

## Cessie door een bank aan een niet-bank

HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1274 (Promontoria)

W.H. van Boom

Gepubliceerd in: *Ars Aequi* 2022/1, p. 43-49 (de originele paginanummers zijn in de tekst hierna tussen [haken] weergegeven)

[43]

### Feiten en rechtsvragen

Immobilie Securities NV exploiteert vastgoed. Immobiele bankiert bij Van Lanschot Bankiers NV, waar Immobiele niet alleen bankrekeningen houdt maar ook een aantal geldleningen heeft lopen. Op deze overeenkomsten zijn door de bank verschillende voorwaarden van toepassing verklaard. Uit die voorwaarden volgt bijvoorbeeld dat de rente die Immobiele moet betalen, voor vijf jaren vast staat en daarna herzien kan worden. Op enig moment komt het dossier van Immobiele terecht op de afdeling bijzonder beheer van de bank; men noemt die afdeling ook wel de 'ziekenboeg' waar de klanten van de bank die in moeilijkheden verkeren onder bijzonder toezicht worden gesteld. Uiteindelijk zegt de bank de kredietrelatie met Immobiele op, met als reden dat Immobiele heeft verzuimd financiële informatie te verschaffen en dat de betaalrekening waarvan de aflossingen en rentebetalingen moesten worden gedebiteerd ongeoorloofde roodstand vertoonde. De bank gaat echter niet over tot executie van de zekerheden.

Pas een paar jaar later bericht de bank aan Immobiele dat zij de vastgoedgeldleningen zou gaan overdragen. Promontoria neemt de leningen aan Immobiele over van de bank met een 'deed of transfer of contract and assignment' (akte van contractsovername en cessie). Promontoria is als 'niet-bank' onderdeel van een internationaal investeringsconcern dat zich bezighoudt met 'distressed investing'. Dat houdt onder meer in dat het risicovolle geldleningen opkoopt en probeert te innen. De nominale waarde van de vorderingen die Promontoria koopt van de bank bedraagt circa € 400 miljoen en de prijs die Promontoria betaalt, is € 260 miljoen. Dat lagere bedrag weerspiegelt dus waarschijnlijk onder meer de kosten en het incassorisico verbonden met de inning.<sup>1</sup>

Promontoria stelt Immobiele op de hoogte van de overname van de geldleningen. Ook maakt ze gebruik van de renteherzieningsmogelijkheid die de leningvoorwaarden bieden. Immobiele weigert de voortaan hogere rente te betalen en gaat voort met betaling van de oude percentages. Daarop vordert Promontoria het gehele kredietbedrag op.<sup>2</sup>

[44] Immobiele wendt zich tot de rechter met de vordering voor recht te verklaren dat de geldleningen niet overgegaan zijn op Promontoria. In reconventie vordert Promontoria het krediet op. Van de twee aangevoerde gronden voor overgang van de rechten uit de geldlening, te weten contractsovername en cessie, is uiteindelijk alleen de cessie relevant.<sup>3</sup> Immobiele stelt zich op het standpunt dat een rechtsgeldige cessie helemaal niet mogelijk was omdat de vorderingen uit de rechtsverhouding tussen haar en Van Lanschot naar

---

<sup>1</sup> Immobiele was niet de enige klant die dit overkwam; de bank heeft op enig moment meerdere 'non-performing loans' in de verkoop gedaan, met de nodige onvrede en ophef tot gevolg. Zie bijv. 'Van Lanschot krijgt claimstichting op zijn dak vanwege 'klantendumping'' (FD 27 maart 2017); 'Van Lanschot-bestuurders kunnen rechter weinig wijzer maken' (FD 12 oktober 2017); 'Verkoop leningenportefeuille aan opkoopfonds was hamerstuk voor bestuur Van Lanschot' (FD 13 oktober 2017); 'Van Lanschot hoeft Promontoria-klant geen schadevergoeding te betalen' (FD 14 februari 2018); 'Opkopers lossen de vastgoedproblemen van bankiers op' (FD 22 november 2018); 'Hoop voor debiteuren in zaak verkocht Van Lanschot-kredieten' (FD 6 september 2019); 'Leningen oud-klanten Van Lanschot opnieuw doorverkocht' (FD 23 oktober 2019); 'Wat staat de opnieuw doorverkochte Van Lanschot-klanten te wachten?' (FD 4 november 2019).

