

Promontoria-arresten: overdraagbaarheid van vorderingen uit hoofde van een geldlening door een bank aan een niet-bank en de gevolgen voor de (bancaire) zorgplicht

Bb 2021/23

In deze bijdrage worden de Promontoria-arresten van 10 juli 2020 (ECLI:NL:HR:2020:1274 en ECLI:NL:HR:2020:1276) besproken, waarin de Hoge Raad prejudiciële vragen van de rechtbank Amsterdam beantwoordt over de overdraagbaarheid van vorderingen uit hoofde van een geldlening door een bank aan een niet-bank en wat de gevolgen zijn voor de (bancaire) zorgplicht. Deze arresten zijn zeer relevant voor de financieringspraktijk, nu banken met enige regelmaat vorderingen uit hoofde van geldleningen overdragen aan niet-banken en de Europese Unie met het voorstel voor de Richtlijn Non-Performing Loans² een secundaire markt wil stimuleren in vorderingen uit hoofde van niet-renderende leningen.

1. Inleiding

Banken hebben een bijzondere positie vanwege hun spilfunctie in het betalings- en maatschappelijk verkeer. Daarnaast hebben zij vaak een kennis- en informatievoorsprong ten opzichte van hun cliënten. Deze niet altijd gelijkwaardige verhouding, die vaker voorkomt bij dienstverlening tussen professionele dienstverleners (o.a. banken, advocaten, accountants) en (particuliere) afnemers, heeft als gevolg dat op de eerstgenoemden een zorgplicht rust. Met betrekking tot banken heeft dit in recente jurisprudentie de vraag doen rijzen of de aard van de bijzondere positie van de bank, en daarmee de aard van de over te dragen vordering, zich verzetten tegen een overdracht door de bank van vorderingen uit hoofde van een geldlening jegens haar cliënten aan een niet-bank (een partij die niet als bank kwalificeert³) op wie, wellicht, geen bijzondere of algemene zorgplicht rust. Is het antwoord op die eerste vraag negatief, wat is dan het gevolg voor die zorgplicht van de overdragende bank?

Op 10 juli 2020 heeft de Hoge Raad prejudiciële vragen beantwoord die zijn gesteld door de rechtbank Amsterdam in twee vergelijkbare procedures tussen voormalige cliënten van F. Van Lanschot Bankiers N.V. (*Van Lanschot*) en Promontoria Holding 107 B.V. (*Promontoria*). Hierbij kwamen onder meer de volgende vragen aan de orde: (i) brengt het feit dat een vorderingsrecht voortvloeit uit een geldlening van een bank aan een cliënt mee dat die vordering op grond

van de wet of naar haar aard onoverdraagbaar is in de zin van art. 3:83 lid 1 BW, en (ii) indien dit niet het geval is, of op een niet-bank aan wie de vorderingsrechten worden overgedragen, ten aanzien van de debiteuren van de overgedragen vorderingen, een (bijzondere) zorgplicht rust. In deze bijdrage beschrijf ik eerst de achtergrond en feiten van de twee zaken in eerste aanleg die hebben geleid tot de prejudiciële vragen. Daarna wordt het juridisch kader rondom de overdraagbaarheid van vorderingen en de bancaire zorgplicht besproken, gevolgd door een bespreking van de beantwoording van de prejudiciële vragen door de Hoge Raad en mijn commentaar daarop.

2. Casus en prejudiciële vragen

De twee procedures tegen Promontoria hebben grotendeels dezelfde feitelijke achtergrond.⁴ *Immoblie Securities B.V. (Immoblie)* en *Alegre Beheer B.V. (Alegre)* hebben zakelijke vastgoedleningen gesloten met Van Lanschot. Op 30 september 2015 heeft Promontoria een kredietportefeuille met *non-performing loans*⁵ overgenomen van Van Lanschot op grond van een notariële akte getiteld "*Deed of Transfer of Contract and Assignment*" (akte van contractsovername en cessie), waarmee ook de leningen aan *Immoblie* en *Alegre* werden overgedragen dan wel de vorderingen uit hoofde van de leningen werden gecedeerd. *Immoblie* vordert onder meer een verklaring voor recht dat de rechten uit hoofde van de kredietovereenkomsten die zijn gesloten met Van Lanschot niet zijn overgegaan op grond van contractsovername, cessie of enige andere grond. *Alegre* vordert onder meer dat de cessie en contractsovername waarbij Van Lanschot haar vorderingen en rechtsbetrekkingen aan Promontoria heeft overgedragen nietig worden verklaard. Subsidiar verzoekt zij de rechtbank de cessie en contractsovername te vernietigen en meer subsidiar een verklaring voor recht dat deze onrechtmatig zijn.⁶

Promontoria stelt zich in beide procedures op het standpunt dat sprake is geweest van een contractsovername, nu zowel *Immoblie* als *Alegre* hiervoor bij voorbaat toestemming

1 Mr. M.P.R. Sardjoe is advocaat bij Greenberg Traurig LLP te Amsterdam. De auteur dankt mevr. mr. dr. L.F.A. Welling-Steffens, advocaat bij Greenberg Traurig LLP te Amsterdam, voor het reviewen van dit artikel.

2 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake kredietdiensten, kredietkopers en de uitwinning van zekerheden van 14 maart 2018, COM(2018) 135 final 2018/0063 (COD), te raadplegen via https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2018_63.

3 Zie voor de definitie van "bank" o.a. art. 1:1 Wft.

4 Zie voor *Alegre/Promontoria*: Rb. Amsterdam 4 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6359 en Rb. Amsterdam 29 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3916 en voor *Immoblie/Promontoria*: Rb. Amsterdam 7 augustus 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:5729 en Rb. Amsterdam 29 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3918.

