zeker met het door de Hoge Raad gegeven kader voor de zorgplicht van de verkrijgende niet-bank. Ook de onrechtmatigheidstoets kan onzes inziens niet los worden gezien van de beoordeling van de zorgplicht. Als zich aan de zijde van de vervreemdende bank geen zorgplichtschending heeft voorgedaan (zie hierover paragraaf 8), valt niet zonder meer in te zien waarom de overdracht in strijd zou zijn met de maatschappelijke betamelijkheid.

Uiteraard moet voor beide grondslagen worden bezien welke schade de klant heeft geleden als gevolg van de overdracht. Dit zal, zeker in het geval de cessionaris slechts bevoegdheden heeft uitgeoefend die de bank ook had, geen eenvoudige opgave zijn. Wat betreft de onderhavige gevallen is dan natuurlijk relevant dat het gaat om vorderingen die zijn gecedeerd nadat de bank het krediet reeds had opgeëist. Men kan zich afvragen in hoeverre de schuldenaar van de vordering schade kan lijden door de overdracht na een opzegging. Uiteraard kan het zo zijn dat de cedent ten onrechte het krediet had opgezegd en daardoor schadelijkt is, maar aannemend dat de opzegging rechtsgeldig plaats heeft gevonden is er voor de schuldenaar na een opzegging niets anders te doen dan het uitstaande bedrag te betalen.

7. Zorgplicht verkrijger

De Hoge Raad oordeelt dat de bijzondere zorgplicht van banken niet als gevolg van de cessie op een niet-bank komt te rusten. Dat is een terecht oordeel, nu de bijzondere bancaire zorgplicht voortvloeit uit de maatschappelijke, publieke functie van banken.^[28] Een niet-bank waaraan een vordering uit geldlening wordt overgedragen, vervult niet eenzelfde rol en dus is de verantwoordelijkheid die op banken rust niet zonder meer ook van toepassing op niet-banken.

De Hoge Raad geeft daarentegen vier wegen waarlangs kan worden geconstrueerd dat in een concreet geval de niet-bank gebonden is aan dezelfde normen als de bank. Deze manier van rechtspreken, waarbij de Hoge Raad de rechtspraak op weg helpt met een keuzepalet aan mogelijke grondslagen, achten wij in deze zaak een geschikte benadering. Het is de verwachting dat de komende jaren nog veel geprocedeerd zal worden over (bancaire dan wel afgeleide) zorgplichten en de sturing van de Hoge Raad vormt een basis voor verdere rechtsontwikkeling, zonder die al te zeer in te kaderen.

Volgens de Hoge Raad kan in de eerste plaats de zorgplicht van een bank jegens haar klant de inhoud van haar vordering nader bepalen, waardoor die vordering inhoudelijke beperkingen kent en slechts met die beperkte inhoud kan worden gecedeerd. Dit is een uitvloeisel van de rechtsregel dat de rechtspositie van de schuldenaar als gevolg van de overdracht niet slechter mag worden.^[29] Opgemerkt zij echter dat de Hoge Raad hier uitdrukkelijk overweegt dat de zorgplicht de inhoud van de vordering kan bepalen. De zorgplicht is een gedragsnorm, die voortvloeit uit de rechtsverhouding tussen de

bank en de klant.^[30] De zorgplicht kan een beperking vormen op de uitoefening door de bank van haar bevoegdheden, of in voorkomende gevallen de bank verplichten tot bepaalde gedragingen (zoals het waarschuwen voor bepaalde risico's). Dat deze zorgplicht ook de inhoud van het vorderingsrecht zelf kan bepalen werd nog niet eerder door de Hoge Raad vastgesteld.^[31] De Hoge Raad overweegt niet expliciet dat dit in de onderhavige casus aan de orde was. Als voorbeeld noemt de Hoge Raad de situatie dat op de bank een bijzondere zorgplicht rust die meebrengt dat de rente op een krediet slechts tot een bepaald maximum kan worden verhoogd. Deze zorgplicht beperkt de inhoud van de vordering die de bank aan de niet-bank cedeert.^[32]

De tweede weg, die inhoudt dat de schuldenaar op grond van art. 6:145 BW de verweermiddelen die hij jegens de cedent zou hebben, ook kan inroepen tegen de cessionaris, geldt zowel voor wettelijke verweermiddelen (zoals een opschortingsrecht of verjaring) als voor contractuele bedingen die de inhoud van de vordering bepalen (zoals opschortende voorwaarden of – in het voorbeeld van de Hoge Raad – een contractueel bepaald maximaal rentepercentage).^[33] Bij overdracht van vorderingen uit consumentenkredietovereenkomsten geldt naast art. 6:145 BW de regeling van art. 7:69 BW, waarmee art. 17 van de Richtlijn Consumentenkrediet is geïmplementeerd.^[34]