<sup>2</sup> Concreet zegt Promontoria het krediet op. De vraag of Promontoria wel gerechtigd was om de leningen op te zeggen, komt niet aan de orde, maar het is maar de vraag of dit wilsrecht als nevenrecht mee over is gegaan met de cessie. Zie daarover de verwijzingen bij C.W.M. Lieverse en M.H.E. Rongen, 'Immobilie Securities NV / Promontoria Holding 107 BV e.a.', *Ondernemingsrecht* 2020, p. 762.

<sup>3</sup> Promontoria stelde zich op het standpunt dat de algemene voorwaarden die Van Lanschot had bedongen en waar Immobiele mee had ingestemd (dat zou dan 'medewerking' (vooraf) van Immobiele zijn in de zin van 6:159 BW), de contractsovername mogelijk maakten. De rechtbank verwierp het beroep op contractsovername kort gezegd omdat het betreffende beding in de algemene voorwaarden in casu niet van toepassing was. Zie Rb. Amsterdam 29 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3918, r.o. 4.5-4.11.

de aard niet overdraagbaar waren in de zin van art. 3:83 lid 1 BW, althans niet overdraagbaar aan een niet-bank. Immoblie wijst er onder meer op dat Van Lanschot een bankvergunning heeft, onderworpen is aan toezicht van AFM en DNB, aangesloten is bij het Kifid, hoogstpersoonlijke dienstverlening verleent, en dat op Van Lanschot als bankinstelling bijzondere zorgplichten rusten.

De rechtbank oordeelt dat weliswaar geen sprake was van een hoogstpersoonlijke relatie tussen de bank en Immoblie, maar ze twijfelt wel over de vraag of het feit dat de bank onderworpen is aan allerlei strenge regels uit de Wft en aan bijzondere bancaire zorgplichten tot de conclusie moet leiden dat *de aard* van de kredietverhouding in de weg staat aan de overdraagbaarheid van de kredietvorderingen. De rechtbank ziet een mogelijke analogie met een arrest van de Hoge Raad van 12 januari 1990, waarin het ging om kredietsteun verleend door de Staat aan een bedrijf. In die zaak oordeelde de feitenrechter namelijk dat de vorderingen uit die kredietsteun naar de aard niet gecedeerd konden worden aan een private partij, ondermeer omdat de Staat als schuldeiser onderworpen was aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dat oordeel werd door de Hoge Raad destijds in stand gelaten,<sup>4</sup> en dus is de vraag: geldt een vergelijkbaar beletsel in een geval van cessie door een bank aan een niet-bank? De rechtbank ziet inderdaad argumenten voor dat standpunt en daarom stelt de rechtbank een aantal prejudiciële vragen aan de Hoge Raad.<sup>5</sup>

De eerste vraag is of de aard van een vorderingsrecht van een bank op een cliënt meebrengt dat dit onoverdraagbaar is in de zin van art. 3:83 lid 1 BW als beoogd wordt de vordering over te dragen aan een niet-bank. Het belang van deze vraag is groot: als geldvordering die een bank heeft op een cliënt naar de aard niet overdraagbaar zijn, althans niet aan een 'niet-bank-cessionaris', dan kan ze dus ook niet door vervreemding uit het vermogen van de bank geraken in dat van een niet-bank en komen bepaalde constructies die in de praktijk op grote schaal worden toegepast, in gevaar. De tweede vraag die volgt als het antwoord op de eerste vraag ontkennend luidt, heeft betrekking op de aard van de rechtsverhouding tussen de cliënt-kredietnemer en de cessionaris-niet-bank.