5 De slecht presterende leningen werden overgedragen, met als doel de balansen van de bank op te schonen.

6 HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1276 (*Alegre/Promontoria*), r.o. 2.3.1; HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1274 (*Immoblie/Promontoria*), r.o. 2.3.1 (hierna Promontoria-arresten).

hebben gegeven op grond van art. 36 van de Algemene Bankvoorwaarden (ABV), waarin is opgenomen:

“Door het van toepassing worden van deze algemene bankvoorwaarden heeft de cliënt, voor het geval van een (gedeeltelijke) overdracht van de onderneming van de bank, er bij voorbaat medewerking aan verleend dat zijn rechtsverhouding met de bank in het kader van die (gedeeltelijke) overdracht (gedeeltelijk) op een derde overgaat.”⁷

Voor zover hiervan geen sprake zou zijn geweest, stelt Promontoria dat de vorderingen van Van Lanschot op de cliënten als genoemd in de overeenkomst aan haar zijn gecedeerd. Beide stellingen worden door Immobile en Alegre betwist. Zij leggen daaraan onder meer ten grondslag dat de rechtsverhouding tussen Immobile dan wel Alegre en Van Lanschot naar haar aard niet overdraagbaar is, althans niet aan een partij die niet net zoals Van Lanschot de kwalificatie heeft van een bank. Hierbij wordt tevens beargumenteerd dat het vorderingen betreffen uit hoofde van een persoonlijke relatie tussen Immobile respectievelijk Alegre met Van Lanschot. De onoverdraagbaarheid van de vorderingen op grond van de gestelde persoonlijke bancaire relatie is door de rechtbank in beide gevallen afgewezen.⁸ De rechtbank beoordeelt vervolgens of het vorderingsrecht onoverdraagbaar is vanwege de aard van dit recht. Daarbij overweegt de rechtbank dat art. 3:83 lid 1 BW bepaalt dat een vorderingsrecht overdraagbaar is, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet. Er is geen specifieke wettelijke regel die zich verzet tegen de overdracht van vorderingen uit hoofde van een geldlening door een bank aan een niet-bank, dus moet de vraag worden beantwoord of de aard van het recht zich tegen overdraagbaarheid verzet. Verder blijkt uit de uitspraken dat Van Lanschot de kredietrelatie met Immobile heeft opgezegd bij brief van 6 maart 2012 zonder executiemaatregelen te nemen, waarna Promontoria bij brief van 25 oktober 2017 het aan Immobile verstrekte krediet heeft opgezegd vanwege tekortkomingen in de nakoming van op Immobile rustende verbintenissen. Promontoria heeft tevens de kredietrelatie met Alegre opgezegd bij brief van 17 januari 2017, eveneens vanwege tekortkomingen zijdens Alegre. Het is de vraag of dit invloed heeft op de overdraagbaarheid van de vorderingen of op het wel of niet bestaan van een zorgplicht van de bank dan wel de niet-bank.

In de procedure met Immobile als eiseres is door de rechtbank in een tussenvonnis, in lijn met eerdere uitspraken, geoordeeld dat geen toestemming bij voorbaat is verleend

en dat uit de gedragingen van Immobile evenmin kan worden afgeleid dat zij (achteraf) instemde met de contractoverneming, waardoor geen sprake kan zijn van een contractoverneming in de zin van art. 6:159 BW.⁹ Alegre stelt zich juist op het standpunt dat zij de contractoverneming rechtsgeldig buitengerechtelijk heeft vernietigd met een beroep op dwaling, maar dit is nog niet aangenomen door de rechtbank. Wat er ook met betrekking tot de contractoverneming geldt, in beide gevallen acht de rechtbank het belangrijk om in ieder geval een oordeel te geven over het beroep van Promontoria op de cessie van de vorderingsrechten uit hoofde van de leningsovereenkomsten en de betekenis die in dat verband toekomt aan de zorgplicht van een bank. De prejudiciële vragen aan de Hoge Raad op grond van art. 392 Rv richten zich hoofdzakelijk op deze twee onderwerpen: overdraagbaarheid van een vordering uit hoofde van een geldlening door een bank aan een niet-bank en de zorgplicht.

De prejudiciële vragen aan de Hoge Raad luiden als volgt:

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 vraag.*
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?*

3. Juridisch kader: overdraagbaarheid van vorderingen door een bank aan een niet-bank en de bancaire zorgplicht

Overdraagbaarheid van vorderingen

Het uitgangspunt is dat eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten overdraagbaar zijn, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen overdracht verzet, zo volgt uit art. 3:83 lid 1 BW. De overdraagbaarheid staat dus voorop, met als ratio dat goederen in beginsel in de handel dienen te blijven en zowel voor overdracht als voor uitwinning vatbaar behoren te zijn. Voorbeelden van wettelijke bepalingen die overdraagbaarheid uitsluiten zijn art. 6:106 lid 2 BW (recht op immateriële schadevergoeding) en art. 7:633 lid 3 BW (recht op loon). Daarnaast kan de aard van het recht zich tegen de overdracht verzetten, wat met name het geval is bij

⁷ Volledigheidshalve vermeld ik dat dergelijke bedingen in consumentenovereenkomsten in beginsel vernietigbaar zijn op grond van art. 6:236 sub e jo 6:233 sub a BW, tenzij, bijvoorbeeld, de consument de overeenkomst kan ontbinden. In verband met zakelijke kredieten zoals in de hierin te bespreken arresten, is beroep door de kredietnemer alleen mogelijk indien deze een beroep kan doen op de reflexwerking van art. 6:233 BW in combinatie met art. 6:248 BW. Zie in dit kader ook: M. Huizingh en K. Vreemann, Overdracht van een kredietportefeuille, *FIP* 2018.