De derde grondslag voor het aannemen van een zorgplicht is de publiekrechtelijke zorgplicht die op grond van de Wft rust op aanbieders van consumentenkrediet. De niet-bank die na een cessie een consumentenkrediet beheert heeft te gelden als aanbieder in de zin van art. 1:1 Wft. De niet-bank is in dat geval als financiële dienstverlener vergunningplichtig en onderworpen aan de in Deel 4 Wft neergelegde gedragsregels en normen. Wij merken op dat de vergunnings- en zorgplicht niet geldt, als de verkrijger geen krediet aan consumenten aanbiedt en de bemiddeling en het beheer van het krediet uitbesteden aan een (wel vergunningplichtige) kredietbeheerder.^[35] Overigens lijkt het erop dat de Hoge Raad, door specifiek deze derde grondslag te geven voor het aannemen van een zorgplicht, zich rekenschap heeft willen geven voor de belangrijke, zelfstandige rol die de publiekrechtelijke normen spelen in het bepalen van de civielrechtelijke rechten en (zorg)plichten. Van een stiefmoederlijke behandeling van het belang dat toekomt aan deze normen is derhalve geen sprake.

De laatste route is die van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:2 BW. Bij de toetsing speelt een rol dat de niet-bank zijn gedragingen mede moet afstemmen op de gerechtvaardigde verwachtingen van de kredietnemer, wat volgens de Hoge Raad in voorkomende gevallen zal betekenen dat de niet-bank zich op dezelfde wijze moet gedragen als kan worden gevergd van een redelijk handelende bank.^[36] Rongen en Lieverse merken op dat ook de gerechtvaardigde belangen van de nieuwe schuldeiser een rol spelen, die in een andere maatschappelijke en bedrijfseconomische positie kan verkeren dan de overdragende bank.^[37] Dat moge zo zijn, de gerechtvaardigde verwachtingen van de nieuwe schuldeiser zullen onzes inziens wel gekleurd zijn door het feit dat de niet-bank een kredietportefeuille heeft overgenomen van een bank. De nieuwe schuldeiser mag weliswaar feitelijk zijn rechten op een andere manier uitoefenen,^[38] maar dat doet niet af aan de reikwijdte van de zorgplicht.

De Hoge Raad overweegt in r.o. 2.15.2 dat het antwoord op de tweede prejudiciële vraag niet anders wordt indien de cliënt de overeenkomst van geldlening niet of niet volledig is nagekomen of de bank de bankrelatie heeft opgezegd. Dat lezen wij zo, dat de constructie van de eigen zorgplicht van de verkrijger niet afhangt van de positie van de leningnemer. De overweging van de Hoge Raad doet niet af, menen wij, aan de omstandigheid dat de reikwijdte van de zorgplicht van een bank (en na overdracht dus ook van de verkrijgende niet-bank) van geval tot geval kan verschillen. De reikwijdte van de bancaire zorgplicht wordt mede vastgesteld aan de hand van de concrete situatie van een betreffende cliënt. Of die cliënt al dan niet voldoet aan diens verplichtingen, en of de bank de lening al dan niet heeft opgeëist, zijn daarbij relevante omstandigheden. Een *non-performing loan* die al geruime tijd is ondergebracht bij de bijzonder beheer afdeling en waarbij geen verbetering te verwachten is, vraagt om een andere benadering dan een lening die volgens het boekje wordt afgelost. Voor beide leningen geldt, zo lezen wij de overweging van de Hoge Raad, dat de zorgplicht die jegens de specifieke cliënt in acht moet worden genomen, doorwerkt na overdracht.

8. Tot slot

De vierde prejudiciële vraag, naar de rechten die de klant kan uitoefenen jegens de overdragende bank indien het handelen van de verkrijgende niet-bank afwijkt van wat zou mogen worden verwacht van een bank, is door de Hoge Raad niet beantwoord. De weg van art. 6:144 BW, op welke grond de cedent instaat voor de nakoming door de cessionaris van verplichtingen die uit het schuldeiserschap of uit nevenrechten voortvloeien, lijkt niet aan de orde nu de Hoge Raad oordeelt dat de bancaire zorgplicht niet overgaat op de verkrijgende niet-bank. Er is dus geen sprake van een kwalitatieve verplichting waarvoor de bank ex art. 6:144 BW instaat.^[39]

De vraag naar welke aansprakelijkheid er voor de vervreemdende bank “overblijft” of, beter gezegd, welk risico zij loopt om aansprakelijk gehouden te worden voor de acties van de verkrijgende niet-bank, is voor het op portfolioniveau overdragen van en beoordelen van potentiële procedures rondom *non-performing loans* natuurlijk wel zeer relevant. De vervreemdende partij wil graag op het moment van vervreemden met zekerheid kunnen bepalen of zij nog enig risico loopt op aansprakelijkheid indien de verkrijgende partij in een contentieuze situatie terechtkomt met de schuldenaar.