## De antwoorden van de Hoge Raad

### *Vorderingen overdraagbaar*

De Hoge Raad stelt bij de beantwoording voorop dat de prejudiciële vragen algemeen gesteld zijn, maar dat het antwoord soms verschillend kan uitpakken naar gelang de cliënt een consument of een niet-consument is. Ook wijst de Hoge Raad erop dat de verhouding tussen cliënt en cessionaris mede wordt bepaald door art. 6:2 BW en art. 6:145 BW (de verweermiddelenregel).<sup>6</sup> Dan geeft de Hoge Raad antwoord op de eerste 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, waarop door Immoblie een beroep is gedaan en waarnaar de rechtbank in haar tussenvonnissen van 29 mei 2019 heeft verwezen (rov. 4.28-4.30). Het vorderingsrecht – waaronder in een geval als het onderhavige begrepen het recht om onder

<sup>4</sup> HR 12 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC2326, NJ 1990/766 (*N-krediet*).

<sup>5</sup> Rb. Amsterdam 7 augustus 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:5729.

<sup>6</sup> HR, r.o. 2.4.4.

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.”

**[45]** De Hoge Raad beargumenteert dus vanuit drie perspectieven waarom de uitzondering ‘naar de aard van het recht onoverdraagbaar’ als bedoeld in art. 3:83 lid 1 BW hier niet van toepassing is: (a) de aard van de verschuldigde prestatie, het moeten betalen van rente en het aflossen of terugbetalen, verandert niet na cessie aan een niet-bank; (b) de rechten en bevoegdheden verbonden aan het vorderingsrecht, zoals opeising, renteverhoging en uitwinning van verstrekte zekerheden, zijn niet strikt persoonlijk aan het ‘bank zijn’ verbonden; (c) de persoon of hoedanigheid van de schuldeiser is geen belemmering voor cessie: de verplichtingen die op de cessionaris-niet-bank rusten, verschillen niet zozeer van die van die welke op de bank rustten vóór de cessie dat gezegd kan worden dat alleen een bank de vordering zou kunnen uitoefenen en dat de cessionaris-niet-bank de rechten en bevoegdheden uit het vorderingsrecht wellicht op andere wijze zal uitoefenen dan de bank, is onvoldoende reden om een uitzondering te maken. Conclusie: 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 aan een niet-bank wordt overgedragen. De Hoge Raad voegt eraan toe dat dit geldt ongeacht of de cliënt een consument is en ook ongeacht of de overeenkomst is nagekomen en of de bank de bankrelatie heeft opgezegd.

#### *De bancaire zorgplicht en de niet-bank*

De tweede vraag die aan de Hoge Raad wordt voorgelegd, betreft de bancaire zorgplicht. Banken zijn op grond van publiekrechtelijke regels uit hoofde van de Wft, maar ook uit hoofde van privaatrechtelijke geschreven of ongeschreven normen tot een bijzondere zorg gehouden tegenover hun cliënten. Kan die zorgplicht dan ook op een of andere manier doorwerken in de verhouding tussen de cliënt-leningnemer en de cessionaris-niet-bank?

De Hoge Raad memoreert allereerst (ro. 2.9.1) dat op banken zorgplichten kunnen rusten, zowel op grond van het privaatrecht als het publiekrecht. Op de bank rusten verplichtingen uit hoofde van privaatrechtelijke rechtsverhouding tussen haar en de cliënt, bijvoorbeeld op grond van de bankvoorwaarden. Zo bepaalt art. 2 ABV 2017: ‘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.’ Maar ook zonder deze voorwaarden gelden mogelijk zorgplichten op grond van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW) en het goed opdrachtnemerschap (art. 7:401 BW). De Hoge Raad heeft bovendien in vaste rechtspraak geoordeeld dat op de bank uit hoofde van haar maatschappelijke functie een bijzondere zorgplicht rust, die onder meer onderzoeks-, advies-, informatie- en waarschuwingplichten met zich kunnen brengen. De exacte inhoud en reikwijdte is afhankelijk van de concrete omstandigheden; hier gaat het om een relatief eenvoudig ‘product’ geldlening en is de cliënt niet een consument, en dat brengt met zich dat de zorgplicht beperkt is. Op de bank rusten als financiële dienstverlener bovendien de gedragsregels en normen van Deel 4 Wft, maar alleen als krediet is verschaft aan een *consument*. Die spelen in dit concrete geval dus geen rol. Tegen deze achtergrond maakt de Hoge Raad een onderscheid tussen enerzijds de invloed die bancaire verplichtingen hebben op de inhoud van het vorderingsrecht zoals het met de cessie overgaat in het vermogen van de cessionaris-niet-bank en anderzijds de zorgplichten van de cessionaris uit eigen hoofde.