⁸ Rb. Amsterdam 29 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3916, r.o. 4.30; Rb. Amsterdam 29 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3918, r.o. 4.19.

⁹ Rb. Amsterdam 29 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3918, r.o. 4.5-4.14; Zie o.a. Hof Amsterdam 17 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1307 en Rb. Amsterdam 26 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3171.

afhankelijke rechten op zaken, zoals het pandrecht, recht van hypotheek en de borgtocht. Deze rechten kunnen niet zonder het recht waaraan zij zijn verbonden worden overgedragen. De aard van het recht verzet zich ook tegen overdraagbaarheid indien sprake is van een persoonlijk karakter, bijvoorbeeld wanneer de te verrichten prestatie verband houdt met persoonlijke eigenschappen van de schuldeiser. Dit is bijvoorbeeld het geval bij het recht op levensonderhoud in de zin van art. 1:392 BW.¹⁰ Tot slot kan de overdraagbaarheid ten aanzien van vorderingsrechten door partijen zelf worden uitgesloten door middel van een (uitdrukkelijk of stilzwijgend) beding. Het uitgangspunt is daarbij dat een contractueel beding dat de overdraagbaarheid van een vorderingsrecht uitsluit enkel verbintenisrechtelijke werking heeft, tenzij uit de formulering daarvan blijkt dat goederenrechtelijke werking in de zin van art. 3:83 lid 2 BW is beoogd. De ratio hiervan is dat partijen in beginsel zelf de inhoud en grenzen van het vorderingsrecht mogen bepalen, dus ook de overdraagbaarheid daarvan.¹¹ Het uitsluiten van de overdraagbaarheid heeft niet tot gevolg dat de crediteur beschikkingsonbevoegd wordt en leidt enkel tot niet-overdraagbaarheid van de vordering zelf.¹²

Overdraagbaarheid vorderingen door een bank aan een niet-bank

Hoe zit dat dan met de overdraagbaarheid van vorderingsrechten door een bank aan een niet-bank? De rechtbank achtte deze vraag van belang vanwege onder meer de volgende aspecten: (i) er is geen specifieke wettelijke regel die zich verzet tegen de overdracht van vorderingen uit hoofde van een geldlening door een bank aan een niet-bank; (ii) de mogelijkheid van overdracht leidt ertoe dat nevenrechten (bijv. opslagverhogingen of zekerheidsrechten) ook door de niet-bank kunnen worden uitgeoefend; (iii) banken staan onder toezicht van de Autoriteit Financiële Markten (AFM), De Nederlandsche Bank (DNB) en, afhankelijk van de grootte, ook van de Europese Centrale Bank (ECB) en niet-banken staan in beginsel niet onder vergelijkbaar toezicht; en (iv) op banken rusten zorgplichten die wellicht niet of niet in gelijke mate rusten op niet-banken.

Hiervoor werd al vermeld dat vorderingsrechten met een persoonlijk karakter niet overdraagbaar zijn. Uit literatuur

blijkt dat de vraag wanneer hiervan sprake is op twee wijzen kan worden benaderd, zo verwoordt ook A-G Hartlief in zijn conclusies bij de onderhavige Promontoria-arresten. In de eerste benadering is sprake van een naar haar aard onoverdraagbare vordering wanneer de te verrichten prestatie verband houdt met de persoonlijke eigenschappen van de *schuldeiser*, waardoor de inhoud van de vordering door de cessie wijzigt. In deze benadering wordt ook wel betoogd dat een vordering naar haar aard niet overdraagbaar is wanneer de wijziging van de persoon van de *schuldeiser* een wijziging van de inhoud van de verbintenis met zich brengt. Met andere woorden: volgens de eerste benadering is een vordering naar haar aard onoverdraagbaar wanneer zij door de overdracht een andere inhoud zou krijgen. In de tweede benadering, die deels overeenkomt met de eerste benadering, is sprake van onoverdraagbaarheid van een vordering indien zij zo sterk is gebonden aan de persoon van de schuldeiser, dat de rechten die uit die vorderingen voortvloeien niet door een andere persoon moeten kunnen worden uitgeoefend. In de literatuur wordt aangenomen dat een "gewone" geldvordering zich naar haar aard doorgaans niet tegen overdracht verzet.¹³ Zowel Immoblie, als Alegre heeft een beroep gedaan op het arrest Staat/Appels. In deze zaak was door de Staat een krediet verstrekt aan Appels, waarna aan Appels werd meegegeeld dat de financiële belangen van de Staat zouden worden overgedragen aan een private partij. Volgens de Hoge Raad oordeelde het gerechtshof terecht dat het krediet zo zeer gebonden was aan de persoon van de Staat als schuldeiser dat de rechten en bevoegdheden uit het krediet slechts door de Staat behoorden te worden uitgeoefend en dat daarom de aard van het krediet zich tegen overdracht van die vorderingen verzet.¹⁴ Volgens A-G Hartlief verschilt de casus in de hierin te bespreken zaken zodanig van de casus in Staat/Appels dat hieruit niet de conclusie kan volgen dat de kredietvordering van de bank op een cliënt onoverdraagbaar is indien deze wordt overgedragen aan een niet-bank. Hierbij speelt dat een kredietvordering niet zodanig is gebonden aan de persoon van de bank als crediteur dat de rechten en verplichtingen slechts door de bank kunnen worden uitgeoefend. Daarnaast is geen sprake van een wijziging van de inhoud van de kredietvordering indien de bank geen schuldeiser meer is.¹⁵

A-G Hartlief toetst ook de publiekrechtelijke positie van de bank in vergelijking met de positie van een niet-bank bij het aanbieden van krediet, die vooral relevant is voor de omstandigheid dat krediet wordt aangeboden aan consumenten. De publiekrechtelijke positie van de bank is voor de onderhavige Promontoria-arresten niet direct relevant, nu de schuldenaren (Immoblie en Alegre) niet kwalificeren als consument en niet is gebleken van eventuele reflexwerking. Volledigheidshalve wordt dit onderwerp hier kort besproken. Bij het aanbieden van krediet aan *consumenten*

10 Conclusies A-G bij de Promontoria-arresten, 9 april 2020, ECLI:NL:PHR:2020:358 en ECLI:NL:PHR:2020:359, overweging 4.3; *Parlementaire Geschiedenis Boek 3*, p. 315 (MvA II); Rank-Berenschot, *T&C BW*, commentaar op art. 3:83 BW.