Lieverse en Rongen schrijven dat de zorgplicht van de vervreemdende bank mede een onderzoeksplicht inhoudt naar de verkrijgende niet-bank.^[40] Aan die onderzoeksplicht is voldaan indien de beoogde verkrijger over een vergunning beschikt of het kredietbeheer laat uitvoeren door een partij met de daarvoor benodigde vergunning, en er geen kenbare en concrete aanwijzingen zijn dat de verkrijger zijn zorgplicht zou kunnen schenden. Biemans herformuleert de vraag aldus, of de bank uit hoofde van haar zorgplicht en/of de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid gehouden was om de vordering niet over te dragen, en zo ja, welke gevolgen dat heeft in de verhouding tussen de niet-bank en de klant. Hij schrijft dat de cessie van kredietvorderingen mogelijk kan worden beoordeeld op dezelfde wijze als de beëindiging van een kredietrelatie door een bank, waarbij één van de relevante factoren is of de bank wist of behoorde te weten dat de niet-bank voornemens was de overgedragen kredietvorderingen liquide te maken.^[41]

De benadering van Lieverse en Rongen biedt nuttige gezichtspunten op globaal of portfolioniveau. Met Biemans zijn wij het eens dat specifieke omstandigheden in een concreet geval kunnen meebrengen dat de bank had moeten concluderen dat overdracht van de vordering niet prudent was. Wij menen echter dat ook als er op portfolioniveau voldaan is aan de onderzoeksplicht, en er op zaaksniveau geen reden was om af te zien van overdracht, de bank niet in alle gevallen buutvrij zal zijn. Om zich ervan te vergewissen dat zij alles heeft gedaan en kan doen wat van haar mag worden verwacht, doet de bank er onzes inziens goed aan om een kettingbeding op te nemen op grond waarvan de verkrijger aan dezelfde (zorg)plichten is gebonden als de bank zelf.^[42] Om de naleving van dat kettingbeding te bewerkstelligen, kan de bank *audit rights* en een recht om in te grijpen (bijvoorbeeld door een terugkooprecht) bedingen. De vraag kan gesteld worden of de bank daarmee niet een grotere verantwoordelijkheid op zich neemt dan nodig is: immers, als de bank bepaalde rechten bedingt, kan haar mogelijk worden verweten dat zij die rechten niet of niet voldoende voortvarend heeft benut. Wij denken echter dat gelet op de steeds zwaardere nadruk die rechter en toezichthouder leggen op proactiviteit, monitoring en bijzondere verantwoordelijkheden van banken, de maatschappelijke realiteit is dat banken na de overdracht van kredietvorderingen niet volledig afstand kunnen nemen van de afwikkeling van de rechtsverhouding. Banken doen er daarom goed aan contractueel hun rechten jegens de verkrijger te waarborgen, opdat zij voldoende handvatten hebben om ook aan hun eventuele "overblijvende" verplichtingen te voldoen.

Voetnoten

[\[1\]](#)

Gelieve dit artikel aan te halen als: 'Van bank naar niet-bank: de overdraagbaarheid van kredietvorderingen en de overgang van zorgplicht. Noot bij HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1274 (*Immobilie Securities/Promontoria*) en ECLI:NL:HR:2020:1276 (*Alegre/Promontoria*)', *Tvl* 2021/12. Mr. G.J.L. (Guido) Bergervoet en mr. C. (Charlotte) Spierings zijn beiden advocaat bij Clifford Chance te Amsterdam. Zij zijn daarnaast beiden als fellow verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit.

[\[2\]](#)

Rb. Amsterdam 29 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3918 (*Immobilie Securities/Promontoria*), r.o. 4.11; Rb. Amsterdam 4 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6359, *JOR* 2020/15 m.nt. Rongen (*Alegre Beheer/Promontoria*), r.o. 3.9.

[\[3\]](#)

Rb. Amsterdam 7 augustus 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:5729 (*Immobilie Securities/Promontoria*); Rb. Amsterdam 4 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6359, *JOR* 2020/15 m.nt. Rongen (*Alegre/Promontoria*).

[\[4\]](#)

R.o. 2.7.

[\[5\]](#)

R.o. 2.6.2.

[\[6\]](#)

R.o. 2.6.3.

[\[7\]](#)

HR 12 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC2326 (*Staat/Appels*), m.nt. W.M. Kleijn en AB 1991/430, m.nt. F.J. van Ommeren.

[\[8\]](#)

R.o. 2.6.3.

[\[9\]](#)

R.o. 2.7.