De invloed van de bancaire verplichtingen op de inhoud van het vorderingsrecht zélf is subtiel:

“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 (...) 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. (...) 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.”

Hoewel zorgplichten van een bank tegenover de cliënt *als zodanig* dus niet onderdeel van het vorderingsrecht zijn, kan de cessionaris wel beperkt worden in de uitoefening van de gecedeerde vordering als de rechtsverhouding tussen de cedent en de debitor cessus en dus ook de zorgplicht van de eerste tegenover de laatste al nader vorm had gegeven aan de inhoud van de daarna gecedeerde vordering. De cessionaris verkrijgt niet meer of anders dan de cedent had, zo volgt al uit het aloude *nemo plus* beginsel, dat hier overloopt in de verweermiddelenregeling van art. 6:145 BW.

#### *Een niet-bank als ware deze een redelijk handelende bank...*

Vervolgens besteedt de Hoge Raad aandacht aan de zorgplichten van de cessionaris uit eigen hoofde. Die zorgplicht kan volgen uit het gegeven dat de cessionaris zelf als financiëldienstverlener onderworpen is aan **[46]** publiekrechtelijke zorgplichten uit de Wft, maar bij krediet aan niet-consumenten is daarvan geen sprake. Wel geldt het privaatrechtelijke kader, en dat leidt volgens de Hoge Raad tot het volgende:

“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.

(...) 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.”

Dat een niet-bank haar gedrag mede moet laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de leningnemer, en dat dit kan meebrengen dat de niet-bank zich moet gedragen als ware zij een redelijk handelende bank, is een nieuw geformuleerde rechtsregel. De tournure is losjes gebaseerd op art. 4:24a lid 1 Wft, dat bepaalt dat een financiëldienstverlener op zorgvuldige wijze de gerechtvaardigde belangen van de consument of begunstigde in acht neemt. De Hoge Raad transposeert deze publiekrechtelijke regel, die overigens op haar beurt weer kan worden teruggevoerd op de privaatrechtelijke grondnorm uit *Baris/Riezenkamp* (1957),<sup>7</sup> weer terug naar het privaatrecht en dan in een context waarbij een niet-bank en een niet-consument betrokken zijn. Dat is nieuw. Misschien gaat het in wezen om de bescherming van het gerechtvaardigde vertrouwen van de debiteur om niet slechter te worden behandeld in het geval hij na cessie, waar hij zich niet tegen kan verzetten, wordt geconfronteerd met een opvolgende schuldeiser.<sup>8</sup> Het doet de vraag rijzen of hier niet in wezen sprake is van een oprekking van de verweermiddelenregel zoals art. 6:145 BW die geeft.

Hoe dat ook zij, de Hoge Raad vat vervolgens samen en relateert:

<sup>7</sup> HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, NJ 1958/67 (*Baris/Riezenkamp*).

<sup>8</sup> In de literatuur is ook bepleit dat de bank bij cessie gehouden is om de bancaire zorgplicht over te doen gaan op de cessionaris-niet-bank opdat deze de debiteur niet slechter behandelt dan zij zelf deed; zie bijv. (de verwijzingen bij) D. Busch en L.P. Buitelaar, ‘Overdracht van oninbare bankleningen na Promontoria’, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2021, p. 702-703. De constructie van derdenbeding die door sommigen werd bepleit, is door de overwegingen van de Hoge Raad minder noodzakelijk geworden, lijkt mij.

“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.”

Deze uiteenzetting kan vervolgens als basis bieden voor het antwoord op de vraag:

“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 inroepen die hij jegens de bank zou hebben (art. 6:145 BW).