11 In dit verband is overigens ook het wetsvoorstel opheffing verpandingsverboden relevant, dat op 2 juni 2020 bij de Tweede Kamer is ingediend. Als gevolg hiervan wordt de voornoemde mogelijkheid tot beperking van de overdraagbaarheid *de facto* opgeheven. Dit wetsvoorstel gaat, kort gezegd, over het opheffen van bedingen in het handelsverkeer die de vervreemding of verpanding van geldvorderingen op naam moeten tegengaan. Dit betekent dat, op uitzonderingen na, dergelijke onoverdraagbaarheidsbedingen na inwerkingtreding van de wet nietig zullen zijn. Het wetsvoorstel betreft een wijziging van art. 3:83, 3:94 en 3:239 BW en de toevoeging van een nieuw artikel 3:85a BW.

Zie voor de voortgang hiervan: <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/wetsvoorstellen/detail?id=2020Z09943&dossier=35482>.

12 HR 21 maart 2014, NJ 2015/167, m.nt. H.J. Snijders (*Coface/Intergamma*), r.o. 3.4.2, zie ook de annotatie van T.F.E. Tjong Tjin Tai bij de onderhavige Promontoria-arresten, die in gaat op het verschil tussen de goederenrechtelijke betekenis en verbintenisrechtelijke betekenis van cessie, NJ 2021/35.

13 Zie ook F.M. van Peski, Commentaar op art. 3:83 BW, *Sdu Commentaar Verpandingsrecht*, 2020, onder C.3.

14 HR 12 januari 1990, NJ 1990/766 (*Staat/Appels*), r.o. 3.4.

15 Conclusies A-G bij de Promontoria-arresten, 9 april 2020, ECLI:NL:PHR:2020:358 en ECLI:NL:PHR:2020:359, overweging 4.11-4.75.

geldt op grond van de Wft een vergunningplicht.¹⁶ Er geldt een vrijstelling van de vergunningplicht voor niet-banken indien het beheer en de uitvoering van de kredietovereenkomst zijn uitbesteed aan een kredietbeheerder. Die kredietbeheerder moet dan wel beschikken over de vereiste vergunning voor het aanbieden van, en het bemiddelen met betrekking tot, krediet.¹⁷ Voor aanbieden van krediet aan consumenten dient in ieder geval te worden voldaan aan bepalingen uit Deel 4 van de Wft (Gedragstoezicht financiële ondernemingen), waarin onder meer bepalingen zijn opgenomen ter bescherming van kredietnemers. Hieronder valt ook de algemene zorgplicht als vastgelegd in art. 4:24a Wft. Deze gedragsregels (inclusief de algemene zorgplicht uit art. 4:24a Wft) gelden overigens niet alleen voor banken, maar gelden grotendeels ook voor andere financiële dienstverleners (waaronder ook Promontoria). Het gedragstoezicht wordt gehouden door de AFM. Het prudentieel toezicht op basis van Deel 3 Wft gebeurt door DNB en geldt voor banken, terwijl dat voor financiële dienstverleners die niet kwalificeren als bank niet het geval is.

Bancaire zorgplicht

Op banken rust een (bijzondere) zorgplicht die zij jegens hun cliënten in acht dienen te nemen. Deze zorgplicht volgt enerzijds uit de wet, namelijk de hiervoor genoemde publiekrechtelijke gedragsnormen uit de Wft en uit privaatrechtelijke (open) normen uit het BW, zoals art. 6:2 BW, art. 6:248 BW en art. 7:401 BW. Anderzijds volgt de mate van zorg die banken in acht moeten nemen uit de "bijzondere zorgplicht" zoals ontwikkeld in civielrechtelijke jurisprudentie van de Hoge Raad.¹⁸ Daarnaast is uiteraard van belang wat banken afspreken met cliënten in de tussen hen gesloten overeenkomst. Op deze rechtsverhouding zullen veelal de ABV (zowel in geval van consumenten als professionele partijen) van toepassing zijn, zoals ook tussen Van Lanschot en Immobile respectievelijk Alegre het geval was. In art. 2 van de ABV is de zorgplicht opgenomen. Doordat de rechtsverhouding tussen bank en cliënt veelal een overeenkomst van opdracht behelst, wordt de zorgplicht ook ingevuld door art. 7:401 BW, waaruit volgt dat de opdrachtnemer (de bank) bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen.