[\[10\]](#)

R.o. 2.10.

[\[11\]](#)

R.o. 2.15.

[\[12\]](#)

R.o. 2.10

[\[13\]](#)

R.o. 2.11.

[\[14\]](#)

R.o. 2.12.

[\[15\]](#)

R.o. 2.13.

[\[16\]](#)

R.o. 2.14.

[\[17\]](#)

R.o. 2.15.2.

[\[18\]](#)

R.o. 2.16.

[\[19\]](#)

R.o. 2.17.

[\[20\]](#)

HR 12 januari 1990, *NJ* 1990/766 (*Staat/Appels*), m.nt. W.M. Kleijn en *AB* 1991/430, m.nt. F.J. van Ommeren.

[\[21\]](#)

F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding*, (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003, p. 21; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht* 2019, nr. 105.

[\[22\]](#)

Zie r.o. 13 en 14 zoals weergegeven in *NJ* 1990, 766. Zie hierover ook Beekhoven van den Boezem 2003, a.w., p. 23-24.

[\[23\]](#)

In gelijke zin: F.E.J. Beekhoven van den Boezem en Y. Diamant, 'Zorgplicht bij overdracht van vorderingen van een bank naar een niet-bank', in: D. Busch e.a., *Zorgplicht in de financiële sector. Bundel ter gelegenheid van het tienjarig bestaan van het Instituut voor Financieel Recht (Onderneming en recht nr. 122)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 4.2.

[\[24\]](#)

HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1274, r.o. 2.2(ii), zie ook Rb. Amsterdam 29 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3918, r.o. 2.2.

[\[25\]](#)

Zie J.J. Verhoeven, 'Schuldoverneming, De Duitse achtergrond van de artikelen 6:155 tot en met 6:158 BW', in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen*, XVII, p. 43-85.

[\[26\]](#)

Rb. Amsterdam 29 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3918 (*Immobilie Securities/Promontoria*), r.o. 3.1.

[\[27\]](#)

Rb. Amsterdam 29 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9864 (*Alegre Beheer/Promontoria*), r.o. 3.1.

[\[28\]](#)

Zie o.m. HR 9 januari 1998, *NJ* 1999/285; *JOR* 1998/116, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*MeesPierson/Ten Bos*); HR 23 december 2005, *NJ* 2006/289; *JOR* 2006/20 (*Safe Haven*) en HR 27 november 2009, *JOR* 2010/43, m.nt. Frielink (*World Online*).

[\[29\]](#)

M.H.E. Rongen, 'Cessie' (diss. Nijmegen), Serie Onderneming & Recht nr. 70, Deventer: Kluwer 2012, nr. III.2.2.1.

[\[30\]](#)

Zie ook K. Vreemann en M. Huizingh, 'Overdracht van een kredietportefeuille en de bancaire zorgplicht', *FIP* 2019/127, p. 36.

[\[31\]](#)

Snijders en Tonino geven in hun bespreking van het onderhavige arrest als voorbeeld van een beperking van de inhoud van het vorderingsrecht op grond van de zorgplicht de 'eensporig rentebeleidsregel' ex art. 81 Bgfo. Zie J.L. Snijders en Y.C. Tonino, 'Overdracht van kredietvorderingen na Promontoria', *MvV* 2020/12, p. 424.

[\[32\]](#)

R.o. 2.16.

[\[33\]](#)

J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011, nr. 563 e.v.; zie ook diens noot bij dit arrest, *JOR* 2020/267.

[\[34\]](#)

Zie over de verhouding tussen art. 6:145 BW en art. 7:69 BW Rongen 2012, *a.w.*, nr. 206.

[\[35\]](#)

Zie art. 3 Vrijstellingsregeling Wft en Conclusie A-G Hartlief bij dit arrest d.d. 9 april 2020, ECLI:NL:PHR:2020:358, nr. 4.81 e.v.

[\[36\]](#)

R.o. 2.131.

[\[37\]](#)

Annotatie C.W.M. Lieveise en M.H.E. Rongen bij HR 10 juli 2020, *Ondernemingsrecht* 2020/136, p. 763.

[\[38\]](#)

R.o. 2.6.3.

[\[39\]](#)

Zie de conclusie van A-G Hartlief bij dit arrest d.d. 9 april 2020, ECLI:NL:PHR:2020:358, nr. 4.134 e.v.

[\[40\]](#)

Lieveise en Rongen 2020, *a.w.*, p. 765.

[\[41\]](#)

Annotatie J.W.A. Biemans, HR 10 juli 2020, *JOR* 2020/267, nr. 9.

[\[42\]](#)

Zie ook Beekhoven van den Boezem en Diamant 2020, *a.w.*, par. 4.5; Vreemann en Huizingh 2019, *a.w.*, p. 37.