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 zij zich jegens de leningnemer op dezelfde wijze moet gedragen als kan worden gevergd van een redelijk handelende bank.”

De Hoge Raad voegt hier nog aan toe dat dit geldt ongeacht of de overeenkomst is nagekomen en of de bank de bankrelatie heeft opgezegd.

#### *Een voorbeeldcasus*

Ten slotte geeft de Hoge Raad een voorbeeld om de materie te verduidelijken. Die ‘docerende’ wijze van arrest wijzen wordt bij mijn weten zelden gebruikt door de Hoge Raad, en hoewel er risico’s aan zijn verbonden, is het hier een geslaagde manier van duiding ten behoeve van de feitenrechter en procespartijen. Door het te houden bij een voorbeeld, voorkomt de Hoge Raad bovendien dat hij in het vaarwater van de feitenvaststelling raakt. De Hoge Raad overweegt:

“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 (...).

- 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.”

[47] Dit voorbeeld is minder onschuldig dan het lijkt. Zo lees ik in de tekst achter de zesde gedachtenstreep de vermaning dat als de cessionaris-niet-bank een renteverhoging doorvoert die niet *marktconform* is, dit in strijd kan komen met de redelijkheid en billijkheid (naar keuze lid 1 of lid 2 van art. 6:2(48) BW.... (?)). Nog daargelaten dat het begrip ‘marktconform’ niet op voorhand helder is (wat betekent dat bij leningnemers die al op de ‘ziekenboeg’ lagen?), is het de vraag of dat dan ook geldt voor de oorspronkelijke schuldeiser, de bank. Is deze terloopse opmerking bedoeld als tegenwicht voor de frictieloze cessie, of hebben we hier misschien wel te maken met een afgestofte *iustum pretium* leer? De overweging bij de laatste gedachtenstreep is bovendien niet echt een voorbeeld maar een vingerwijzing voor de feitenrechter hoe om te gaan met de situatie dat de bank meer rente in rekening had mogen brengen maar dat *coulance*halve achterwege had gelaten. De cessionaris-niet-bank is in beginsel niet gebonden aan de onverplichte *coulance* die de bank voordien had betracht, tenzij hij uit eigen hoofde gehouden is om *coulant* te zijn.

## Een kort commentaar

### *Samenvatting van het voorgaande*

Dit is een bijzonder arrest: een strak gecomponeerde tekst met nogalwat subtiliteiten, waarbij helder wordt gedoceerd en de materie scherp onderscheiden maar niet gescheiden wordt.<sup>9</sup> De essentie van het arrest is in vier gedachtenstreepjes samen te vatten:

- Vorderingsrechten van een bank uit een geldlening zijn niet naar de aard onoverdraagbaar
- De bancaire zorgplicht, ongeacht wat de rechtsgrondslag daarvan is, kan de inhoud van het vorderingsrecht nader vorm geven
- Het vorderingsrecht gaat over op de cessionaris-niet-bank in de staat waarin het zich heeft gevormd tussen bank en leningnemer
- Op de cessionaris-niet-bank kan een eigen zorgplicht rusten of ook de eigen verplichting rusten om zich te gedragen als ware hij een redelijk handelende bank

Overtuigend is de overweging van de Hoge Raad dat er meerdere wegen naar Rome kunnen leiden: het gaat om “met elkaar samenhangende regels waarmee in voorkomend geval langs verscheidene wegen eenzelfde resultaat kan worden bereikt” (r.o. 2.14). Evenzeer overtuigend is het uitgangspunt dat een cessionaris de bevoegdheid om het rentepercentage te verhogen mag uitoefenen (*als* hij die bevoegdheid heeft, daarover hierna), eventueel met toepassing van allerhande redelijkheidsbeperkingen. Minder gelukkig is de terloopse opmerking die de suggestie wekt dat een renteverhoging die niet marktconform is, verdacht is. Die denkrichting vergt op zijn minst verder debat, dus ik stel voor dat we niet te veel zoeken achter deze terloopse opmerking.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Het arrest hangt overigens samen met het op dezelfde dag gewezen arrest in de zaak *Alegre cs / Promontoria* (ECLI:NL:HR:2020:1276). Daarover bijv. G.J.L. Bergervoet en C. Spierings, Annotatie bij *Immobilie Securities / Promontoria en Alegre/Promontoria*, *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2021, p. 90 e.v. Ik laat het verband met deze zaak buiten beschouwing.