De ratio van de bancaire zorgplicht is gelegen in de bijzondere positie van banken in het maatschappelijk verkeer. De bank wordt geacht te beschikken over een kennis-, ervaring- en informatievoorsprong ten opzichte van haar cliënten. Dit is ook de achtergrond van de bijzondere zorgplicht van banken, die haar grondslag vindt in onder meer de (aanvullende werking van de) redelijkheid en billijkheid die de contractuele rechtsverhouding tussen bank en cliënt beheerst, alsook de maatschappelijke zorgvuldigheid buiten de contractuele rechtsverhouding, waarvan de omvang

vervolgens afhangt van de omstandigheden van het geval. Deze bijzondere zorgplicht strekt tot bescherming van een (tot op zekere hoogte) kwetsbare marktpartij tegen het gevaar van een gebrek aan kunde en inzicht of van eigen lichtvaardigheid. De bijzondere zorgplicht leidt in relatie tot cliënten vooral tot onderzoeks- en waarschuwingplichten alsmede (eventueel) tot advies- en vergewisplichten. In een enkel uitzonderingsgeval kan de bijzondere zorgplicht leiden tot weigeringsplichten. Hierbij geldt dat de bank de meest verstrekkende zorgplicht in acht dient te nemen jegens particuliere, niet-professionele partijen (natuurlijke personen die niet handelen in uitoefening van beroep of bedrijf). De achtergrond hiervan is dat de bank er in een relatie met professionele cliënten (die wel handelen in uitoefening van beroep of bedrijf) van uit mag gaan dat deze over de nodige kennis en ervaring zullen beschikken.

Gevolgen voor (bancaire) zorgplicht bij overdracht aan niet-bank

Bij een cessie gaat, anders dan bij contractsovername, alleen de kredietvordering over op de niet-bank. De niet-bank wordt dus geen partij bij de overeenkomst tussen de bank en de cliënt, waardoor de cliënt jegens de niet-bank geen beroep kan doen op art. 2 ABV, de schending van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid op grond van art. 6:248 BW of de schending van de zorgplicht van een goed opdrachtnemer op grond van art. 7:401 BW. De zorgplicht is gekoppeld aan de hoedanigheid van de bank en wordt ingekleurd door de omstandigheden van het geval. Het ligt daarom voor de hand aan te nemen dat de (bijzondere) zorgplicht is verbonden aan de rechtsverhouding tussen cliënt en bank en niet aan de vordering zelf. Daarnaast geldt dat de zorgplicht ook geen schuldeisersverplichting is als bedoeld in art. 6:144 BW nu de verplichtingen in verband met het schuldeiserschap van de bank niet dusdanig van aard zijn dat deze de vordering volgen in geval van cessie. Art. 6:144 BW beoogt bovendien de schuldenaar te beschermen tegen cessie van een vordering aan een minder solvente schuldeiser, wat te maken heeft met de nakoming van verplichtingen ter zake waarvan de cliënt een insolventierisico loopt. Dit houdt niet zozeer verband met de schending van een zorgplicht. Het kan wel zo zijn dat, voor zover de bancaire zorgplicht een concrete beperking zou behelzen die van meet af aan de vordering bepaalt, de schuldenaar deze jegens de niet-bank op grond van art. 6:145 BW als verweermiddel kan inroepen omdat de vordering dan inclusief die beperking is overgegaan als gevolg van de cessie.

Dit alles laat overigens onverlet dat op de niet-bank als schuldeiser de (zelfstandige) verplichting rust om zich jegens zijn of haar schuldenaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid op grond van art. 6:2 BW. Deze open norm wordt ingevuld door alle omstandigheden van het geval, waaronder ook het feit dat de niet-bank een vordering heeft overgedragen gekregen van een bank die onderworpen is aan een (bijzondere) bancaire zorgplicht. Het is een apart te beantwoorden vraag wat deze bijzondere zorgplicht in de onderhavige Promontoria-arresten precies behelst, nu sprake is van professionele cliënten die

¹⁶ Zie art. 2:60 Wft.

¹⁷ Zo volgt uit art. 3 Vrijstellingsregeling Wft; zie ook: M.H.P. Claassen, J.L. Snijders, De overdracht van vorderingen uit hoofde van kredietovereenkomsten, *FR* 2020, p. 150-157.

¹⁸ Zie bijv. de HR-arresten genoemd in noten 206, 207 en 208 van de conclusie A-G 9 april 2020, ECLI:NL:PHR:2020:358.

een relatief eenvoudig product (namelijk: krediet) afnemen van de bank, maar dat neemt niet weg dat de niet-bank gebonden blijft aan diverse open normen, waaronder art. 6:2 BW als gevolg waarvan de cliënt mogelijk vergelijkbare bescherming geniet.¹⁹ Eventueel kan daarbij ook een beroep worden gedaan op art. 6:145 BW als verweermiddel door de schuldenaar, nu dat artikel bepaalt dat de overgang van een vordering de verweermiddelen van de schuldenaar onverlet laat.²⁰

4. Beantwoording van de prejudiciële vragen door de Hoge Raad

Eerste vraag en een deel van de derde vraag

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? Maakt het voor de antwoorden op de vorige vraag uit of de cliënt de kredietovereenkomst al dan niet volledig is nagekomen en of de bank de bankrelatie heeft opgezegd?

De Hoge Raad overweegt ten aanzien van de eerste vraag dat de prestatie waartoe de cliënt gehouden is op grond van een overeenkomst van geldlening met een bank, namelijk: de betaling aan de bank van de geleende geldsom met rente, door overdracht van deze rechten aan een niet-bank niet wijzigt. In dat 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 recht van een bank aan een niet-bank. Ook komen aan de bank die partij is bij een overeenkomst van geldlening geen rechten en bevoegdheden toe die van zodanige aard zijn dat deze alleen kunnen worden uitgeoefend door een schuldeiser die de hoedanigheid van bank heeft. Er bestaat weliswaar een mogelijkheid dat een niet-bank de rechten en bevoegdheden feitelijk op andere wijze zal uitoefenen dan de bank, maar dit is onvoldoende om een uitzondering te aanvaarden op de regel uit art. 3:83 lid 1 BW dat vorderingsrechten overdraagbaar zijn, zo oordeelt de Hoge Raad. Een vordering van een bank op een cliënt uit hoofde van geldlening kan in beginsel worden overgedragen aan een niet-bank, ongeacht of de cliënt een consument is of niet.

