

## 137

**Een vordering van een bank uit geldlening is overdraagbaar aan een niet-bank (2)**

Hoge Raad

10 juli 2020, nr. 19/04130, ECLI:NL:HR:2020:1276

(mr. Streefkerk, mr. Snijders, mr. Polak, mr. Tanja-van den Broek, mr. Sieburgh)

(Concl. A-G Hartlief (niet opgenomen))

Noot mr. drs. ir. E.J.H. Zandbergen en mr. S. Lubberhuizen, tevens behorend bij «JIN» 2020/136.

**Verbintenissenrecht. Financieel recht. Promontoria-zaken. Overdraagbaarheid van vordering van een bank aan een niet-bank. Zorgplicht bank bij overdracht vordering aan een niet-bank. Overgang zorgplichten naar niet-bank. Verweermiddelen debitor cessus.**

[BW art. 3:83 lid 1, 6:2, 6:142, 6:144, 6:145]

*Essentie: De aard van een vorderingsrecht van een bank op een cliënt voortvloeiend uit een overeenkomst van geldlening verzet zich er niet tegen dat dit vorderingsrecht door een bank wordt overgedragen aan een niet-bank, ongeacht of de cliënt een consument is. Bij overdracht van een dergelijk vorderingsrecht komt de zorgplicht die een bank jegens haar cliënt heeft door die overdracht niet als zodanig op de niet-bank te rusten. Van een niet-bank kan echter worden gevergd dat zij haar gedrag mede laat bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de debitor cessus, hetgeen kan meebrengen dat op de niet-bank een eigen zorgplicht rust.*

*Samenvatting: Van Lanschot heeft in 2015 een portefeuille van zogenoemde 'non-performing loans' overgedragen aan Promontoria, een dochter van de Amerikaanse durfinvesteerder Cerberus Capital Management, welke te boek staat als een zogenoemd 'vulture fund' dat onder meer (portefeuilles van) geldleningen koopt teneinde de onderliggende zekerheden van die geldleningen uit te winnen.*

*Diverse leningnemers hebben in verschillende procedures gesteld dat Van Lanschot door overdracht van de vorderingen die voortvloeien uit de geldleningen tussen Van Lanschot en de leningnemers in strijd met de op Van Lanschot rustende zorgplicht heeft gehandeld. De rechtbank heeft in het kader van twee procedures prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad. De prejudiciële vragen zien op (i) de overdraagbaarheid van de vorderingen en (ii) de overgang c.q. doorwerking van de zorgplicht die voor banken geldt in de rechtsrelatie tussen de leningnemer en de niet-bank (Promontoria).*

*De Hoge Raad oordeelt dat de aard van het vorderingsrecht van de bank (voortvloeiend uit een overeenkomst van geldlening) zich niet verzet tegen overdracht. Eventuele zorgplichten die een bank jegens een leningnemer heeft, komen door cessie niet als zodanig op de niet-bank te rusten. Echter, wanneer sprake is van zorgplicht die de inhoud van de vordering beperkt, dan kan die vordering slechts met de beperkte inhoud aan de niet-bank worden gecedeerd. Nu de rechtsbetrekking tussen de niet-bank en de leningnemer wordt beheerst door art. 6:2 BW, kan het feit dat de vordering afkomstig is van een bank op wie een zorgplicht rust met zich brengen dat op de*

*niet-bank eveneens een eigen zorgplicht rust. Daarnaast kan de leningnemer jegens de niet-bank de verweermiddelen inroepen die hij jegens de bank zou hebben, welke verweermiddelen kunnen worden onderbouwd met een beroep op de zorgplicht van de niet-bank.*

1. *Alegre Beheer B.V.*, gevestigd te Lelystad,  
2. *Rennoc Nederland B.V.*, gevestigd te Bussum,  
3. *Tregobad Projectbeheer B.V.*, gevestigd te Lelystad,  
eiseressen in conventie en verweerster in reconventie in eerste aanleg,  
hierna: *Alegre*, *Rennoc* en *Tregobad* en tezamen *Alegre c.s.*,  
advocaat in de prejudiciële procedure: *J. van Weerden*,  
tegen  
*Promontoria Holding 107 B.V.*, gevestigd te Baarn,  
gedaagde in conventie en eiseres in reconventie in eerste aanleg,  
hierna: *Promontoria*,  
advocaten in de prejudiciële procedure: *T.T. van Zanten* en *I.M.A. Lintel*.

*1. De prejudiciële procedure*

Bij tussenvonnis in de zaak C/13/647992/HA ZA 18-512 van 4 september 2019 heeft de rechtbank te Amsterdam op de voet van art. 392 Rv prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld.

Beide partijen hebben schriftelijke opmerkingen als bedoeld in art. 393 lid 1 Rv ingediend. Na daartoe desgevraagd in de gelegenheid te zijn gesteld, hebben F.E. Vermeulen, advocaat bij de Hoge Raad, namens de Nederlandse Vereniging van Banken, B.M.H. Fleuren, advocaat bij de Hoge Raad, namens Van Lanschot N.V., J.W.H. van Wijk en G.C. Nieuwland, advocaten bij de Hoge Raad, namens De Nederlandsche Bank N.V. en J. den Hoed, advocaat bij de Hoge Raad, namens Dantom Vastgoed B.V. op de voet van art. 393 lid 2 Rv schriftelijke opmerkingen gemaakt.

De conclusie van de Advocaat-Generaal T. Hartlief strekt tot beantwoording van de prejudiciële vragen op de wijze vermeld onder 5.2 en 5.5-5.8 van de conclusie.

*2. Beantwoording van de prejudiciële vragen**Inleiding*

2.1. In deze prejudiciële procedure is allereerst de vraag aan de orde of de aard van het vorderingsrecht van een bank op een cliënt uit hoofde van een overeenkomst van geldlening meebrengt dat dit vorderingsrecht onoverdraagbaar is in de zin van art. 3:83 lid 1 BW, indien het gaat om de overdracht van een vorderingsrecht door een bank aan een niet-bank. Indien dit vorderingsrecht vatbaar is voor overdracht door een bank aan een niet-bank, is de vraag of op de niet-bank na cessie een zorgplicht rust en, zo ja, welke invloed de publiekrechtelijke regels die gelden voor een bank en de (bijzondere) zorgplicht die op een bank rust, hebben op de inhoud van de op de niet-bank rustende zorgplicht.

*Feiten en procesverloop*

2.2. Bij de beantwoording van de prejudiciële vragen gaat de Hoge Raad uit van de feiten en omstandigheden vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.2-2.18. Deze komen, samengevat, op het volgende neer:

(i) *Alegre c.s.* zijn eigenaar van onder meer onroerend goed te Lelystad en te Brummen (hierna ook: de panden van *Alegre c.s.*). *F. van Lanschot Bankiers N.V.* (hierna: *Van Lanschot*)

heeft in 2006 krediet verstrekt aan Alegre c.s. Dit betreft een rekening-courantkrediet en een lening die afloopt per 31 oktober 2031. In januari 2015 was in totaal € 1.718.250,- verschuldigd. De kredieten dienden onder meer ter financiering van commercieel onroerend goed, waaronder de panden van Alegre c.s. Tot zekerheid voor de nakoming van deze kredieten is ten behoeve van Van Lanschot een recht van hypotheek gevestigd op de panden van Alegre c.s. Voorts zijn ten behoeve van Van Lanschot pandrechten gevestigd op de huuropbrengst van deze panden.