<sup>10</sup> Ik vermoed dat de Hoge Raad zich op dit punt door een terloopse opmerking in de conclusie van A-G Hartlief (ECLI:NL:PHR:2020:358, nr. 4.175) heeft laten inspireren; Hartlief vindt blijkbaar dat renteverhogingen door banken én niet-banken ‘uiteraard’ moeten worden getoetst aan de maatstaf van redelijkheid en daarmee aan de maatstaf van marktconformiteit. Ik zeg niet dat dit standpunt onjuist is, maar vraag me wel af wat het exact betekent en wat de reikwijdte van de opmerking is.

### *Wat hoort bij het vorderingsrecht en wat niet?*

Een partij bij een overeenkomst kan de *gehele* rechtsverhouding tot de wederpartij alleen maar doen overgaan op een derde met medewerking van die wederpartij; dat noemen we contractsovername en het rechtsgevolg ervan is dat *alle* rechten en plichten op die derde overgaan (art. 6:159 BW). De medewerking van de wederpartij is cruciaal want die moet serieus kunnen overwegen of ze wel met die derde in zee wil gaan; die derde is namelijk wellicht minder gretig om te presteren, minder vaardig om [48] te presteren, biedt mogelijk minder verhaal of is minder schappelijk, coulant en samenwerkingsbereid.<sup>11</sup> De medewerking van de wederpartij is *niet* vereist wanneer alleen een *vorderingsrecht* uit de contractuele rechtsverhouding wordt gelicht en overgedragen aan de derde (art. 3:83 lid 1 BW). Cessie kan zonder toestemming van de debiteur plaatsvinden. Dat is alleen anders als de oorspronkelijke partijen hebben afgesproken dat het vorderingsrecht niet of niet zonder toestemming kan worden overgedragen, of als het vorderingsrecht naar de aard onoverdraagbaar is.<sup>12</sup> De gedachte achter het uitgangspunt van de onbeperkte overdraagbaarheid van vorderingsrechten – en zeker van geldvorderingen – is tweeledig: voor de crediteur is het van belang dat hij kan beschikken over het vorderingsrecht omdat het een geldwaarde heeft en daarmee in het economisch verkeer als handelswaar of onderpand kan worden gebruikt,<sup>13</sup> terwijl het voor de debiteur niet uitmaakt of hij nu presteert aan zijn oorspronkelijke wederpartij of aan een ander. De vooronderstelling daarbij en *het belang* van de debiteur is dus dat de inhoud van het vorderingsrecht niet verandert door de cessie en de contractuele verhouding tussen de oorspronkelijke partijen voor het overige intact blijft.<sup>14</sup> Die veronderstelling heeft soms echter meer weg van een juridische fictie: kinderen die geld hebben geleend van hun ouders, zien waarschijnlijk liever hun ouders als crediteur dan een anonieme investeringsmaatschappij met aandeelhouders, winstmaximalisatie doelen en agressief incassobeleid. Op papier gaat het misschien om dezelfde vordering maar feitelijk kan het nogal verschil maken: ouderlijke empathie tegenover koude kapitalisten.

Maar ook juridisch gezien ligt het genuanceerder. Het uitgangspunt van overdraagbaarheid van vorderingsrechten uit overeenkomst probeert één element uit de contractuele rechtsverhouding te isoleren en separeren. Door cessie gaat immers niet de gehele contractuele rechtsverhouding over maar slechts het recht op de prestatie uit het gecedeerde vorderingsrecht. Dat klinkt eenvoudiger dan het is, want het vorderingsrecht wordt nu juist vorm en inhoud gegeven dóór die contractuele rechtsverhouding. Om grip te krijgen op de materie, wordt daarom wel onderscheid gemaakt tussen drie vragen, die overigens sterk samenhangen:

- Wat is de inhoud van het vorderingsrecht, op welke prestatie geeft deze recht?
- Welke nevenrechten zijn met het vorderingsrecht mee overgegaan?
- Welke verweermiddelen kan de debiteur tegen het vorderingsrecht inroepen?