Bij de beantwoording van de eerste vraag betreft de Hoge Raad ook een deel van de derde vraag. De Hoge Raad overweegt namelijk dat voor de overdraagbaarheid niet relevant is of, en zo ja in hoeverre, de cliënt de overeenkomst is nagekomen en of de bank de bankrelatie voorafgaand aan de cessie heeft opgezegd.²¹

Tweede vraag en een deel van de derde vraag

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? Maakt het voor de antwoorden op de vorige vraag uit of de cliënt de kredietovereenkomst al dan niet volledig is nagekomen en of de bank de bankrelatie heeft opgezegd?

In tegenstelling tot de eerste vraag is het voor de beantwoording van de tweede vraag wel relevant of de cliënt een consument is, nu het op grond van de Wft geldende regime op basis daarvan verschilt. Bij kredietverlening aan niet-consumenten gelden de normen en gedragsregels uit Deel 4 van de Wft niet. De Hoge Raad overweegt hierbij ook dat de in art. 4:24a Wft neergelegde zorgplicht geen andere is dan de uit het privaatrecht voortvloeiende zorgplicht van financiële dienstverleners aan hun cliënten.²² De beantwoording van deze sub-vraag is voor de onderhavige Promontoria-arresten niet direct relevant, nu de schuldenaren (Immoblie en Alegre) niet kwalificeren als consument en niet is gebleken van eventuele reflexwerking.

Het antwoord op de tweede prejudiciële vraag is dat de zorgplichten die een bank jegens haar cliënt heeft, door cessie niet als zodanig op de niet-bank komen te rusten. Hoewel uitgangspunt is dat de gecedeerde vordering als gevolg van de cessie geen verandering ondergaat, wat met zich brengt dat alle aan de vordering verbonden (neven)rechten en verplichtingen overgaan op de niet-bank, is het niet zo dat de gehele rechtsverhouding (en daarmee de zorgplicht) tussen een bank en de cliënt overgaat op de niet-bank als gevolg van een cessie, nu de niet-bank geen partij wordt bij de overeenkomst.²³ Het is wel mogelijk dat de zorgplicht van een bank jegens haar cliënt in voorkomend geval de inhoud van haar vordering nader beperkt, als gevolg waarvan de vordering slechts met die beperkte inhoud aan de niet-bank kan worden gecedeerd. Daarnaast kan de cliënt jegens de nieuwe schuldeiser (de niet-bank) dezelfde verweren aanvoeren die hij jegens de vorige schuldeiser (de bank) zou hebben op grond van art. 6:145 BW. Bovendien geldt dat de niet-bank en cliënt na de cessie van de vordering door de bank aan de niet-bank jegens elkaar in een rechtsbetrekking staan die wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid op grond van art. 6:2 BW, waarbij alle omstandigheden van het geval in aanmerking moeten worden genomen. Deze omstandigheden kunnen ertoe leiden dat op de niet-bank een eigen zorgplicht komt te rusten, die in voorkomend geval kan inhouden dat de niet-bank zich jegens de cliënt dient te gedragen als kan worden gevergd van een redelijk handelende bank.²⁴

Ook bij de beantwoording van de tweede vraag oordeelt de Hoge Raad als antwoord op een deel van de derde vraag dat het niet uitmaakt of de cliënt zijn verplichtingen is nagekomen onder de overeenkomst en of de bank de bankrelatie voorafgaand aan de cessie heeft opgezegd.

19 Conclusies A-G bij de Promontoria-arresten, 9 april 2020 ECLI:NL:PHR:2020:358 en ECLI:NL:PHR:2020:359, overweging 4.121-161.

20 Zie ook: M.H.E. Rongen, De overdraagbaarheid van kredietvorderingen van banken aan niet-banken, *FIP* 2020, p. 37.

21 Promontoria-arresten, r.o. 2.5-2.7.

22 Promontoria-arresten, r.o. 2.8-2.9.3.

23 Art. 6:142 en 6:144 BW.

24 Promontoria-arresten, r.o. 2.10-2.13.

Vierde vraag

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?

De vierde vraag, die ziet op de rechten die een cliënt kan uitoefenen jegens de overdragende bank indien de gedragingen van de niet-bank aan wie de vorderingsrechten zijn overgedragen afwijken van wat mag worden verwacht van de bank in het kader van publiekrechtelijke regels en de bancaire zorgplicht, blijft onbeantwoord. De Hoge Raad geeft hiervoor als reden dat beantwoording van deze vraag – die de rechtsverhouding tussen Alegre dan wel Immobile en Van Lanschot betreft – niet noodzakelijk is om op de vorderingen van Alegre dan wel Immobile te beslissen.²⁵

5. Commentaar

De prejudiciële beslissing van de Hoge Raad is zeer relevant voor de financieringspraktijk. Banken dragen met enige regelmaat vorderingen over aan niet-banken. Dit zijn niet alleen vorderingen uit hoofde van *non-performing loans*, zoals in de hierin besproken zaken het geval was, maar bijvoorbeeld ook hypothecaire kredietvorderingen in het kader van securitisaties en covered bond transacties. Dit zou betekenen dat, als de Hoge Raad geoordeeld zou hebben dat dergelijke kredietvorderingen naar hun aard niet door banken mogen worden overgedragen aan niet-banken, dit enorme gevolgen zou hebben voor bestaande en toekomstige transacties.²⁶ Daarbij is nog van belang dat in Europees verband het verkopen van *non-performing loans* door banken om daarmee hun balans te versterken als mogelijkheid wordt overwogen en dat een richtlijn op dit gebied in voorbereiding is.²⁷ Als uitgangspunt wordt in het voorstel van de richtlijn uitgegaan van die overdraagbaarheid, zodat banken de *non-performing loans* kunnen overdragen en zich kunnen richten op het verstrekken van leningen aan burgers en ondernemingen, zonder dat zij worden geconfronteerd met afnemende winstgevendheid of kapitaalvermindering doordat uitstaande leningen niet worden terugbetaald. Goed ontwikkelde secundaire markten voor *non-performing loans* worden in het voorstel van de richtlijn ook wel benoemd als één van de bouwstenen voor een goed werkende kapitaalmarktunie. De aanvankelijke planning zoals opgenomen in het voorstel was dat lidstaten vanaf 1 januari 2021 de bepalingen, met uitzondering van enkele bepalingen die vanaf 1 juli 2021 gelden, uit de richtlijn moeten toepassen. Uit een publicatie van 16 december 2020 van de Europese