(ii) Op de kredietrelatie tussen Alegre c.s. en Van Lanschot zijn van toepassing algemene voorwaarden van Van Lanschot die gelijkkluidend zijn aan de Algemene Bankvoorwaarden van de Nederlandse Vereniging voor Banken (hierna: ABV). Art. 2 ABV luidt:

‘Zorgplicht bank en cliënt

1. De bank neemt bij haar dienstverlening de nodige zorgvuldigheid in acht en houdt daarbij naar beste vermogen rekening met de belangen van de cliënt. Geen van de bepalingen van deze algemene bankvoorwaarden of van de door de bank gebruikte bijzondere voorwaarden kan aan dit beginsel afbreuk doen.’

(iii) Promontoria behoort tot het concern van Cerberus Capital Management. Zij beschikt niet over een vergunning voor het verlenen of beheren van kredieten.

(iv) Op 6 augustus 2015 bracht Van Lanschot een persbericht uit waarin zij mededeelde:

‘Van Lanschot heeft een overeenkomst bereikt met een dochter van Cerberus Capital Management LP [HR: Promontoria] over de verkoop van een deel van de portefeuille met zakelijke vastgoedleningen. Cerberus neemt een portefeuille met non-performing vastgoedleningen over met een nominale waarde van ruim € 400 miljoen. Met deze stap versnelt Van Lanschot de in 2013 aangekondigde afbouw van de zakelijke kredietportefeuille, die niet langer tot de kernactiviteiten behoort. (...)’

(v) De hiervoor onder (iv) genoemde overname door Promontoria van de zakelijke vastgoedleningen van Van Lanschot is neergelegd in een tussen Van Lanschot en Promontoria opgemaakte notariële akte getiteld ‘Deed of Transfer of Contract and Assignment’ (akte van contractsovername en cessie) van 30 september 2015.

(vi) In een uittreksel van een overzicht van ‘the Transferred Assets’ staat Alegre Beheer B.V. vermeld met twee kredieten: een rekening-courant krediet en een lening met een looptijd tot 31 oktober 2031.

(vii) Namens Promontoria worden de overgenomen leningen geadmistreerd en beheerd, aanvankelijk door Capita Banking and Debt Solutions (Netherlands) B.V. en thans door Link Asset Services B.V. (hierna gezamenlijk: Link).

Link heeft bij brief van 6 oktober 2015 aan Alegre c.s. onder meer bericht dat Van Lanschot bij brief van 6 augustus 2015 aan Alegre de verkoop van de leningen van Alegre aan Promontoria heeft medegedeeld. In de brief staat voorts dat deze verkoop mede omvat de kredietbrieven, borgtochten, garanties en alle andere aanverwante rechten.

(viii) Bij brieven van 7 oktober 2015 heeft Van Lanschot aan Alegre c.s. bericht dat per 30 september 2015 door middel van contractsovername en cessie is overgedragen aan Promontoria:

– met betrekking tot Tregobad: het krediet in rekening-courant (tezamen met de bijbehorende leningsovereenkomst en zekerheidsrechten) met een uitstaand saldo per 30 september 2015 van € 78.682,12 negatief;

– met betrekking tot Rennoc: het krediet in rekening-courant met een uitstaand saldo per 30 september 2015 van € 51.801,42 negatief;

– met betrekking tot Alegre: de geldlening met een uitstaand saldo per 30 september 2015 van € 1.462.500,- negatief en het krediet in rekening-courant met een uitstaand saldo per 30 september 2015 van € 109.310,10 negatief.

Voorts is in de brieven medegedeeld dat met betrekking tot de kredietproducten Promontoria per 30 september 2015 de contractuele wederpartij en hypotheek-/pandhouder is en dat met betrekking tot de rekening-courantkredieten de uitstaande vordering uit hoofde hiervan is overgedragen aan Promontoria.

(ix) Bij brieven van 26 juli 2016 en 16 september 2016 is Alegre door Link gesommeerd achterstallige rente en aflossingen te voldoen, bij gebreke waarvan rechtsmaatregelen zijn aangekondigd.

(x) Bij brieven van 17 januari 2017 heeft Link aan Alegre c.s. bericht dat Alegre c.s. niet aan haar verplichtingen jegens Promontoria voldoen, zodat Promontoria de kredieten van Alegre c.s. opzegt, als gevolg waarvan de vorderingen van Promontoria op Alegre c.s. onmiddellijk opeisbaar zijn. Tevens zijn Alegre c.s. gesommeerd het openstaande bedrag van € 1.724.039,08 uiterlijk op 17 maart 2017 te voldoen, bij gebreke waarvan zekerheden zullen worden uitgewonnen. Voorts schrijft Link op grond van art. 27 van de ABV, art. 16 van de Algemene Voorwaarden voor Geldleningen Zakelijk en art. 5 van de Algemene Voorwaarden Rekening-Courant voor niet-consumenten, bevoegd te zijn om het krediet op te zeggen wanneer sprake is van een tekortkoming.

2.3.1. In deze procedure vorderen Alegre c.s. onder meer de cessie en de contractsovername waarbij Van Lanschot haar vorderingen en rechtsbetrekkingen aan Promontoria heeft overgedragen, nietig te verklaren, subsidiair deze cessie en contractsovername te vernietigen, en meer subsidiair een verklaring voor recht dat deze cessie en contractsovername onrechtmatig zijn.

2.3.2. Alegre c.s. hebben, voor zover het gaat om de cessie, aan deze vordering respectievelijk het verweer tegen de vordering van Promontoria in reconventie onder meer ten grondslag gelegd dat geen geldige cessie kan hebben plaatsgevonden, omdat de vordering niet overdraagbaar is wegens de persoonlijke relatie tussen Alegre c.s. en Van Lanschot. Alegre c.s. hebben in dit kader aangevoerd dat de aard van het recht zich kan verzetten tegen overdracht indien dat recht zozeer aan de persoon van de schuldeiser verbonden is dat het slechts door deze kan worden uitgeoefend. Daarvan is volgens Alegre c.s. in dit geval sprake omdat de relatie tussen Alegre c.s. en Van Lanschot het karakter heeft van ‘private banking’, aldus dat kredietconstructies op maat worden gemaakt voor de cliënt, terwijl een ‘langlopende lening’ met een looptijd van 25 jaar was aangegaan.

2.3.3. Voor zover de rechtbank van oordeel zou zijn dat geen sprake is van een rechtsgeldige contractsovername, vordert Promontoria in reconventie onder meer een verklaring voor recht dat Van Lanschot haar vorderingen op Alegre c.s. rechtsgeldig aan Promontoria heeft gecedeerd.

2.4.1. In haar tussenvonnis van 29 mei 2019<sup>1</sup> heeft de rechtbank geoordeeld dat de vraag of contractsovername heeft plaatsgevonden in de verhouding tussen Van Lanschot, Promontoria en Alegre c.s., afhangt van de vraag of het beroep

1 Rechtbank Amsterdam 29 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3916.

van Alegre c.s. op dwaling slaagt (rov. 4.5-4.20). Voor het geval het beroep op dwaling slaagt en geen contractoverneming heeft plaatsgevonden, heeft de rechtbank het nuttig geacht te bespreken of het beroep van Promontoria op cessie slaagt (rov. 4.21). Ten aanzien daarvan heeft de rechtbank de onoverdraagbaarheid van de vordering op grond van de door Alegre c.s. gestelde persoonlijke bancaire relatie afgewezen (rov. 4.30). Daarna heeft de rechtbank onderzocht of het vorderingsrecht gezien zijn aard onoverdraagbaar is. In dat verband heeft zij als volgt overwogen:

‘4.33. Voor zover het gaat om verbintenissen tot betaling van een geldsom lijkt de aard van het recht zich niet tegen overdracht te verzetten, omdat het voor het betalen van een geldsom in de regel niet uitmaakt aan wie de betaling moet worden gedaan. Maar de overdracht van de vordering betekent ook dat de schuldeiser de nevenrechten kan uitoefenen waarover de schuldeiser beschikte, bijvoorbeeld uit hoofde van zekerheidsrechten of een bevoegdheid de rente te wijzigen. Het is nu de vraag of dat betekent dat de aard van het recht zich tegen overdracht verzet. Daarvoor is van belang welk verschil er is tussen banken en niet-banken.