Om met de inhoud van het vorderingsrecht te beginnen: de cedent kan niet meer of anders overdragen dan hij zelf heeft (*nemo plus*). Is de geldvordering in vreemde valuta uitgedrukt, is de schuld reeds betaald, de rechtsvordering tot inning verjaard, het bedrag in deelttermijnen opgedeeld, en zo verder, dan verkrijgt de cessionaris niet meer of anders dan de cedent had op het moment van overgang.<sup>15</sup> Het bestaan en de inhoud van het vorderingsrecht wordt dus bepaald door de bron van verbintenis waar deze uit voortkomt en wat er zich vóór de cessie heeft afgespeeld tussen de oorspronkelijke partijen.<sup>16</sup> Is de oorsprong van het vorderingsrecht een overeenkomst, dan kunnen bepaalde bedingen uit de overeenkomst tóch onderdeel worden van de verhouding tussen debiteur en cessionaris, ook al is niet sprake van contractsovername.

---

<sup>11</sup> Hoewel art. 6:159 BW van regeland recht is, dienen m.i. algemene voorwaarden waarbij de vereiste 'medewerking' op voorhand en zonder nadere restricties of voorwaarden wordt gegeven, om die reden met scepsis te worden gezien. Over het vereiste van medewerking in algemene zin M. Huizingh, *Contractsovername (diss. Nijmegen)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 128 e.v.

<sup>12</sup> Zie over onoverdraagbaarheidsbedingen en de goederenrechtelijke werking daarvan HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, NJ 2015/167 (*Coface/Intergamma*), AA20140927, m.nt. W.H. van Boom.. Vgl. ook het voorstel Wet opheffing verpandingsverboden (*Kamerstukken II 2019/20*, 35 482).

<sup>13</sup> Over de economische ratio van overdraagbaarheid nader W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt - Hoe het vermogensrecht onze marktsamenleving faciliteert en geleidt*, Den Haag: Boomjuridisch 2020, p. 36 e.v.

<sup>14</sup> Over dit belang G. van Rijssen, *Contractsovername (diss. Groningen)*, Deventer Kluwer 2006, p. 67 e.v.

<sup>15</sup> Overzicht van soorten verweermiddelen in dit verband bij J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie (diss. Nijmegen)*, Deventer: Kluwer 2011, p. 535 e.v.

<sup>16</sup> HR 29 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0842, NJ 1994/171 (*Van Schaik/ABN Amro*), r.o. 3.4 : "(...) dat een vordering, ook wat betreft de vraag of zij vatbaar is voor overdracht, ook tegenover derden-verkrijgers wordt bepaald door de rechtsverhouding waaruit zij voortvloeit en derhalve, ingeval die rechtsverhouding een overeenkomst is, door hetgeen partijen bij die overeenkomst over en weer hebben bedongen".

Bedingen uit de overeenkomst die bepalen wat, wanneer, waar<sup>17</sup> en onder welke voorwaarde moet worden gepresteerd, bepalen immers de inhoud van het vorderingsrecht.<sup>18</sup> Clausules die bepalen welke rechter bevoegd is, arbitragebedingen en bewijsafspraken behoren ook tot de inhoud van het vorderingsrecht.<sup>19</sup> Van wilsrechten zoals het recht om te ontbinden of op te zeggen, wordt aangenomen dat ze niet met het vorderingrecht verknoot zijn maar met de algehele rechtsverhouding van de overeenkomst en dus níet met het vorderingsrecht overgaan.<sup>20</sup>