Commissie blijkt dat de richtlijn nog niet door het Europese Parlement en de Europese Raad is aangenomen.²⁸ Hoewel de richtlijn nog niet in werking is getreden en nog onduidelijk is wanneer dat zal gebeuren, zou in het kader van een anticiperende werking onwenselijk zijn als de beantwoording van de prejudiciële vragen door de Hoge Raad hiermee op gespannen voet zou komen te staan.

De rechtbank Amsterdam oordeelde in zijn tussenvonnissen van 29 mei 2019 in beide procedures al dat het argument van onoverdraagbaarheid van een kredietvordering op grond van het beweerdelijke persoonlijk karakter van een bancaire relatie niet opgaat. De Hoge Raad heeft verduidelijkt dat de aard van de prestatie (ingeval van krediet: het betalen van geldsommen ter zake van de hoofdsom en rente) waartoe de cliënt gehouden is niet verandert, of nu sprake is van een bank of een niet-bank. Daarbij maakt niet uit of het krediet is opgezegd of dat de cliënt zijn verplichtingen wel of niet is nagekomen. In het inmiddels gewezen eindvonnis van 25 november 2020 in Alegre/Promontoria heeft de rechtbank onder verwijzing naar deze beslissing van de Hoge Raad geoordeeld dat de cessie door Van Lanschot aan Promontoria geldig is geweest.²⁹

De Hoge Raad is in de prejudiciële beslissingen ook vrij duidelijk over de vraag of de bancaire zorgplicht overgaat op de niet-bank: de zorgplicht die een bank heeft jegens haar kredietnemer gaat niet over op de cessionaris, maar de bancaire zorgplicht kan wel de (inhoud van de) vorderingsrechten jegens de kredietnemer beperken. De beperkte vordering gaat dan als zodanig over op de nieuwe schuldeiser. Daarnaast wordt de rechtsbetrekking tussen de kredietnemer en de nieuwe schuldeiser beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid. Bij de invulling van deze open norm kan de bancaire zorgplicht van de oorspronkelijke schuldeiser (de bank) worden meegewogen. Dit kan ertoe leiden dat op de nieuwe schuldeiser een eigen zorgplicht rust waarvan de inhoud, strekking en reikwijdte worden bepaald door alle omstandigheden van het geval. Relevante omstandigheden kunnen bijvoorbeeld zijn de persoon van de kredietnemer (professionele partij/consument) en de complexiteit van het product. Het is daarbij niet relevant of de kredietnemer in verzuim verkeert of dat de kredietrelatie door de bank is opgezegd. De niet-bank doet er dus verstandig aan om een mate van zorgvuldigheid te betrachten jegens de kredietnemer, die vergelijkbaar is met hoe een bank dat ook zou doen. Hoewel de Hoge Raad dit kader toespitst op de situatie waarin de bank vorderingen overdraagt aan een niet-bank, is goed mogelijk dat deze overwegingen evenzeer gelden in de situatie dat een bank een kredietvordering overdraagt aan een andere bank, of in de situatie dat een niet-bank een vordering overdraagt aan een bank of

25 Promontoria-arresten, ECLI:NL:HR:2020:1276 en ECLI:NL:HR:2020:1274, r.o. 2.17.

26 Zie ook M.H.E. Rongen, De overdraagbaarheid van kredietvorderingen van banken aan niet-banken, *FIP* 2020; K. Vreemann en M. Huizingh, t.a.p., *FIP* 2019; M. Huizingh en K. Vreemann, Overdracht van een kredietportefeuille, *FIP* 2018.

27 Zie voor de vindplaats noot 2.

28 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, de Europese Raad en de Europese Centrale Bank, van 16 december 2020, p. 2, te raadplegen via: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2020/EN/COM-2020-822-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>. Op 10 februari 2021 heeft de Raad een *note* gepubliceerd waarin de posities van de EC, de Raad en het EP ten behoeve van de onderhandelingen omtrent het voorstel voor deze richtlijn zijn opgenomen.

29 Rb. Amsterdam 25 november 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5707 (*Alegre/Promontoria*), r.o. 3.8.

niet-bank.³⁰ De rechtbank Amsterdam heeft in lijn hiermee in het eindvonnis in Alegre/Promontoria overwogen dat het gaat om de vraag of Promontoria zich na de cessie al dan niet heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De rechtbank is van oordeel dat van Promontoria (en haar rechtsopvolger) als niet-bank kan worden gevergd dat zij haar gedrag mede laat bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de leningnemer. In het verlengde hiervan betekent dit dat Promontoria – evenals in dit geval van een redelijk handelende bank verwacht had mogen worden – het krediet slechts zou mogen opzeggen en tot uitwinning van zekerheden mocht overgaan indien er redelijkerwijs geen verwachting zou zijn dat Alegre op redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen. Alegre heeft echter niet het perspectief kunnen bieden dat zij binnen redelijke termijn aan haar verplichtingen kon voldoen als gevolg waarvan de rechtbank oordeelt dat Promontoria het krediet mocht opzeggen, dat zij daarbij niet heeft gehandeld op een manier die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is en dat zij de op haar als niet-bank rustende “eigen zorgplicht” dus niet heeft geschonden.³¹

