

# Overdracht van kredietvorderingen na Promontoria

*Mr. J.L. Snijders en mr. Y.C. Tonino\**

## 1 Inleiding

De Hoge Raad wees op 10 juli 2020 twee arresten waarin hij prejudiciële vragen beantwoordt die voor de financieringspraktijk van groot belang zijn. In de prejudiciële vragen wordt namelijk onder meer aan de orde gesteld of de aard van een bancaire vordering uitsluit dat deze door de bank aan een niet-bank kan worden overgedragen, terwijl dergelijke vorderingen in de dagelijkse praktijk juist in groten getale worden overgedragen. Het is geruststellend dat de Hoge Raad bovengenoemde vraag negatief beantwoordt en tot de conclusie komt dat de aard van de bancaire vordering zich niet verzet tegen een overdracht daarvan door de bank aan een niet-bank. Voor de overdracht van vorderingen die zijn ontstaan uit leningen van zowel bancaire als niet-bancaire kredietverstrekkers is daarnaast relevant dat aan de orde wordt gesteld of, en zo ja, in hoeverre, op de verkrijgende partij die een kredietvordering overneemt een bepaalde zorgplicht rust.

In dit artikel bespreken wij de prejudiciële vragen, de beantwoording en vervolgens de toepassing daarvan, en laten wij zien dat de overdracht via stille cessie, hoe nuttig ook, tot bepaalde tegenstrijdige belangen kan leiden die bij de totstandkoming van financieringsconstructies niet altijd even goed worden voorzien. Wij zullen hiertoe, na een korte illustratie van de financieringsconstructies waarbij dit een rol speelt (par. 2) en een achtergrondschets van de arresten (par. 3), ingaan op de door de Hoge Raad gegeven antwoorden (par. 4) en de daaruit af te leiden regels vervolgens toepassen op een aantal praktijkvoorbeelden (par. 5).

## 2 Context: financieringsconstructies

Leningen of de daaruit voortvloeiende vorderingen worden veelvuldig door banken aan niet-banken verkocht en overgedragen. Het kan daarbij gaan om de (*whole loan*-)verkoop van een bestaande leningenportefeuille aan (een speciaal daarvoor opgerichte vennootschap van) investeringsmaatschappijen<sup>1</sup> of verzekeraars, maar bijvoorbeeld ook om de overdracht van een portefeuille van leningen of de daaruit voortvloeiende vorderingen aan een *special purpose vehicle* (hierna: SPV) als onderpand voor door haarzelf (in het kader van een *covered bond*-

programma) of door die SPV (in het kader van een securitisatietransactie) uit te geven obligaties of andere verhandelbare effecten.

Overigens verkopen ook niet-bancaire kredietverstrekkers geregeld via *whole loan sales* of securitisaties leningen of de daaruit voortvloeiende vorderingen.<sup>2</sup> Voor dergelijke transacties is de vraag of de aard van een bancaire vordering zich verzet tegen overdracht daarvan aan een niet-bank weinig relevant. De overwegingen van de Hoge Raad ten aanzien van het al dan niet overgaan van de zorgplicht naar de verkrijgende partij van de vordering zijn – temeer omdat de prejudiciële vragen algemeen zijn geformuleerd en de Hoge Raad ook algemene regels geeft – ook relevant voor de situatie waarbij niet-banken leningen dan wel de daaruit voortvloeiende vorderingen overdragen, zeker wanneer het gaat om aan consumenten verstrekte leningen en de desbetreffende niet-banken eveneens (vergelijkbaar met de bank) onder toezicht staan en vergunningplichtig zijn.<sup>3</sup>

Bij de hiervoor genoemde transacties kan onderscheid worden gemaakt tussen (1) de overdracht van (een portefeuille van) leningen door middel van contractsovername (art. 6:159 BW) en (2) de overdracht van de uit die leningen voortvloeiende vorderingen door middel van cessie (art. 3:94 BW).<sup>4</sup> We zouden dit onderscheid ook praktisch kunnen omschrijven als transacties waarbij de kredietverstrekker afscheid neemt van de klant en transacties waarbij de kredietverstrekker weliswaar de vermogenswaarde van uit de lening voortvloeiende vordering te gelde maakt, maar de contractspartij van de kredietnemer (in de praktijk ook wel en hierna: 'lender of record') blijft. Bij contractsovername gaat de lening met alle daaraan verbonden rechten en verplichtingen over naar de verkrijgende partij en wordt de verkrijgende partij na de overname de lender of record, terwijl bij cessie de overdragende partij (cedent) de lender of record blijft en de verkrijgende partij (cessionaris) slechts de vordering verkrijgt inclusief de aan die vordering verbonden (neven)rechten en verplichtingen (art. 6:142 en 6:144 BW).

\* Mr. J.L. Snijders en mr. Y.C. Tonino zijn werkzaam als advocaat bij FIZ advocaten te Rotterdam.

1. Zoals in de onderhavige zaak, waarbij Van Lanschot een leningenportefeuille heeft verkocht en overgedragen aan een dochteronderneming van Cerberus Capital Management.

2. Een belangrijk deel van de Nederlandse hypotheek- en (financial) leasemarkt is direct of indirect op deze manier gefinancierd.

3. Art. 2:60 WvF (aanbieden van krediet).

4. Waarbij deze laatste categorie uiteraard weer kan worden opgesplitst in de openbare cessie (met mededeling aan de debiteur, conform art. 3:94 lid 2 BW) en de stille cessie (met registratie van de cessieakte, conform art. 3:94 lid 3 BW).