4.34. Een bank is volgens artikel 1:1 van de Wet op het Financieel toezicht (Wft):

‘... een kredietinstelling als bedoeld in artikel 4 van de verordening kapitaalvereisten, niet zijnde een kredietunie met zetel in Nederland, met dien verstande dat, tenzij anders bepaald, met een bank wordt gelijkgesteld de houder van een vergunning als bedoeld in artikel 3:4;’

Van Lanschot is een bank, Promontoria en Link zijn geen bank.

#### Publiekrechtelijk kader

4.35. Krachtens artikel 1:25 Wft heeft de Autoriteit Financiële Markten tot taak het gedragstoezicht op financiële ondernemingen (waar onder banken), welk toezicht onder meer is gericht op zorgvuldige behandeling van cliënten. Dit is nader geregeld in deel 4 van de Wft, onder meer is te wijzen op de bankierseed (art. 4:15a Wft), klachtenbehandeling en geschilbeslechting (artikel 4:17 Wft), informatieverstrekking (art. 4:19 e.v. Wft) en de zorgplicht jegens consumenten (artikel 4:24a Wft).

Artikel 2:11 Wft bepaalt dat het een ieder met zetel in Nederland verboden is zonder een daartoe door de Europese Centrale Bank verleende vergunning het bedrijf uit te oefenen van bank. Om een vergunning te kunnen krijgen moet een bank volgens artikel 2:21 Wft onder andere aantonen dat zal worden voldaan aan artikel 3:10, eerste en tweede lid Wft, met betrekking tot het beleid inzake de integrale bedrijfsuitoefening.

#### Zorgplicht

4.36. Banken hebben bovendien een zorgplicht, die is neergelegd in artikel 2 lid 1 van de in (vrijwel) alle bancaire relaties toepasselijke ABV, dat (in de huidige formulering, versie 2017) als volgt luidt:

‘Wij zijn bij onze dienstverlening zorgvuldig en houden hierbij zo goed mogelijk rekening met uw belangen. Dit doen wij op een manier die aansluit bij de aard van de dienstverlening. Deze belangrijke regel geldt altijd. Andere regels in de ABV of in de voor producten of diensten geldende overeenkomsten en de daarbij behorende bijzondere voorwaarden kunnen dit niet veranderen.

Wij streven naar begrijpelijke producten en diensten. Ook streven wij naar begrijpelijke informatie over die producten en diensten en de risico's ervan.’

4.37. In eerdere versies was deze zorgplicht ook reeds in artikel 2 ABV opgenomen. De zorgplicht is ook in de rechtspraak van de Hoge Raad verschillende malen aan de orde geweest, onder andere:

– de zorgplicht van financiële instellingen in het kader van totstandkoming van overeenkomsten inzake beleggingsproducten met particulieren, HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, NJ 2012/184 (GeSP/Aegon);

– de zorgplicht van banken bij de opzegging van de relatie: HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2929, NJ 2015/70 m.nt. Tjong Tjin Tai (ING/De Keijzer);

– de zorgplicht van een bank jegens derden bij ongebruikelijk betalingsverkeer op rekeningen van cliënt: HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713, NJ 2006/289 m.nt. Mok (SafeHaven) en HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, NJ 2016/245 m.nt. Tjong Tjin Tai (Van den Berg).

4.38. De vraag is nu of deze verschillen leiden tot de conclusie dat vorderingen van een bank op haar cliënten gezien de aard van die vordering niet overdraagbaar zijn, indien wordt beoogd deze over te dragen aan een niet-bank?

2.4.2. De rechtbank heeft vervolgens geoordeeld dat het noodzakelijk is de Hoge Raad rechtsvragen te stellen ter beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing (rov. 4.55). Zij heeft een aantal voorgenomen vragen geformuleerd (rov. 4.59) en partijen in de gelegenheid gesteld zich daarover uit te laten (rov. 5.7).

#### De prejudiciële vragen

2.4.3. In haar tussenvonnissen van 4 september 2019<sup>2</sup> heeft de rechtbank geoordeeld dat niet kan worden aangenomen dat contractoverneming heeft plaatsgevonden, zodat het subsidiaire beroep op cessie aan de orde komt en daarmee de daarover aan de Hoge Raad te stellen vragen (rov. 3.11). Vervolgens heeft de rechtbank de volgende prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld:

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

Indien het antwoord op vraag 1 negatief is, leidt dat tot de volgende vragen:

2. Rust op de niet-bank aan wie 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 aan wie 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?

2.4.4. Deze prejudiciële vragen zijn gesteld in een procedure waarin uitgangspunt is dat een bank op grond van een overeenkomst van geldlening krediet heeft verleend aan een

2 Rechtbank Amsterdam 4 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6359.

niet-consument. De vragen zijn echter algemeen geformuleerd en zien ook op de situatie waarin een bank op grond van een overeenkomst van geldlening krediet verleent aan een consument, in welk geval op grond van de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) publiekrechtelijke beschermingsbepalingen gelden.

In dit geval is zowel een overeenkomst van geldlening met een gefixeerde uitgeleende geldsom gesloten als krediet in rekening-courant verstrekt waarbij door een enkele verklaring van de cliënt – waaronder begrepen een betalingsopdracht – een overeenkomst van geldlening tot stand komt. De prejudiciële vragen hebben echter geen betrekking op de mogelijkheid om een (tussentijds) uitstaand saldo in geval van een krediet in rekening-courant te cederen.

De eerste prejudiciële vraag betreft de overdraagbaarheid van het vorderingsrecht van een bank op een cliënt. Voor het antwoord daarop is niet relevant of de cliënt wel of niet een consument is (zie hierna in 2.6.1-2.6.4).

De tweede prejudiciële vraag stelt aan de orde of de niet-bank waaraan de vordering is overgedragen, jegens de leningnemer een zorgplicht heeft en, zo ja, hoe die zorgplicht zich verhoudt tot de voor de bank geldende zorgplichten en publiekrechtelijke regels. Bij de beantwoording daarvan is wel relevant of de leningnemer wel of niet een consument is, omdat het op grond van de Wft geldende regime al naar gelang daarvan verschilt (zie hierna in 2.9.3 en 2.12). Het antwoord op deze vraag dient in samenhang te worden gezien met de rechtsgevolgen van vermogensrechtelijke bepalingen als art. 6:2 BW en art. 6:145 BW, die mede vormgeven aan de verplichtingen die een niet-bank als cessionaris heeft jegens de leningnemer, en daarmee aan de bescherming van de leningnemer. Het hangt van de omstandigheden van het geval af, of en zo ja op welke wijze deze bepalingen voor toepassing in aanmerking komen. Aan de hand van een voorbeeld waarin de niet-bank het rentepercentage herzielt, wordt hierna in 2.16 toegelicht, dat een bepaald resultaat in voorkomend geval langs verschillende wegen kan worden bereikt.

#### *De eerste prejudiciële vraag*

2.5. De eerste prejudiciële vraag stelt aan de orde of de aard van het vorderingsrecht van een bank op een cliënt zich ertegen verzet dat dit vorderingsrecht door een bank aan een niet-bank wordt overgedragen en in zoverre onoverdraagbaar is als bedoeld in art. 3:83 lid 1 BW. Het hierna te geven antwoord ziet op het vorderingsrecht van een bank op haar cliënt uit hoofde van een overeenkomst van geldlening.