Interessant is nog de vraag die door de Hoge Raad onbeantwoord is gelaten: *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?* Voor de beantwoording van die vraag is ten eerste relevant dat enkel het vorderingsrecht overgaat op de niet-bank. De overeenkomst tussen de bank en de kredietnemer blijft dus in stand, voor zover deze in een eerder stadium niet is opgezegd. A-G Hartlief sluit in zijn conclusies niet uit dat op de overdragende bank een verplichting rust ervoor zorg te dragen dat dat haar cliënt in goede handen terecht komt. Daarbij zij gelet op het feit dat op de bank gedurende de contractuele relatie met haar cliënt maar ook daarbuiten een (bijzondere) zorgplicht rust. Op basis van die zorgplicht kan worden aangenomen dat, bij de overdracht van de vorderingen aan een niet-bank, de bank een bepaalde zorgvuldigheid dient te betrachten, ongeacht of de kredietovereenkomst zelf inmiddels is geëindigd. Deze zorgplicht kan erin zijn gelegen dat de bank zich ervan vergewist dat de niet-bank aan wie de vorderingsrechten worden overgedragen over de vereiste vergunningen beschikt (ingeval de kredietnemer een consument is) en dat de bank moet opnemen in de cessieakte dat de niet-bank die de vordering verkrijgt zich ertoe verplicht eenzelfde zorg te betrachten jegens de kredietnemer. Ook mogen er voor de overdragende bank geen kenbare en concrete aanwijzingen zijn dat de verkrijgende niet-bank zijn

zorgplicht mogelijk zou kunnen schenden.³² Daarnaast blijft de zorgplicht op de bank rusten ten aanzien van rechten en verplichtingen die de bank heeft behouden onder de kredietovereenkomst, maar niet ten aanzien van de bevoegdheden die zijn overgegaan op de niet-bank. Men denke aan de wijze van beheer van krediet, incasso en uitwinning van eventuele zekerheden. Die verantwoordelijkheid ligt na de cessie bij de niet-bank. De overdragende bank kan hier onder omstandigheden echter wel verantwoordelijk voor worden gehouden, bijvoorbeeld indien was te voorzien dat de niet-bank zijn zorgplicht ten aanzien van die bevoegdheden zou schenden.

Dit is anders als geen sprake is geweest van cessie, maar van contractsoverneming, als gevolg waarvan een overdragende partij in beginsel wel van zijn zorgplicht wordt ontheven. Overigens betekent dit niet dat de bank helemaal “off the hook” is na contractsoverneming, nu de overdragende bank relevante meerkennis kan hebben ten aanzien van de niet-bank als verkrijgende partij. Tot slot stellen Lieverse en Rongen terecht in hun annotatie bij de onderhavige Promontoria-arresten dat enige aansprakelijkheid van de overdragende bank als gevolg van zorgplichtschendingen of onrechtmatige gedragingen van de verkrijgende niet-bank niet kan worden gestoeld op art. 6:144 BW. Dat artikel behelst de regel dat de cedent (overdragende bank) instaat voor de nakoming door de cessionaris (verkrijgende niet-bank) van de uit het schuldeiserschap of uit nevenrechten voortvloeiende verplichtingen die als gevolg van de cessie zijn overgegaan op de niet-bank. De Hoge Raad overweegt dat de (bijzondere) zorgplicht die de overdragende bank op grond van haar rechtsverhouding jegens de kredietnemer heeft niet als zodanig overgaat op de niet-bank. Hieruit moet logischerwijs ook volgen dat de “uit het schuldeiserschap of uit nevenrechten voortvloeiende verplichtingen” niet tevens de (bijzondere) zorgplicht van de bank behelzen en dat daarom art. 6:144 BW niet van toepassing is.³³

Het wordt interessant te bezien hoe dit laatste vraagstuk in jurisprudentie zal worden beantwoord, bijvoorbeeld in andere lopende procedures over de overdracht van vorderingsrechten door Van Lanschot aan Promontoria: de rechtbank Amsterdam heeft in een andere aan deze problematiek gerelateerde zaak (*X/Ortolan*) in een kort geding vonnis van 29 juli 2020 aangegeven begrip te hebben voor het feit dat de eisers in die zaak “not amused” waren toen Van Lanschot hen onderbracht bij Promontoria. In de bodemprocedure zal in die zaak moeten worden beoordeeld of Van Lanschot haar zorgplicht in die zaak heeft geschonden en of Promontoria in strijd met de redelijkheid en billijkheid heeft gehandeld, wat zou kunnen leiden tot een verplichting tot schadevergoeding.³⁴ Dit vraagstuk ziet precies op de beantwoording van de vierde prejudiciële vraag die de Hoge Raad nog onbeantwoord heeft gelaten. *To be continued*, dus!

30 Zo stellen ook Lieverse en Rongen in hun annotaties bij onderhavige Promontoria-arresten *Ondernemingsrecht* 2020/136 en *Ondernemingsrecht* 2020/137.

31 Rb. Amsterdam 25 november 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5707 (*Alegre/Promontoria*), r.o. 3.9-3.14.

32 M.H.E. Rongen, De overdraagbaarheid van kredietvorderingen van banken aan niet-banken, *FIP* 2020, p. 38-39.

33 Zie ook Lieverse en Rongen in hun annotaties bij onderhavige Promontoria-arresten *Ondernemingsrecht* 2020/136 en *Ondernemingsrecht* 2020/137.

34 Rb. Amsterdam 29 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3853 (*X/Ortolan*), r.o. 5.9.