In de praktijk zal de overdracht alleen aan de kredietnemer bekend worden gemaakt als de kredietverstrekker inderdaad van zijn kredietnemer afscheid wil nemen en zijn positie geheel wil overdragen. Hoewel de overdracht via contractsovername hierbij het beste aansluit, is op voorhand onzeker of de hiervoor benodigde medewerking van alle kredietnemers kan worden verkregen (of, indien die medewerking bij voorbaat is verleend, die handeling niet achteraf zal worden vernietigd), en zullen de relevante vorderingsrechten in de regel als vangnet ook openbaar aan de verkrijgende partij worden geëdeerd.

Buiten deze situatie wordt in de regel niet beoogd dat de kredietnemer bekend wordt met de overdracht en is het de kredietverstrekker – naast het te gelde maken van de leningen – niet te doen om de klantrelaties volledig los te laten.<sup>5</sup> Door de uit de lening voortvloeiende vorderingen door middel van stille cessie over te dragen wordt de verkrijgende partij volledig rechthebbende van de vordering, terwijl geen mededeling is vereist.<sup>6</sup> Consequentie is wel dat de lender of record en de rechthebbende van de vorderingen niet langer dezelfde (rechts)personen zijn.

Het onderscheid tussen welke rechten en verplichtingen overgaan naar de verkrijgende partij en welke rechten en verplichtingen bij de lender of record blijven, is niet altijd even scherp. De ervaring leert dat een investeerder met name belang heeft bij het rendement van de vordering en dat hij niet geconfronteerd wil worden met onvoorziene kosten gedurende de looptijd van zijn investering. De lender of record dient daarentegen op basis van zijn eigen (contractuele/publiekrechtelijke) zorgplicht te waken over de belangen van de kredietnemer. De lender of record wil niet in de spagaat komen dat hij enerzijds gebonden is richting de kredietnemer een bepaalde zorgplicht in acht te nemen, en anderzijds de investeerder hieraan niet wil meewerken, omdat dit meestal ten koste gaat van zijn (geprognoseerde) rendement. De Hoge Raad gaat met name in op de vraag welke rechten en verplichtingen overgaan naar de verkrijgende partij en of op de verkrijgende partij een eigen zorgplicht rust. De uitspraken behandelen niet expliciet de vraag welke rechten en verplichtingen achterblijven bij de lender of record en of de kredietnemer in dat verband mogelijk nog aanspraken heeft op de lender of record, en zo ja, of de lender of record zich vervolgens kan verhalen op de verkrijgende partij.

### 3 Achtergrond van de arresten

Heel kort komt de achtergrond van beide arresten op het volgende neer.

5. In de praktijk zullen banken en andere kredietverstrekkers niet aan hun klanten bekend willen maken dat zij hun vorderingen op hen overdragen aan een externe partij, vanuit de angst dat dit hun commerciële positie en/of klantrelatie beschadigt. Hierbij zullen ook de operationele aspecten van het (individueel) doen van mededeling aan desbetreffende klanten een rol spelen. Vgl. M.H.E. Rongen, *Cessie* (diss. Nijmegen; Onderneming en Recht, deel 70), Kluwer: Deventer 2011, nr. 382.
6. Art. 3:94 BW.

Van Lanschot heeft in 2015 een portefeuille zakelijke vastgoedleningen verkocht aan Promontoria.<sup>7</sup> Promontoria is een doelvennootschap zonder werknemers en beschikt, anders dan Van Lanschot, niet over een bankvergunning. Het beheer en de uitvoering van de vastgoedleningen zijn door Promontoria uitbesteed aan servicer Link Asset Services.

In de portefeuille bevonden zich ook de door Van Lanschot aan Alegre respectievelijk Immobile verstrekte kredieten. Op een goed moment heeft Promontoria het krediet opgezegd en opgeëist wegens verzuim aan de zijde van Alegre respectievelijk Immobile. De door Van Lanschot en Promontoria beoogde contractsovername respectievelijk cessie van de leningsovereenkomsten en de daaruit voortvloeiende rechten zijn in de onderhavige zaken betwist. Promontoria stelt dat (de vorderingen uit hoofde van de) kredieten zijn overgegaan als gevolg van contractsovername dan wel stille cessie. Immobile betwist dat contractsovername heeft plaatsgevonden, omdat zij geen medewerking in de vorm van een toestemming bij voorbaat zou hebben verleend. Alegre tracht de contractsovername te vernietigen met een beroep op dwaling. Ook de cessie wordt door beide kredietnemers betwist. In beide zaken achtte rechtbank Amsterdam het nuttig, voor het geval er geen contractsovername zou hebben plaatsgevonden, te bespreken of het beroep van Promontoria op cessie slaagt. In dat kader heeft de rechtbank een viertal prejudiciële vragen voorgelegd aan de Hoge Raad.

## 4 Beantwoording prejudiciële vragen

### 4.1 Overdraagbaarheid van het bancaire vorderingsrecht

De eerste prejudiciële vraag is of de aard van het vorderingsrecht van een bank op haar klant 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. De hoofdregel is immers dat een vorderingsrecht overdraagbaar is, *tenzij* de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet (of partijen die overdraagbaarheid contractueel hebben uitgesloten).