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

2.6.2. De prestatie waartoe een cliënt is gehouden op grond van een overeenkomst van geldlening met een bank, is de betaling aan de bank van de geleende geldsom met rente. De inhoud van die prestatie wijzigt niet door overdracht van het vorderingsrecht door de bank aan een niet-bank. In dit opzicht verzet de aard van een vorderingsrecht uit hoofde van een overeenkomst van geldlening tussen een bank en een cliënt zich dus niet tegen overdracht van dat vorderingsrecht door een bank aan een niet-bank.

2.6.3. Aan een bank die partij is bij een overeenkomst van geldlening, komen ten aanzien van een daaruit 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. In zoverre verschilt dit geval van het geval dat aan

de orde was in het arrest van 12 januari 1990<sup>3</sup>, waarop door Alegre c.s. een beroep is gedaan en waarnaar de rechtbank in haar tussenvonnissen van 29 mei 2019 heeft verwezen (rov. 4.39-4.41). Het vorderingsrecht – waaronder in een geval als het onderhavige 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.

Voor de niet-bank als nieuwe schuldeiser gelden na overdracht van de vordering verscheidene verplichtingen, waaronder zorgverplichtingen (zie hierna in 2.8 e.v.). Die verplichtingen, die een uiteenlopende inhoud kunnen hebben al naar gelang de leningnemer wel of niet een consument is, verschillen niet zodanig van de verplichtingen van een bank jegens een consument, respectievelijk een niet-consument, dat uit dien hoofde geoordeeld zou moeten worden dat het vorderingsrecht slechts kan worden uitgeoefend door een bank (zie hierna in 2.12-2.13.2). 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.

Wat betreft de persoon of hoedanigheid van de schuldeiser verzet de aard van een vorderingsrecht voortvloeiend uit een overeenkomst van geldlening tussen een bank en een cliënt zich dus evenmin tegen overdracht van dat vorderingsrecht door een bank aan een niet-bank.

2.6.4. Het voorgaande geldt ongeacht of de cliënt een consument is.

#### *Antwoord op de eerste prejudiciële vraag en het daarmee samenhangende deel van de derde prejudiciële vraag*

2.7. Blijkens het voorgaande luidt het antwoord op de eerste prejudiciële vraag dat de aard van een vorderingsrecht van een bank op een cliënt voortvloeiend uit een overeenkomst van geldlening zich niet ertegen verzet dat dit vorderingsrecht door een bank aan een niet-bank wordt overgedragen.

Het antwoord op het hierbij aansluitende deel van de derde prejudiciële vraag luidt dat het voor het antwoord op de eerste prejudiciële vraag niet relevant is of en, zo ja, in hoeverre de cliënt de overeenkomst is nagekomen en of de bank de bankrelatie heeft opgezegd.

Dit een en ander geldt ongeacht of de cliënt een consument is.

#### *De tweede prejudiciële vraag*

2.8. De tweede prejudiciële vraag stelt aan de orde of op de niet-bank waaraan door een bank een vordering voortvloeiend uit een overeenkomst van geldlening is overgedragen, een zorgplicht rust, en zo ja, hoe die zorgplicht zich verhoudt tot de publiekrechtelijke regels die op een bank van toepassing zijn en de zorgplicht die op een bank rust. Bij de beantwoording daarvan is relevant of de leningnemer wel of niet een consument is, omdat het op grond van de Wft geldende regime al naar gelang daarvan verschilt.

#### *Zorgplichten van een bank jegens een cliënt*

2.9.1. Een van de zorgplichten van een bank jegens haar cliënt is neergelegd in art. 2 van de ABV, die doorgaans van toepassing zijn op de door hen gesloten overeenkomst. Daarnaast kunnen uit verschillende wettelijke bepalingen die deze over-

<sup>3</sup> HR 12 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC2326 (*Staat/Appels*).

eenkomst beheersen, voor een bank jegens haar cliënt verplichtingen voortvloeiende, bijvoorbeeld uit art. 6:248 lid 1 BW en (afhankelijk van de rechtsverhouding tussen de bank en de cliënt) art. 7:401 BW.

2.9.2. De maatschappelijke functie van banken brengt daarnaast een bijzondere zorgplicht mee. Het kan daarbij onder meer gaan om onderzoeks-, advies-, informatie- en waarschuwingplichten. De inhoud en de reikwijdte van deze bijzondere zorgplicht hangen mede af van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de betrokken wederpartij, de ingewikkeldheid van het product en de daaraan verbonden risico's.<sup>4</sup> In een geval als het onderhavige zijn de inhoud en de reikwijdte van deze bijzondere zorgplicht beperkt, nu geldlening niet een ingewikkeld product is en de cliënt niet een consument is.

2.9.3. Voor een bank als financiële dienstverlener gelden voorts de gedragsregels en normen van Deel 4 Wft. Daarbij verdient opmerking dat de in art. 4:24a Wft neergelegde zorgplicht blijkens de totstandkomingsgeschiedenis<sup>5</sup> van die bepaling geen andere is dan de uit het privaatrecht voortvloeiende zorgplicht van financiële dienstverleners jegens hun cliënten. Genoemde gedragsregels en normen zijn echter ingevolge de definitie van 'aanbieden' in art. 1:1 Wft alleen van toepassing als krediet is verleend aan een consument. Deze gedragsregels en normen zijn niet van toepassing in een geval als het onderhavige waarin krediet is verleend aan een niet-consument.

#### *Rechtsgevolgen van cessie en verplichtingen van de niet-bank na cessie*

2.10. Door cessie ondergaat de gecedeerde vordering geen verandering. Een vordering uit hoofde van geldlening gaat dus op de niet-bank over zoals zij bij de bank bestond, inclusief de aan die vordering verbonden (neven)rechten en verplichtingen (art. 6:142 en 6:144 BW). Zij kan na de cessie in dezelfde gevallen en onder dezelfde voorwaarden worden uitgeoefend als voordien. Door cessie aan de niet-bank gaat niet tevens de gehele rechtsverhouding tussen de bank en de cliënt over op de niet-bank. Daarvoor zou bijvoorbeeld contractoverneming moeten plaatsvinden. De niet-bank wordt geen partij bij de overeenkomst tussen de bank en de cliënt. De hiervoor in 2.9.1 en 2.9.2 bedoelde zorgplichten die de cederende bank op grond van haar rechtsverhouding jegens de cliënt heeft, maken als zodanig geen deel uit van de gecedeerde vordering en komen als zodanig niet te rusten op de niet-bank.

Wel kan de zorgplicht van een bank jegens haar cliënt in voorkomend geval de inhoud van haar vordering nader bepalen waardoor die vordering beperkingen kent. De vordering kan dan door de bank slechts met de aldus beperkte inhoud worden gecedeerd. Dit brengt mee dat na cessie van de vordering aan een niet-bank, diezelfde beperking ook voor de niet-bank geldt. Dit geldt uiteraard eveneens indien de vordering niet als gevolg van een zorgplicht van de bank maar bijvoorbeeld door een contractueel beding of een wettelijke bepaling beperkt is.

2.11. Naast het voorgaande is van belang dat de schuldenaar zich op grond van art. 6:145 BW jegens de nieuwe schuldeiser kan beroepen op verweermiddelen die hij jegens de vorige schuldeiser zou hebben. Dat geldt dus ook voor de leningnemer jegens de niet-bank na een cessie.

2.12. Wanneer de niet-bank na een cessie een krediet beheert dat is verleend aan een consument, is sprake van 'aanbieden' in de zin van art. 1:1 Wft. De niet-bank is in dat geval als financiële dienstverlener vergunningsplichtig op grond van de Wft en evenals een bank onderworpen aan de in Deel 4 Wft neergelegde gedragsregels en normen. Als de niet-bank het beheer of de uitvoering van het krediet heeft uitbesteed aan een kredietbeheerder in de zin van art. 3 Vrijstellingsregeling Wft, is alleen die laatste vergunningsplichtig en onderworpen aan de in Deel 4 Wft neergelegde gedragsregels en normen.