Wat betreft de nevenrechten valt uit art. 6:142 BW af te leiden dat de cessionaris door de cessie de beschikking krijgt over nevenrechten zoals bijbehorende zekerheden, de rente die verschijnt na de cessie en eventuele executoriale titels (art. 6:142 BW).<sup>21</sup> Daarnaast krijgt hij kennelijk ook de beschikking over bepaalde contractuele bevoegdheden ten aanzien van de rentevaststelling. Immers, in de Promontoria-zaak ging de cessionaris over tot uitoefening van een contractuele **[48]** bevoegdheid tot renteaanpassing ná de cessie. De uit de algemene voorwaarden voortkomende contractuele bevoegdheden om de rente aan te passen komen dus ook in handen van de cessionaris, zo lijkt het.<sup>22</sup> Tegen die achtergrond is er dus wel iets af te dingen op het uitgangspunt dat het vorderingsrecht niet verandert na cessie; ook het onderscheid tussen contractoverneming en cessie is in feite minder scherp dan het wettelijk systeem suggereert.

Ten slotte de verweermiddelen. Art. 6:145 BW bepaalt dat de overgang van een vorderingsrecht de verweermiddelen van de schuldenaar onverlet laat. Eigenlijk lopen dit wetsartikel en de *nemo plus*-regel naadloos in elkaar over.<sup>23</sup> Omdat de inhoud van het vorderingsrecht door de overgang in het vermogen van de cessionaris niet is gewijzigd, kan de debiteur als verweer aan de cessionaris tegenwerpen dat deze laatste niet meer of anders kan uitoefenen dan dat wat zijn voorganger aan rechten had.

---

<sup>17</sup> Er wordt wel gesteld dat de betaalplaats als bedoeld in art. 6:116 BW wél kan wijzigen in het nadeel van de debiteur als gevolg van de cessie (Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/358; Asser/Sieburgh 6-II 2017/267), maar dit lijkt me een onwenselijke verslechtering van positie van de debiteur.

<sup>18</sup> Zie bijv. Asser/Sieburgh 6-II 2017/264 e.v.; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/352; R.M. Wibier, *Overgang van vorderingen en schulden en afstand van vorderingen (Mon. BW B44)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 17 e.v., p. 33 e.v.

<sup>19</sup> Parl. Gesch. Boek 6, p. 542 e.v.; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/345.

<sup>20</sup> Parl. Gesch. Boek 6, p. 528; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/346.

<sup>21</sup> Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/345; Asser/Sieburgh 6-II 2017/257 e.v. Ook de eventuele verplichtingen die bij die nevenrechten behoren, komen op de cessionaris te rusten; de cedent staat in voor de nakoming daarvan. Zie art. 6:144 lid 1 BW.

<sup>22</sup> De Hoge Raad zegt dit niet letterlijk maar uit de behandeling van het voorbeeld dat de Hoge Raad geeft van de positie van de cessionaris-niet-bank volgt m.i. dat de Hoge Raad er ook vanuitgaat dat de cessionaris zelf de renteaanpassingsclausule mag invoeren. Zie ook C.W.M. Lieveer en M.H.E. Rongen, 'Immobilie Securities NV / Promontoria Holding 107 BV e.a.', *Ondernemingsrecht* 2020, p. 762; J.L. Sniijders en Y.C. Tonino, 'Overdracht van kredietvorderingen na Promontoria', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2020, p. 423. In de literatuur werd deze opvatting al eerder verdedigd; zie bijv. M.H.E. Rongen, *Cessie (diss. Nijmegen)*, Deventer: Kluwer 2012, p. 1357 e.v. (zij het met de beperking dat de cessionaris gehouden is de rentetarieven van de cedent te volgen); J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie (diss. Nijmegen)*, Deventer: Kluwer 2011, p. 366.

<sup>23</sup> Zie bijv. Parl. Gesch. Boek 6, p. 537, dat het voorbeeld noemt van het tenietgaan van de vordering voordat de cessie heeft plaatsgevonden, en p. 543 waar de tegenwerpelijke van arbitragebedingen in één adem een verweermiddel en een *nemo-plus* aspect wordt genoemd. Zie voor een ruim werkingsbereik van het begrip verweermiddel ook Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/352; J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie (diss. Nijmegen)*, Deventer: Kluwer 2011, p. 535 e.v.; Asser/Sieburgh 6-II 2017/264. Voor verrekening na cessie kent art. 6:130 BW overigens een speciale regeling.