Zoals hierboven al kort aangegeven, beantwoordt de Hoge Raad deze eerste vraag ontkennend. Hiertoe overweegt hij vrij systematisch dat:

- a. de inhoud van de prestatie waartoe de klant is gehouden op grond van een overeenkomst van lening met een bank (namelijk de betaling aan de bank van de geleende geldsom met rente), niet wijzigt door overdracht van het vorderingsrecht door de bank aan een niet-bank en dat, in dit
7. Overigens lijkt het erop dat Promontoria de portefeuille inmiddels heeft doorverkocht aan het in Duitsland gevestigde Ortolan Nederland Credit Oplossingen GmbH; zie 'Wat staat de doorverkochte klanten van Van Lanschot te wachten?', FD 4 november 2019 en Rb. Amsterdam 27 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3853, waarin een (voormalig) kredietnemer/debiteur van Van Lanschot en Promontoria tevergeefs in een executiegeschil opkwam tegen een door Ortolan aangezegde executieveling.

- opzicht, de aard van dat vorderingsrecht zich dus niet tegen overdracht aan een niet-bank verzet (r.o. 2.6.2);
- b. de rechten en bevoegdheden van de bank uit hoofde van die overeenkomst van lening niet van zodanige aard zijn dat deze alleen door een bank kunnen worden uitgeoefend (r.o. 2.6.3, eerste alinea);<sup>8</sup> en
  - c. de verplichtingen van de niet-bank ten opzichte van de kredietnemer (ongeacht of deze een zakelijke klant of een consument is), waaronder ook eventuele zorgverplichtingen, niet zodanig verschillen van de (corresponderende) verplichtingen van de bank, dat het vorderingsrecht alleen door een bank kan worden uitgeoefend (r.o. 2.6.2, tweede en derde alinea).

Hierbij is volgens de Hoge Raad niet relevant of de kredietnemer consument of zakelijke klant is, of in hoeverre de lening vóór de overdracht volledig is nagekomen en/of de bankrelatie reeds is opgezegd (derde prejudiciële vraag).<sup>9</sup>

De Hoge Raad voegt nog hieraan toe dat de mogelijkheid dat de niet-bank de rechten en bevoegdheden die zijn ontleend aan het aan haar overgedragen vorderingsrecht feitelijk op een andere wijze zal uitoefenen dan de bank, niet meebrengt dat een uitzondering moet worden aanvaard op het uitgangspunt van art. 3:83 lid 1 BW, dat vorderingsrechten overdraagbaar zijn.

Dit oordeel is voor de financieringspraktijk de meest wenselijke uitkomst en achten wij ook inhoudelijk het enige juiste.

#### 4.2 *Zorgplichten en rechtsgevolg cessie*

De tweede prejudiciële vraag heeft betrekking op de rechtsgevolgen van de cessie, en dan met name de vraag of op de niet-bank als cessionaris ten opzichte van de kredietnemer een bepaalde zorgplicht komt te rusten, en zo ja, hoe die zorgplicht zich dan verhoudt tot de publiekrechtelijke regels die op een bank van toepassing zijn en de zorgplicht die op een bank rust.

De Hoge Raad noemt in dit kader specifiek de volgende voor een bank ten opzichte van haar klanten geldende zorgplichten:

- a. de zorgplicht van een bank jegens haar klant die is neergelegd in art. 2 van de Algemene Bankvoorwaarden die (doorgaans) van toepassing zijn op de leningsovereenkomst;

- b. de (zorg)plichten die kunnen voortvloeien uit verschillende wettelijke bepalingen die van toepassing zijn op de leningsovereenkomst, zoals art. 6:248 lid 1 BW en (als er sprake is van een opdrachtrelatie) art. 7:401 BW;
- c. de bijzondere zorgplicht die voortvloeit uit de maatschappelijke functie van banken (zoals advies-, informatie- en waarschuwingsplichten), waarbij de inhoud en de reikwijdte van deze zorgplicht mede afhangen van de omstandigheden van het geval, de ingewikkeldheid van het product en de daaraan verbonden risico's; en
- d. in het geval de klant een consument is, voor de bank als (aanbieder en) financiële dienstverlener (in de zin van art. 1:1 Wft) geldende gedragsregels en normen van deel 4 Wft.

Voorop staat dat de cessie geen verandering van de gecedeerde vordering teweegbrengt en dat de vordering uit hoofde van de lening dus op de niet-bank overgaat zoals deze bij de bank bestond, inclusief de aan die vordering verbonden (neven)rechten (art. 6:142 BW) en verplichtingen (art. 6:144 BW). De *leningsovereenkomst* en de daaruit voortvloeiende *gehele* rechtsverhouding tussen de bank en de klant gaan echter (anders dan bij contractsovername) bij cessie niet over op de niet-bank. De aan die rechtsverhouding verbonden zorgplichten – genoemd in a tot en met c hierboven – maken als zodanig geen onderdeel uit van de gecedeerde vordering en komen dus niet te rusten op de verkrijgende partij.