Gaat het, zoals in het onderhavige geval, om kredietverlening aan een niet-consument, dan gelden de in Deel 4 Wft neergelegde gedragsregels en normen niet (evenmin als voor een bank, zie hiervoor in 2.9.3).

2.13.1. Na cessie aan een niet-bank van een vordering van een bank uit hoofde van een overeenkomst van geldlening, staan de niet-bank en de leningnemer jegens elkaar in een rechtsbetrekking die ingevolge art. 6:2 BW wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid.

2.13.2. Bij de vaststelling van hetgeen de redelijkheid en billijkheid eisen van de niet-bank, moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen. In een geval als het onderhavige is daarbij ook van belang de omstandigheid dat de gecedeerde vordering afkomstig is van een bank, die uit hoofde van die hoedanigheid bepaalde (bijzondere) zorgplichten heeft. Van de niet-bank kan worden gevergd dat zij haar gedrag mede laat bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de leningnemer. Het voorgaande kan meebrengen dat op de niet-bank een eigen zorgplicht rust, die in voorkomend geval kan inhouden dat zij zich jegens de leningnemer op dezelfde wijze moet gedragen als kan worden gevergd van een redelijk handelende bank.

#### *Samenhang en uitwisselbaarheid*

2.14. Hetgeen hiervoor is overwogen, betekent dat in geval van cessie van een vordering uit hoofde van geldlening door een bank aan een niet-bank, de rechtsverhouding tussen de leningnemer en de niet-bank wordt bepaald door de inhoud van de gecedeerde vordering, de verweermiddelen die de leningnemer jegens de bank zou hebben (art. 6:145 BW) en – voor zover in het kader van de vraagstelling van belang – de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW). Het gaat hierbij om met elkaar samenhangende regels waarmee in voorkomend geval langs verscheidene wegen eenzelfde resultaat kan worden bereikt. Al naar gelang de omstandigheden van het geval kan een verplichting van een niet-bank als cessionaris jegens de leningnemer dus volgen uit de inhoud van de gecedeerde vordering, uit een verweermiddel van de leningnemer jegens de bank, uit de eisen van redelijkheid en billijkheid of uit een combinatie daarvan.

#### *Antwoord op de tweede prejudiciële vraag en het daarmee samenhangende deel van de derde prejudiciële vraag*

2.15.1. Blijkens het voorgaande luidt het antwoord op de tweede prejudiciële vraag dat de zorgplichten die een bank jegens haar cliënt heeft, door cessie niet als zodanig op de niet-bank komen te rusten. Indien een (bijzondere) zorgplicht van een bank jegens haar cliënt de inhoud van haar vordering – waaronder begrepen de daaraan verbonden (neven)rechten en verplichtingen – beperkt, kan die vordering slechts met de aldus beperkte inhoud aan de niet-bank worden gecedeerd. Daarnaast kan de leningnemer de verweermiddelen jegens de niet-bank invoeren die hij jegens de bank zou hebben (art. 6:145 BW).

<sup>4</sup> HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298, rov. 3.4.2.

<sup>5</sup> Kamerstukken II 2012/13, 33632, nr. 3, p. 26-27 en p. 28.

Na cessie van een vordering voortvloeiend uit een overeenkomst van geldlening door een bank aan een niet-bank, staan de niet-bank en de leningnemer jegens elkaar in een rechtsbetrekking die wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW). Wat de redelijkheid en billijkheid in een concreet geval eisen van de niet-bank hangt af van de omstandigheden van het geval. Daarbij is ook van belang dat de gecedeerde vordering afkomstig is van een bank, die uit hoofde van die hoedanigheid (bijzondere) zorgplichten heeft. Van de niet-bank kan worden gevergd dat zij haar gedrag mede laat bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de leningnemer. Het voorgaande kan meebrengen dat in zoverre op de niet-bank een eigen zorgplicht rust, die in voorkomend geval kan inhouden dat de zij zich jegens de leningnemer op dezelfde wijze moet gedragen als kan worden gevergd van een redelijk handelende bank.

2.15.2. Het antwoord op het hierbij aansluitende deel van de derde prejudiciële vraag luidt 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.

#### Toepassing

2.16. Aan de hand van een voorbeeld waarin een niet-bank na cessie het rentepercentage van de overgedragen vordering – de lening – verhoogt, wordt hierna toegelicht wat de betekenis kan zijn van het voorgaande voor de rechtspositie van de leningnemer. De te noemen regels hangen met elkaar samen en kunnen wat betreft hun toepassing uitwisselbaar zijn (zie hiervoor in 2.14).

– De leningnemer kan jegens de niet-bank geen beroep doen op een voor de bank geldende zorgplicht, nu die zorgplicht als zodanig door cessie niet is overgegaan op de niet-bank.

– De leningnemer kan zich jegens de niet-bank wel beroepen op de inhoud van de gecedeerde vordering en dus ook op de beperkingen die onderdeel zijn van die vordering. Indien de bank en haar cliënt bijvoorbeeld een maximaal toegestane renteverhoging waren overeengekomen – daaronder begrepen hetgeen uit art. 6:248 BW voortvloeit –, beperkt die afspraak de inhoud van de vordering die de bank aan de niet-bank cedeert en gaat de vordering met de aldus beperkte inhoud over op de niet-bank. Deze beperking van de mogelijkheid de rente te verhogen is onderdeel van de vordering en geldt uit dien hoofde voor de niet-bank.

– Indien op de bank een bijzondere zorgplicht rust die inhoudt of meebrengt dat de rente slechts tot een bepaald maximum kan worden verhoogd, beperkt deze zorgplicht de inhoud van de vordering die de bank aan de niet-bank cedeert en gaat de vordering met de aldus beperkte inhoud over op de niet-bank. Ook in dat geval is de beperking van de mogelijkheid de rente te verhogen onderdeel van de vordering en geldt deze beperking uit dien hoofde voor de niet-bank.

– In de hiervoor genoemde gevallen geldt de beperking van de mogelijkheid de rente te verhogen na cessie dus voor de niet-bank omdat die beperking onderdeel is van de overgedragen vordering, en wordt ten aanzien daarvan niet toegekomen aan een beroep op art. 6:145 BW.

– Het voorgaande laat onverlet dat de leningnemer zich – wanneer de niet-bank betaling van de verhoogde rente verzoekt – op de voet van art. 6:145 BW kan verweren, bijvoorbeeld met een beroep op een opschortingsrecht dat de leningnemer tegen de bank kon inroepen.

– De niet-bank en de leningnemer staan na de cessie jegens elkaar in een rechtsbetrekking die ingevolge art. 6:2 BW wordt

beheerst door de redelijkheid en billijkheid. In geval de gecedeerde vordering niet zou inhouden dat de mogelijkheid de rente te verhogen is beperkt, kan uit hetgeen de redelijkheid en billijkheid van de niet-bank eisen, 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.

– Het voorgaande betekent dat, 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, de leningnemer daartegen geen bescherming geniet.

#### De vierde prejudiciële vraag

2.17. De vierde prejudiciële vraag stelt aan de orde welke rechten de cliënt kan uitoefenen jegens de cederende 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. In de onderhavige procedure tussen Alegre c.s. en Promontoria is het antwoord op deze vraag – die de rechtsverhoudingen tussen Alegre c.s. en Van Lanschot betreft – niet nodig om op de vorderingen van Alegre c.s. en Promontoria te beslissen, zoals vereist door art. 392 lid 1 Rv. Daarin ziet de Hoge Raad aanleiding om deze vraag niet te beantwoorden.