Dat betekent echter niet dat op de verkrijgende partij geen enkele zorgplicht rust of dat de zorgplicht van de bank op geen enkele wijze kan doorwerken in de rechten en verplichtingen van die verkrijgende partij. De Hoge Raad bespreekt de volgende met elkaar samenhangende regels, waarmee volgens hem in voorkomend geval langs verschillende wegen hetzelfde resultaat kan worden bereikt:

- a. Het is mogelijk dat de zorgplicht van een bank jegens haar cliënt de inhoud van haar vordering nader bepaalt, waardoor die vordering beperkingen kent. Diezelfde beperkingen gelden eveneens na cessie voor de niet-bank.
- b. Op grond van art. 6:145 BW kan de kredietnemer zich bovendien jegens de verkrijgende partij op dezelfde verweermiddelen beroepen die hij jegens de overdragende partij ook zou hebben.
- c. Na cessie aan een niet-bank staan de niet-bank en de kredietnemer jegens elkaar in een rechtsbetrekking die op grond van 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. Onder andere is van belang de omstandigheid dat de gecedeerde vordering afkomstig is van een bank: van de niet-bank kan worden gevergd dat zij haar gedrag mede laat bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de kredietnemer. Dit kan meebrengen dat op de niet-bank een eigen zorgplicht rust, die bijvoorbeeld kan inhouden dat zij zich jegens de kredietnemer op dezelfde wijze moet

8. Hierbij passeert de Hoge Raad, zonder hieraan overigens veel woorden vuil te maken, het beroep van Alegre en Immobile op HR 12 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC2326, NJ 1990/766 m.nt. W.M. Klein (Staat/Appels), waarin juist wel werd aangenomen dat de aard van een bepaalde aan de Staat toekomende kredietvordering, in het kader van een soort nooddiediet, vanwege de daaraan voor de Staat verbonden verregaande bevoegdheden zich tegen de overdracht van die vordering door de Staat verzette.

9. De derde prejudiciële vraag houdt in of het voor de beantwoording van de eerste en de tweede prejudiciële vraag nog uitmaakt of de kredietnemer de kredietovereenkomst niet volledig is nagekomen en of de bank de bankrelatie heeft opgezegd. De Hoge Raad beantwoordt deze vragen tezamen met de beantwoording van de eerste en tweede prejudiciële vraag.

gedragen als kan worden geveerd van een redelijk handelende bank.

Tot slot merkt de Hoge Raad op dat het antwoord op deze prejudiciële vraag niet anders wordt indien de cliënt de overeenkomst van lening niet of niet volledig is nagekomen, of de bank de bankrelatie heeft opgezegd (derde prejudiciële vraag<sup>10</sup>).

Naast deze ‘civielrechtelijke’ (doorwerking van) zorgplichten geldt dat wanneer de kredietnemer consument is, de verkrijgende partij in beginsel moet worden aangemerkt als ‘aanbieder’ van het krediet in de zin van art. 1:1 Wft en daarmee onderworpen wordt aan de in deel 4 Wft neergelegde normen en gedragsregels, tenzij zij het beheer of de uitvoering van de overgenomen vordering (het krediet) uitbesteedt aan een kredietbeheerder in de zin van art. 3 Vrijstellingsregeling Wft. In dat geval gelden die normen en gedragsregels alleen voor die kredietbeheerder en is de verkrijgende partij zelf daarvan vrijgesteld. Wij nemen aan dat de Hoge Raad hier niet mee bedoelt dat – indien het gaat om kredietverlening aan een consument – de lender of record hiermee is ontheven van de in deel 4 Wft neergelegde normen en gedragsregels, ongeacht of het beheer is uitbesteed aan een andere partij dan de lender of record.

#### 4.3 Verantwoordelijkheid kredietverstrekker bij overdracht kredietvordering

Op de vierde prejudiciële vraag, inhoudende 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 haar geldende publiekrechtelijke regels en de op de bank rustende zorgplicht, geeft de Hoge Raad geen antwoord. Dit aangezien hij van mening is dat het antwoord op deze vraag niet nodig is, omdat Van Lanschot geen partij is bij de procedures. Voor de rechtspraak is dit echter wel een belangrijke vraag en wij zullen hieronder bij de toepassing van de in de uitspraken neergelegde regels van de Hoge Raad ingaan op deze vraag.

### 5 Toepassing: praktijkvoorbeelden

Zoals hiervoor al aangestipt, is voor de praktijk van belang om zo helder mogelijk te kunnen bepalen welke rechten en verplichtingen van de oorspronkelijke kredietgever bij (stille) cessie (automatisch) overgaan op de verkrijgende partij, zodat hierover zo nodig bij voorbaat afspraken kunnen worden gemaakt en dit kan worden meegenomen in de commerciële aspecten, zoals de koopsom voor de vordering. Tegen deze achtergrond zullen wij hieronder ingaan op enkele praktijkvoorbeelden en proberen antwoorden te formuleren aan de hand van de door de Hoge Raad gegeven uitgangspunten.

#### 5.1 Praktijkvoorbeeld: renteherzieningsrecht

*In de transactiepraktijk is de vraag gerezen of het zogenaamde renteherzieningsrecht, het uit de leningsovereenkomst voor de kredietverstrekker voortvloeiende contractuele recht om eenzijdig de hoogte van het toepasselijke rentepercentage te herzien, kan worden uitgeoefend door de partij die de rentedragende vordering overneemt. Verkrijgende partijen hebben graag invloed op de rente bij renteherziening. Investeerdere kunnen daarmee immers bijvoorbeeld hun opbrengst (of ‘yield’) vergroten en SPV’s die zelf ‘aan de achterkant’ renteverplichtingen hebben onder de obligaties waarmee de aankoop van de vorderingen is gefinancierd, kunnen via dit renteherzieningsrecht bijvoorbeeld waarborgen dat hun operationele lasten vanuit de rente-inkomsten kunnen blijven worden voldaan.*

In de literatuur<sup>11</sup> werd eerder al betoogd dat het renteherzieningsrecht bij cessie van de hoofdvordering mee overgaat op de verkrijgende partij. Ook de Hoge Raad lijkt hiervan nu impliciet uit te gaan. Hij bespreekt immers in r.o. 2.16 van de onderhavige arresten de rechtspositie van de verkrijgende partij als deze ná de cessie de rente verhoogt.

De Hoge Raad oordeelt dat indien de verkrijgende partij de rente verhoogt, de kredietnemer jegens de verkrijgende partij geen beroep kan doen op een voor de overdragende partij geldende zorgplicht, nu die zorgplicht als zodanig door cessie niet is overgegaan op de verkrijgende partij. Wel kan de kredietnemer zich jegens de verkrijgende partij beroepen op de inhoud van de gecedeerde vordering en dus ook op de beperkingen die onderdeel zijn van die vordering. Indien de overdragende partij en de kredietnemer bijvoorbeeld een maximaal toegestane renteverhoging waren *overeengekomen*, beperkt die afspraak de inhoud van de vordering die de overdragende partij aan de verkrijgende partij cedeert en gaat de vordering met de aldus beperkte inhoud over op de verkrijgende partij. Deze beperking van de mogelijkheid om de rente te verhogen is in dat geval dus onderdeel van de vordering en geldt uit dien hoofde voor de verkrijgende partij, aldus de Hoge Raad. Indien op de overdragende partij 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 verkrijgende partij cedeert en gaat de vordering met de aldus beperkte inhoud

10. Zie noot 9.

11. Zie bijv. Rongen 2011, nr. 1022, die het renteherzieningsrecht net als de rentevordering ziet als (gestapeld(e)) nevenrecht(en) in de zin van art. 6:142 BW. Biemans benadert het iets anders. Hij ziet alleen het recht op bedongen rente (het rentebeding) als een nevenrecht. De bestaande rentevorderingen gaan volgens hem niet als nevenrecht over, tenzij zij afzonderlijk worden overgedragen. De toekomstige rentevorderingen ontstaan rechtstreeks in het vermogen van de verkrijgende partij als gevolg van het feit dat het rentebeding als nevenrecht is overgegaan naar de verkrijgende partij. De verkrijgende partij is partij bij het rentebeding dat is overgegaan naar de verkrijgende partij en is uit dien hoofde bevoegd de rente te wijzigen (zie J.W.A. Biemans, Rechtsgevolgen van stille cessie (diss. Nijmegen; Onderneming en Recht, deel 65), Kluwer: Deventer 2011, nr. 382).

over op de verkrijgende partij. 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 verkrijgende partij, aldus wederom de Hoge Raad.

Voorts staan naar het oordeel van de Hoge Raad de verkrijgende partij en de kredietnemer ná de cessie ten opzichte van elkaar in een rechtsbetrekking die ingevolge art. 6:2 BW wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid, en kan uit hetgeen die redelijkheid en billijkheid in voorkomend geval van de verkrijgende partij eisen toch een plicht tot beperking van een renteverhoging voortvloeien. Hierbij kan volgens de Hoge Raad mede van belang zijn in hoeverre de renteverhoging marktconform is.

De Hoge Raad lijkt dus ervan uit te gaan dat de overdragende en de verkrijgende partij(en) verschillende rentes mogen hanteren, zij het dat een renteverhoging door een verkrijgende partij door een zorgplicht kan worden beperkt (voor zover die zorgplicht dus in die zin de inhoud van de vordering beperkt) en niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar mag zijn. Volgens de Hoge Raad betekent dit dat een kredietnemer geen bescherming geniet als de overdragende partij bevoegd was de rente te verhogen maar dat uit *coulance* niet heeft gedaan, en de verkrijgende partij 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.

Aan de hand van het volgende voorbeeld proberen wij te onderzoeken wat de betekenis is van dit oordeel van de Hoge Raad:

- a. Kredietnemer A sluit een (hypothecaire) lening af bij een kredietverstrekker. Looptijd van de (hypothecaire) lening is dertig jaar. Er wordt een rente overeengekomen van 1,5% voor vijf jaar. De vordering uit hoofde van de (hypothecaire) lening wordt (zonder mededeling aan kredietnemer A) stil gecedeerd aan verzekeraar A.
- b. Dezelfde dag sluit kredietnemer B, de buurman van kredietnemer A, eveneens een lening af bij dezelfde kredietverstrekker en onder dezelfde voorwaarden als die van kredietnemer A. De vordering uit hoofde van de (hypothecaire) lening wordt (dus zonder mededeling aan kredietnemer B) stil gecedeerd aan verzekeraar B.
- c. Kredietnemer C, de andere buurman van kredietnemer A, sluit eveneens een lening af bij dezelfde kredietverstrekker en onder dezelfde voorwaarden als die van kredietnemer A. De vordering uit hoofde van de (hypothecaire) lening wordt niet overgedragen (gecedeerd) en blijft dus op de balans (het 'eigen boek') van de kredietverstrekker.
- d. Na vijf jaar stelt de kredietverstrekker een nieuw rentepercentage vast van wederom 1,5%. Verzekeraar A en verzekeraar B verhogen de toepasselijke rentepercentages echter naar 2,0% respectievelijk 3,0%. De nieuwe rentevastperiode is voor alle leningen wederom vijf jaar.

- e. We gaan verder uit van de navolgende assumpties: kredietnemers A, B en C (en hun onderpanden) hebben hetzelfde risicoprofiel; alle drie door de kredietverstrekker, verzekeraar A en verzekeraar B voor de tweede renteperiode van vijf jaar vastgestelde rentepercentages zijn marktconform; en er zijn geen contractuele beperkingen overeengekomen in de verhouding tussen de kredietverstrekker en kredietnemers A, B en C.