#### 3. Beslissing

De Hoge Raad:

– beantwoordt de vragen op de hiervoor in 2.7, 2.15.1 en 2.15.2 weergegeven wijze;

– begroot de kosten van deze procedure op de voet van art. 393 lid 10 Rv op € 1.800,= aan de zijde van Alegre c.s. en op € 1.800,= aan de zijde van Promontoria.

#### NOOT

1. Kort verwoord ligt de volgende casus aan de onderhavige arresten ten grondslag.<sup>1</sup> In september 2015 heeft Van Lanschot haar zakelijke vastgoedleningen die waren ondergebracht bij bijzonder beheer verkocht aan Promontoria door middel van een akte van contractoverneming en cessie. Diverse leningnemers hebben tegen deze verkoop geageerd, nu zij menen dat Promontoria (dat volgens de leningnemers een zogenoemd *vulture fund* betreft en er slechts op uit is de onderliggende zekerheden van de geldleningen uit te winnen) onvoldoende oog heeft voor de belangen van de leningnemers. Door de rechtbank is in de onderhavige procedures reeds bepaald dat de vorderingen niet zijn overgedragen op basis van contractoverneming.<sup>2</sup> De rechtbank overweegt daartoe dat op basis van de Algemene Bankvoorwaarden (ABV) geen instemming bij voorbaat kon worden aangeno-

1 In beide zaken zijn door dezelfde rechtbank dezelfde prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld en de onderliggende casuïstiek is vrijwel identiek. In het hiernavolgende wordt dan ook geen onderscheid gemaakt tussen beide zaken.

2 Rb. Amsterdam 4 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6359 en Rb. Amsterdam 29 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3918.

men. Voor cessie is echter geen instemming van de schulde- naar vereist. Daarmee komt de vraag op of de aard van de vorderingen zich tegen overdraagbaarheid verzet, in welk geval de vorderingen niet rechtsgeldig op basis van cessie aan Promontoria zijn overgedragen. Indien de vorderingen zich niet tegen overdraagbaarheid verzetten, komt vervolgens de vraag op of de zorgplicht die op Van Lanschot rust(te) overgaat op Promontoria, dan wel anderszins in de relatie tussen de leningnemers en Promontoria doorwerkt. In dat kader wordt door de rechtbanken in de onderhavige procedures een viertal prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad.<sup>3</sup>

#### *Overdraagbaarheid vorderingen*

2. Anders dan bij contractsovername, gaan bij cessie alleen de betreffende vorderingsrechten over, maar niet de niet aan die vorderingen verbonden verplichtingen uit de overeenkomst. Door vordering ondergaat de cessie geen verandering, hetgeen inhoudt dat aan die vordering verbonden (neven)rechten alsmede aan die vordering verbonden verplichtingen mee over gaan (art. 6:142 en 6:144 BW). Een vordering is overdraagbaar, tenzij (i) de wet overdracht uitsluit, (ii) de aard van het recht zich tegen overdracht verzet, dan wel (iii) de overdraagbaarheid contractueel is uitgesloten (art. 3:83 lid 1 en lid 2 BW). De discussie in onderhavig geval spitst zich toe op het antwoord op de vraag of de aard van een vordering (uit hoofde van de geldleningsovereenkomst met een bank) zich verzet tegen overdracht van het vorderingsrecht, nu geen sprake is van een wettelijke uitsluitingsgrond, noch van een contractueel beding dat de overdraagbaarheid uitsluit. Over het algemeen zal een 'gewone' geldvordering zich niet snel naar haar aard verzetten tegen overdracht.<sup>4</sup> Een verandering van schuldeiser zal immers geen invloed hebben op de inhoud van de vordering. In het geval van een geldleningsovereenkomst zal doorgaans minder van belang zijn voor wie wordt gepresteerd, als er maar gepresteerd wordt.<sup>5</sup> De Hoge Raad overweegt dan ook dat de aard van het vorderingsrecht uit hoofde van een geldlening met een bank zich niet verzet tegen overdracht, nu de inhoud van de prestatie waartoe de leningnemer is gehouden niet wijzigt door overdracht. Het beroep van de leningnemers op het *Staat/Appels*-arrest<sup>6</sup> gaat niet op, nu aan het vorderings-

recht geen rechten en bevoegdheden kleven die slechts kunnen worden uitgeoefend door een bank.

3. Onder de Wet op het financieel toezicht (Wft) geldt dat een bank valt onder het prudentieel toezicht van deel 3 van de Wft. Indien een financiële dienstverlener (waar ook een bank onder valt) krediet beheert dat is verleend aan een consument, valt de financiële dienstverlener onder de gedragsregels en -normen die uiteen zijn gezet in deel 4 van de Wft.<sup>7</sup> De Hoge Raad besteedt niet veel aandacht aan dit publiekrechtelijke kader bij de beantwoording van de vraag of de aard van de vordering zich tegen overdracht verzet. Daartoe zal redengevend zijn dat de cessionaris van een consumentkrediet, dan wel de door deze cessionaris aangewezen 'beheerder', in beginsel over een daartoe door de AFM verleende vergunning zal moeten beschikken.<sup>8</sup> De cessionaris zal daarmee eveneens aan deel 4 van de Wft zijn gebonden en dus onder dezelfde gedragsregels en -normen vallen als de financiële dienstverlener.<sup>9</sup> In het bijzondere geval dat de cessionaris noch diens beheerder over de vereiste vergunning beschikt en deel 4 van de Wft op het consumentkrediet daardoor niet van toepassing zou zijn terwijl dit wel vereist is, lijkt ons dat de vordering niet overdraagbaar is, aangezien anders niet kan worden gewaarborgd dat de (niet aan de vordering verbonden) verplichtingen van deel 4 Wft tevens mee overgaan op de cessionaris.

#### *Overgang c.q. doorwerking zorgplicht banken*

4. Nu er doorgaans wel sprake is van overdraagbaarheid, is vervolgens de vraag in hoeverre de zorgplicht mee over gaat indien de bank een vordering op haar cliënten cedeert aan een niet-bank. De zorgplicht ziet niet louter op deel 4 van de Wft, maar volgt tevens uit de Algemene Bankvoorwaarden (naast het algemene art. 2 bevat deze tevens enkele andere specifieke zorgplichten). Verder volgt de zorgplicht uit art. 7:401 BW indien er sprake is van een overeenkomst van opdracht. En daarnaast volgt de zorgplicht uit de rechtspraak van de Hoge Raad. De omvang van de zorgplicht van de bank is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.<sup>10</sup> Een belangrijke omstandigheid die in dat kader meeweegt, is de hoedanigheid van de cliënt: zo zal jegens een consument sprake zijn van een (veel) grotere zorgplicht (bijvoorbeeld in de vorm van onderzoeks-, informatie-, mededelings- en waarschuwingsplichten) dan het geval zal zijn bij een niet-consument.<sup>11</sup> Daarmee is niet gezegd dat met betrekking tot niet-consumenten geen onderzoeks- en/of informatieverplichtingen gelden, maar die verplichtingen gaan minder ver dan het geval zal zijn bij een consument.<sup>12</sup>

3 De Hoge Raad behandelt vooral de eerste twee prejudiciële vragen. De derde prejudiciële vraag komt terloops aan bod en beantwoording van de vierde prejudiciële vraag is volgens de Hoge Raad niet nodig om op de vorderingen te beslissen.

4 Zie F.M. van Peski, 'Commentaar op art. 3:83 BW', *Sdu Commentaar Vermogensrecht*, onder C.3 en W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, 'Goederenrecht', *Het Nederlands burgerlijk recht*, Pitlo deel 3, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 104.