De eerste vraag is – aannemende dat er geen hierop betrekking hebbende zorgplicht rust(te) op de kredietverstrekker, geen beperking is overeengekomen en ook geen 'recht op *coulance*' is ontstaan – of de verhoging van het rentepercentage door verzekeraars A en B naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De Hoge Raad lijkt van oordeel te zijn dat de kredietnemer in deze situatie niet kan optreden tegen de renteverhoging door de verkrijgende partij. Wij zijn echter van mening dat de kredietnemer, als hij niet heeft ingestemd met een overdracht van de vordering en, in geval van een consument, als hij ook niet uitdrukkelijk is geweest op deze consequentie van een overdracht, erop moet kunnen vertrouwen dat hij ongeacht de overdracht – en gelet op de overwegingen van de Hoge Raad dus hetzij via inperking van het vorderingsrecht, hetzij via de werking van de redelijkheid en billijkheid – enkel gebonden is aan de rentetarieven die de lender of record hanteert (ervan uitgaande dat de lender of record nog actief is), en dat dit zou moeten betekenen dat de verkrijgende partij, ongeacht of de cessie is meegedeeld bij de uitoefening van het haar toekomstige renteherzieningsrecht, gebonden is aan de door de lender of record gehanteerde rentetarieven.<sup>12</sup> Een andere uitkomst zou betekenen dat een kredietnemer die – naar mag worden aangenomen – bewust voor een bepaalde kredietverstrekker kiest niet alleen buiten zijn macht en zonder dat hij daarop enige invloed kan uitoefenen, geconfronteerd kan worden met een andere partij als schuldeiser, maar ook met het (rente)beleid van die andere schuldeiser.

Interessant is in dit kader ook hoe het oordeel van de Hoge Raad zich verhoudt met de eensporig-rentebeleidregel ex art. 81a van het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (Bgfo). Op grond van de eensporig-rentebeleidregel moet een aanbieder van hypothecair krediet voor consumenten dezelfde debetrentevoet hanteren bij dezelfde rentevastperiode als voor nieuwe en bestaande kredietnemers bij een vergelijkbaar risicoprofiel.<sup>13</sup> Omdat ook de verkrijgende partij van de vorderingen op grond van de Wft als vergunningplichtige aanbieder van krediet kwalificeert, geldt de eensporig-rentebeleidregel in beginsel ook voor haar. Dat is niet het geval als de verkrijgende partij gebruik maakt van de 'securiti-

12. Vgl. in deze zin Rongen 2011, nr. 1025. Rongen lijkt zijn standpunt te hebben herzien en is nu samen met Lieveer van mening dat zodra mededeling heeft plaatsgevonden de verkrijgende partij niet langer meer gebonden is aan de rentetarieven die de oorspronkelijke kredietverstrekker hanteert (zie de noot van C.W.M. Lieveer en M.H.E. Rongen onder dit arrest, *Ondernemingsrecht* 2020/136, par 3.4).

13. *Stb.* 2012, 695, p. 38.



satievrijstelling' op grond van art. 3 Vrijstellingsregeling Wft. Op grond van deze bepaling is een onderneming die vorderingen verkrijgt uit hoofde van een kredietovereenkomst – ongeacht of het stille of openbare cessie betreft – vrijgesteld van de vergunningplicht en van het bepaalde in het Deel Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft, waaronder de eensporig-rentebeleidregel, indien het beheer en de uitvoering van de vorderingen zijn uitbesteed aan een kredietbeheerder.<sup>14</sup>

Worden het beheer en de uitvoering van de vorderingen gedaan door een kredietbeheerder, dan is de verkrijgende partij dus niet onderworpen aan de in het Deel Gedragstoezicht Wft neergelegde gedragsregels en -normen en dus ook niet aan de eensporig-rentebeleidregel. Daarbij maakt het niet uit of de vorderingen stil of openbaar zijn gecedeerd. De overdragende partij blijft echter de aanbieder (lender of record) en moet dus wel voldoen aan de eensporig-rentebeleidregel, en moet zowel bestaande als nieuwe kredietnemers dezelfde debetrentevoet aanbieden. Het verhoudt zich ook niet met de eensporig-rentebeleidregel dat onderscheid zou worden gemaakt in de rentestelling voor kredietnemers, afhankelijk van aan welke onderneming de vorderingen (stil of openbaar) zijn overgedragen.

Dit is ook in lijn met de wens van de AFM. De AFM acht de invloed van investeerders op de rentevaststelling onwenselijk en heeft de minister in 2016 al verzocht om de mogelijkheden te onderzoeken om waarborgen op te nemen voor hypotheek gefinancierd door investeerders.<sup>15</sup> De AFM vreest dat door mogelijke toekomstige ontwikkelingen, zoals krimpende marges op de investeringen in hypotheek, de belangstelling van investeerders kan verdwijnen en zij door verhoging bij renteherziening zullen proberen om klanten te ontmoedigen bij deze aanbieder te blijven. De AFM neemt nu in voorkomend geval bij vergunningverlening voorschriften op om partijen te attenderen op hun plicht tot zorgvuldig handelen en om het risico op deze hoge rentes te adresseren.

De zorgplicht van de overdragende partij gaat, zoals de Hoge Raad oordeelt, bij overdracht niet over naar de verkrijgende partij en daarmee in onze ogen ook niet de regel van het eensporig-rentebeleid.<sup>16</sup> Wij menen echter wel dat de inhoud van de vordering beperkt wordt door de eensporig-rentebeleidregel die van toepassing is op de lender of record. Daarmee gaat de vordering met de aldus beperkte inhoud over naar de verkrijgende partij en dient deze (als het al niet door de redelijkheid en billijkheid wordt beperkt; zie hierboven) rekening

te houden met de eensporig-rentebeleidregel die op de overdragende partij van toepassing is.

In voorkomend geval is de 'securitisatievrijstelling' echter niet van toepassing. Bijvoorbeeld als de vorderingen niet worden beheerd en uitgevoerd door een kredietbeheerder. In dat geval is de verkrijgende partij niet alleen vergunningplichtig, maar rust op haar ook een eigen verplichting om te voldoen aan de eensporig-rentebeleidregel. Datzelfde geldt ook als er geen sprake is van cessie, maar van contractsovername, waarop de securitisatievrijstelling niet van toepassing is.<sup>17</sup> In geval van contractsovername is de overdragende partij, de oorspronkelijke kredietverstrekker, niet langer de aanbieder van de overgedragen kredietovereenkomsten en daarmee 'ontslagen' van de eensporig-rentebeleidregel. In geval van cessie waarbij de 'securitisatievrijstelling' niet van toepassing is, is de eensporig-rentebeleidregel strikt genomen zowel op de overdragende partij als op de verkrijgende partij van toepassing.

Vraag is dan wel hoe de eensporig-rentebeleidregel uitpakt. De overdragende partij (de oorspronkelijke kredietverstrekker) blijft de adressant van de eensporig-rentebeleidregel en moet nieuwe en bestaande kredietnemers dezelfde debetrentevoet aanbieden (bij dezelfde rentevastperiode en hetzelfde risico-profiel). Zij mag daarbij geen onderscheid maken naar de achterliggende verkrijgende partijen. Voor de overdragende partij verandert er derhalve niets.

En hoe zit het met de eensporig-rentebeleidregel en de verkrijgende partij? Is deze regel naar de letter van de wet beperkt tot de plicht tot gelijke behandeling van nieuwe en bestaande kredietnemers van de verkrijgende partij, en derhalve alleen van toepassing als de verkrijgende partij ook zelf nieuwe productie doet, zoals Lieverse en Rongen betogen,<sup>18</sup> of is de plicht uitgebreider en strekt deze tot gelijke behandeling van nieuwe en bestaande kredietnemers van zowel de verkrijgende als de overdragende partij (lender of record)? Wij menen ook dat ingeval de vrijstelling niet van toepassing is en de verkrijgende partij eigen verplichtingen heeft onder de eensporig-rentebeleidregel, de inhoud van de vordering beperkt wordt door de eensporig-rentebeleidregel van de overdragende partij (lender of record). Daarmee gaat de vordering met de aldus beperkte inhoud over naar de verkrijgende partij (dan wel brengen de redelijkheid en billijkheid die de rechtsbetrekking tussen de kredietnemer en de verkrijgende partij beheersen mee dat deze verkrijgende partij zich dient te schikken naar hetgeen op basis van de eensporig-rentebeleidregel van de redelijk handelende overdragende partij kan worden verwacht). De verkrijgende partij dient dan eveneens rekening te houden met het (eensporig) rentebeleid van de overdragende

14. Art. 3 en 43 lid 4 Vrijstellingsregeling Wft. Zie voor de achtergronden en voorwaarden van de 'securitisatievrijstelling' ook M.H.P. Claassen & J.L. Snijders, De overdracht van vorderingen uit hoofde van kredietovereenkomsten, FR 2020, afl. 4, p. 150 e.v.

15. Zie [www.afm.nl/nl-nl/professionals/nieuws/2016/jul/wetgevingsbrief](http://www.afm.nl/nl-nl/professionals/nieuws/2016/jul/wetgevingsbrief).

16. Waarbij wij nog opmerken dat de eensporig-rentebeleidregel is gebaseerd op art. 4:25 Wft, dat ziet op zorgvuldige dienstverlening aan consumenten.

17. In de markt werd wel aangenomen dat de 'securitisatievrijstelling' ook van toepassing zou zijn in geval van contractsovername. De minister heeft echter met de consultatie van 24 december 2019 van de wijziging van art. 3 Vrijstellingsregeling Wft buiten twijfel gesteld dat bij contractsovername de verkrijgende partij volledig dient te voldoen aan het op grond van de Wft bepaalde voor aanbieders van krediet.

18. Lieverse & Rongen 2020, par. 3.4.

partij, ongeacht of sprake is van stille of openbare cessie. Zie voor een andere opvatting Lieverse en Rongen, die menen dat alleen bij stille cessie het rentebeleid van de verkrijgende partij afgestemd moet zijn op dat van de overdragende partij.<sup>19</sup>

Hoe het ook zij, als de regel van het eensporig rentebeleid nog van toepassing is op de overdragende partij (lender of record) en het renteherzieningsrecht is overgegaan op de verkrijgende partij, dan is de oorspronkelijke kredietverstrekker mogelijk aansprakelijk voor het rentevershil richting de kredietnemer dat is ontstaan als gevolg van een renteverhoging door de verkrijgende partij die niet met dit eensporig rentebeleid in lijn is.