5 F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding* (diss.), Deventer: Kluwer 2003, p. 23-24. Zie daarnaast de literatuur aangehaald in randnummers 4.13-4.17 van concl. A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2020:358 bij ECLI:NL:HR:2020:1274 en ECLI:NL:PHR:2020:359 bij ECLI:NL:HR:2020:1276.

6 HR 12 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC2326 (*Staat/Appels*). Het *Staat/Appels*-arrest zag op een kredietverlening door de Staat, die de Staat trachtte over te dragen aan een private partij. De Hoge Raad achtte het oordeel van het hof dat de door de Staat verschaft geldlening dusdanig gebonden is aan de persoon van de Staat als crediteur, dat de rechten en bevoegdheden uit hoofde van de geldlening slechts door de Staat behoren te worden uitgeoefend en dat daarom de aard van de geldlening zich tegen overdracht verzet.

7 M. Haentjens, R.P. Raas & W.A.K. Rank in M. Haentjens, R.P. Raas & W.A.K. Rank (red.), *Compendium Financieel Recht*, Den Haag: Sdu 2019, p. 24-25.

8 Art. 1:1 sub a Wft en art. 2:60 lid 1 Wft.

9 Overigens bevat art. 3 Vrijstellingsregeling Wft de mogelijkheid om het beheer of de uitvoering van het krediet uit te besteden aan een kredietbeheerder, in welk geval alleen die kredietbeheerder vergunningplichtig is (en daarmee onder de reikwijdte van deel 4 van de Wft valt).

10 HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, in latere rechtspraak herhaald.

11 Zie nader W.H.F.M. Cortenraad, 'Hoe bijzonder is de bijzondere zorgplicht', *Ondernemingsrecht* 2012/128 onder verwijzing naar de ter zake doende rechtspraak van de Hoge Raad.

12 K. Vreemann & M. Huizingh, 'Overdracht van een kredietportefeuille en de bancaire zorgplicht', *FIP* 2019/3, p. 33 onder verwijzing naar

5. Uitgangspunt bij een overdracht van een vordering is dat de cessionaris van rechtswege de bij de vordering behorende (bestaande dan wel toekomstige) nevenrechten verkrijgt (art. 6:142 BW). Hoewel het begrip 'nevenrechten' niet als zodanig is gedefinieerd, benoemt art. 6:142 BW (niet-limitatief) een aantal nevenrechten die met de vordering mee overgaan. Zo gaan onder meer rechten van pand, hypotheek en borgtocht en recht op rente of op een dwangsom (voor zover niet reeds verbeurd) mee over.<sup>13</sup> Dat betekent dat eventuele pandrechten uit hoofde van art. 24 ABV dan wel anderszins in beginsel mee overgaan. Rechten die niet met een vordering overgaan, betreffen onder meer een recht op schadevergoeding, rechten die voortvloeien uit een hoofdelijke aansprakelijkheid of een retentierecht.<sup>14</sup> Deze rechten zijn niet of onvoldoende verbonden met de betreffende vordering, zodat overdracht van de vordering niet meebrengt dat deze verplichtingen mee overgaan op de nieuwe schuldeiser (art. 6:144 BW). Daarnaast geldt dat overgang van een vordering de verweermiddelen van de schuldenaar onverlet laat (art. 6:145 BW). Dergelijke verweermiddelen kunnen zijn gelegen in de (schriftelijke) overeenkomst die ten grondslag ligt aan de vordering dan wel als ze worden ontleend aan de wet. Die verweermiddelen behoeven in beginsel niet al te bestaan op het moment dat de vordering wordt overgedragen, maar zij dienen wel besloten te liggen in de rechtsverhouding waaruit de vordering voortvloeit.<sup>15</sup> Het antwoord op de vraag welke bedingen uit die overeenkomst vervolgens liggen in de rechtsverhouding waaruit de vordering voortvloeit, is een kwestie van uitleg.<sup>16</sup>

6. De Hoge Raad heeft in de onderhavige arresten geoordeeld dat een zorgplicht van een bank niet als zodanig wordt overgedragen aan een niet-bank. Echter, indien een zorgplicht van een bank jegens haar cliënt de inhoud van de vordering beperkt, dan kan die vordering slechts met de beperkte inhoud aan de niet-bank worden overgedragen. Daarnaast kan de cliënt op grond van art. 6:145 BW de verweermiddelen jegens de niet-bank invoeren die hij jegens de bank zou hebben. Daar komt volgens de Hoge Raad nog bij dat ingevolge art. 6:2 BW van de niet-bank kan worden gevraagd dat zij haar gedrag mede laat bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de cliënt, hetgeen kan meebrengen dat op de niet-bank een eigen zorgplicht rust. Voorgaande drie opties (beperkte inhoud gecedeerde vordering, art. 6:145 BW en art. 6:2 BW) zullen, al dan niet gecombineerd, volgens de Hoge Raad tot hetzelfde resultaat kunnen leiden. Dat de cliënt de geldlening niet of niet volledig is nagekomen of dat de bank de bankrelatie heeft opgezegd, maakt het voorgaande niet anders, aldus de Hoge Raad.

7. Ter verduidelijking geeft de Hoge Raad een voorbeeld van de toepassing van zijn antwoorden op de prejudiciële vragen aan de hand van de casuïstiek die aanleiding was voor de onderhavige procedures, te weten een renteverhoging door Promontoria. Indien een bank en een leningnemer zijn overeengekomen dat de rente slechts tot een bepaald percentage kan worden verhoogd, dan is die beperking onderdeel van de vordering en gaat die beperking als zodanig mee over op de niet-bank. Daarnaast zal een zorgplicht die inhoudt of meebrengt dat de rente slechts tot een bepaald maximum kan worden verhoogd, de inhoud van de vordering beperken, waardoor ook die beperking mee overgaat. Daarnaast kan op basis van de redelijkheid en billijkheid (in de zin van art. 6:2 BW) die de rechtsbetrekking tussen de leningnemer en de niet-bank beheersen een beperking van de renteverhoging voortvloeien, waarvoor mede van belang kan zijn in hoeverre de renteverhoging marktconform is. Onduidelijk is echter hoe deze werking van de redelijkheid en billijkheid dient te worden gelezen, nu dit lijkt te verwijzen naar lid 1 van art. 6:2 BW, temeer nu de Hoge Raad vervolgens oordeelt dat een eventuele renteverhoging door de niet-bank *daarnaast* naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. Volgens ons is voor de vraag in hoeverre er sprake zal zijn van een beperking van het recht tot renteverhoging louter de derogerende werking en niet de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid van toepassing. Hoewel de Hoge Raad dit niet noemt in zijn voorbeeld, zal voor de invulling van art. 6:2 BW mede relevant zijn dat de vordering afkomstig is van een bank en dat daarom mogelijk op de niet-bank een eigen zorgplicht komt te rusten. Als de bank uit *coulance* geen renteverhoging heeft doorgevoerd en de niet-bank deze renteverhoging toch doorzet, dan is de leningnemer niet beschermd indien de renteverhoging niet door een zorgplicht wordt beperkt en de renteverhoging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is. Volgens de Hoge Raad betreffen voornoemde beperkingen van de renteverhoging geen verweermiddel in de zin van art. 6:145 BW, maar kan de leningnemer zich wel op de voet van art. 6:145 BW beroepen op bijvoorbeeld een opschortingsrecht.

8. Met deze beantwoording door de Hoge Raad van de prejudiciële vragen en met het door de Hoge Raad gegeven voorbeeld voor toepassing daarvan, is weer een belangrijke horde genomen voor de vele Promontoria-zaken. Desondanks zullen verdere uitspraken in al deze zaken naar verwachting een wisselend beeld geven, nu door de Hoge Raad nog veel ruimte wordt gelaten met betrekking tot het antwoord op de vraag hoe de zorgplicht voor de niet-bank moet worden ingekleurd.

Tevens behorend bij «JIN» 2020/136.

mr. drs. ir. E.J.H. Zandbergen en mr. S. Lubberhuizen  
beiden advocaat bij Stonewater

HR 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3055.

13 Zie nader GS *Verbintenissenrecht*, art. 6:142 BW, aant. 7.1 t/m 7.13 en R.M. Wibier, *Overgang van vorderingen en schulden en afstand van vorderingen* (Monografieën BW nr. B44), Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 20.

14 Zie nader GS *Verbintenissenrecht*, art. 6:142 BW, aant. 8.1 t/m 8.6.

15 M.H.E. Rongen, *Cessie* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012, nr. 205 en M. Wibier, *Overgang vorderingen en schulden en afstand vorderingen* (Mon. BW nr. B44), Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 25 en 26.

16 R.M. Wibier, *Overgang vorderingen en schulden en afstand vorderingen* (Mon. BW nr. B44), Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 25. Zie GS *Verbintenissenrecht*, art. 6:145 BW, nr. 6.1 t/m 6.15 voor een bespreking van diverse vorderingen.



## 138

**Geen algemene norm voor wat als 'voldoende mate van aannemelijkheid' kan worden beschouwd in de zin van art. 843a Rv**

Hoge Raad

10 juli 2020, nr. 19/01170, ECLI:NL:HR:2020:1251

(mr. Numann, mr. Polak, mr. Tanja-van den Broek, mr. Du Perron, mr. Wattendorff)

(Concl. A-G Wesseling-van Gent)

Noot mr. A.F. Veldhuis en J.E. Mink

**Procesrecht. Exhibitievordering. Maatstaf rechtsbetrekking.**

[BW art. 7:611; Rv art. 1019, 843a]

*Essentie: Exhibitievordering in niet-IE-zaak (art. 843a Rv). Maatstaf voor aannemen van rechtsbetrekking in de zin van art. 843a Rv bij gestelde tekortkoming of onrechtmatige daad.*

*Samenvatting: Onderdeel la van het middel klaagt dat het hof de maatstaf die in IE-zaken geldt bij de beoordeling van een vordering tot inzage of afschrift, te weten dat de gestelde inbreuk op een IE-recht voldoende aannemelijk moet zijn, ten onrechte ook aanlegt in deze niet-IE-zaak. Door van Semtex te verlangen dat zij de gestelde schending van verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst en het gestelde onrechtmatige handelen voldoende aannemelijk maakt, stelt het hof volgens het onderdeel te zware eisen aan toewijsbaarheid van een vordering op de voet van art. 843a Rv.*

*In de zaken AIB/Novisem en Synthon/Astellas heeft de Hoge Raad in het kader van een inbreuk op een recht van intellectueel eigendom een maatstaf gegeven voor het aannemen van het bestaan van een rechtsbetrekking als bedoeld in art. 1019a Rv in verbanding met art. 843a Rv. Die maatstaf houdt in dat degene die inzage, afschrift of uittreksel van bewijsmateriaal verlangt, zodanige feiten en omstandigheden moet stellen en met eventueel reeds voorhanden bewijsmateriaal moet onderbouwen, dat voldoende aannemelijk is dat inbreuk op een recht van intellectueel eigendom is of dreigt te worden gemaakt. In de zaak Organik/Dow heeft de Hoge Raad geoordeeld dat die maatstaf zich ook leent voor toepassing op een rechtsbetrekking die voortvloeit uit het onrechtmatig verkrijgen en gebruiken van bedrijfsgeheimen, alhoewel art. 1019 e.v. Rv daarop niet van toepassing zijn. Ook buiten het terrein van inbreuk op intellectuele eigendomsrechten en het onrechtmatig verkrijgen en gebruiken van bedrijfsgeheimen heeft als maatstaf voor de beoordeling van een vordering op de voet van art. 843a Rv te gelden dat het bestaan van de rechtsbetrekking waarop de vordering ziet voldoende aannemelijk moet zijn.*

*Overeenkomstig de hiervoor bedoelde arresten geldt voorts dat de vraag wat in het kader van een vordering uit hoofde van art. 843a Rv bij een gestelde tekortkoming of onrechtmatige daad als een 'voldoende' mate van aannemelijkheid kan worden beschouwd, niet in algemene zin kan worden beantwoord. Het komt steeds aan op een waardering van de stellingen en verweren van partijen en de overtuigingskracht van het eventueel reeds overgelegde bewijsmateriaal. Daarbij is*

*enerzijds uitgangspunt dat niet hoeft te zijn voldaan aan de mate van aannemelijkheid die is vereist voor toewijzing in kort geding van een op (dreigend) tekortschieten of onrechtmatig handelen gebaseerde (ge- of verbods)vordering of vordering tot schadevergoeding; anderzijds dienen aan de mate van aannemelijkheid van de gestelde tekortkoming of onrechtmatige daad bij de beoordeling van een inzagevordering hogere eisen te worden gesteld dan bij de beoordeling van een verzoek tot het in beslag mogen nemen van bewijsmateriaal.*

Semtex B.V., gevestigd te Best,

eiseres tot cassatie,

hierna: Semtex,

advocaat: J. den Hoed,

tegen

1. [verweerster 1], wonende te [woonplaats],

2. [verweerster 2], wonende te [woonplaats],

verweersters in cassatie,

hierna gezamenlijk: [verweersters],

advocaten: N.E. Groeneveld-Tijssens en A.C. van Schaick.

**Conclusie Advocaat-Generaal**

(mr. Wesseling-van Gent)

Het onderhavige geschil betreft de hoofdzaak die binnen de daarvoor gestelde termijn aanhangig is gemaakt na een op de voet van art. 730 Rv en art. 1019b Rv gelegd conservatoir bewijsbeslag.

Eiseres tot cassatie (hierna: Semtex) heeft daarbij op de voet van art. 843a Rv en art. 1019a Rv een inzagevordering ingesteld tegen twee ex-werknemers op de grond dat deze ex-werknemers haar op onrechtmatige wijze beconcurreren, het in hun arbeidsovereenkomst met Semtex opgenomen nevenwerkzaamheden- en geheimhoudingsbeding hebben geschonden en inbreuk hebben gemaakt op de IE-rechten van Semtex.

De rechtbank heeft de vorderingen van Semtex afgewezen. Het hof heeft dit vonnis bekrachtigd. Bij de beoordeling van alle grondslagen heeft het hof in rov. 6.5.5 voorop gesteld dat de gestelde rechtsbetrekking – het hof noemt in rov. 6.5.5 alleen de gestelde onrechtmatigheid/inbreuk – voldoende aannemelijk dient te worden gemaakt. Aldus heeft het hof getoetst aan het zogeheten in IE-zaken gehanteerde AIB/Novisem-criterium.

In cassatie wordt onder meer geklaagd dat het hof daarmee ten onrechte deze maatstaf in dit geding aanlegt voor zover de gestelde rechtsbetrekking (in de zin van art. 843a Rv) een onrechtmatige daad is, en voor zover Semtex zich beroept op de schending van bedingen in de arbeidsovereenkomst.

**1. Feiten en procesverloop****Feiten<sup>1</sup>**

1.1. Semtex ontwerpt en verkoopt kinderkleding onder de naam Retour Denim Deluxe dan wel Retour Jeans. De kleding van Retour wordt geproduceerd in Azië.

1.2. Verweerster in cassatie onder 1 (hierna: [verweerster 1]) is van 1 oktober 2006 tot 1 oktober 2013 in dienst geweest bij

<sup>1</sup> Zie het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 4 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5074, NJF 2019/101 (hierna: het bestreden arrest), rov. 6.1.2 t/m 6.1.20.