Wil de oorspronkelijke kredietverstrekker controle behouden over het rentebeleid – hetgeen in ieder geval ook de AFM wenselijk vindt –, dan is het raadzaam bij de overdracht van de vordering vast te leggen dat het renteherzieningsrecht bij de overdragende partij blijft. De overdragende partij kan immers uitsluiting van overgang van bepaalde nevenrechten bedingen.<sup>20</sup> Wij menen dat dit ook geldt voor het renteherzieningsrecht. We kunnen ons ook voorstellen dat partijen zekerheids-halve (voor als de overgang van het renteherzieningsrecht niet is uit te sluiten) afspreken, zowel in geval van stille cessie als in geval van openbare cessie, dat de verkrijgende partij het rentebeleid afstemt op dat van de overdragende partij.

### 5.2 *Praktijkvoorbeeld: negatieve Euribor*

*Een andere interessante vraag in dit verband is wie (de overdragende partij of de verkrijgende partij) de verplichting heeft om negatieve rente te betalen aan de debiteur/kredietnemer bij (hypothecaire) leningsovereenkomsten waarin een variabel rentepercentage gelijk aan Euribor (of andere rentebenchmark) is overeengekomen zonder ondergrens (tegenwoordig wordt voor dergelijke variabele rentes een ondergrens opgenomen, bijvoorbeeld nul) en zonder dat vooraf een voorziening is getroffen voor een scenario waarin die variabele rente negatief wordt.*

Uit een uitspraak van de Geschillencommissie van het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid) volgt dat in de verhouding tussen de kredietnemer en de kredietverstrekker laatstgenoemde toch gehouden is om de negatieve rente te vergoeden, ook al kent de kredietovereenkomst geen (expliciete) bepaling dat de kredietverstrekker negatieve rente moet vergoeden.<sup>21</sup> Het variabele karakter van de koppeling van het verschuldigde rentepercentage aan Euribor is speculatief voor zowel de bank als de consument. Door consumenten geen

negatieve rente, maar anderzijds ook geen beperkingen te vergoeden verstoort de kredietverstrekker een evenwicht op een manier die alleen ten nadele van de consument uitvalt, zonder dat hij daar een bevoegdheid voor heeft, aldus de Geschillencommissie. Op grond hiervan overweegt de Geschillencommissie dat een redelijke uitleg van de overeenkomst met zich meebrengt dat de kredietverstrekker de negatieve rente dient te vergoeden.<sup>22</sup>

Het is de vraag op welke partij de verplichting tot vergoeding van negatieve rente rust in het geval de vordering door cessie is overgegaan naar de verkrijgende partij. Die vraag zal met name spelen in transacties waarin bij het aangaan van die transacties de mogelijkheid (van het vergoeden) van negatieve rente niet was voorzien en geen enkele bepaling hieromtrent is opgenomen.

Een vordering uit hoofde van lening gaat op de verkrijgende partij over zoals zij bij de overdragende partij bestond, inclusief de aan die vordering verbonden (neven)rechten en verplichtingen (art. 6:142 en 6:144 BW), zoals de Hoge Raad in r.o. 2.10 vaststelt.

Vraag is dus of de (impliciete) betalingsverplichting om negatieve rente te vergoeden als nevenverplichting in de zin van art. 6:144 BW door de cessie is overgegaan naar de verkrijgende partij. Het is in onze ogen goed verdedigbaar dat een zodanig onverbreekelijk verband bestaat tussen de hoofdvordering, het recht op rente dat als nevenrecht mee overgaat en deze verplichting om negatieve rente te betalen, dat hier sprake is van een nevenverplichting in de zin van art. 6:144 BW en dat die nevenverplichting dus is komen te rusten op de verkrijgende partij.

Complicerende factor is nog dat – in een normaal geval, bij een positieve rente – de rentevordering van de kredietverstrekker weliswaar overgaat naar de verkrijgende partij, maar bij stille cessie de overdragende partij inningsbevoegd blijft. Als de overdragende partij vervolgens uit dien hoofde de (rente)vordering int, dient zij vervolgens het geïnde af te dragen aan de verkrijgende partij. Hoe dan om te gaan met een (omgekeerde) betalingsverplichting van de verkrijgende partij ten aanzien van negatieve rente? Voorstelbaar is dat de geldstromen dan zouden moeten omdraaien, in die zin dat de inningsbevoegdheid van de overdragende partij omslaat in een verplichting om de negatieve rente te vergoeden, en de

19. Lieverse & Rongen 2020, par. 3.4. Nu investeerders in de praktijk graag zien dat het renteherzieningsrecht zonder enige beperking door de verkrijgende partij kan worden uitgeoefend, en a fortiori indien mededeling is gedaan van de cessie, zal uiteindelijk de wetgever of rechter hierover uitsluitsel moeten geven.

20. Rongen 2011, nr. 1268.

21. Kifid (Geschillencommissie) 31 maart 2016, JOR 2016/133 m.n. Rongen.

22. In de uitspraak heeft de Geschillencommissie vastgesteld dat de kredietverstrekker noch gesteld, noch aannemelijk gemaakt heeft dat hij financieel nadeel zou kunnen ondervinden van een verplichting om negatieve rente te vergoeden. Hieruit zou kunnen worden opgemaakt dat als de kredietverstrekker dit wel had gesteld en had kunnen aantonen dat hij financieel nadeel ondervond, de Geschillencommissie dit dan bij de redelijke uitleg van de overeenkomst had meegewogen. Zo zou hebben kunnen meespelen dat de kredietverstrekker ten opzichte van zijn investeerder gebonden is aan een 'zero floor', aldus Rongen in zijn noot onder de uitspraak van de Geschillencommissie. Wij vragen ons echter af of in rechte deze eventuele mismatch in het nadeel van de consument zou worden uitgelegd.

verkrijgende partij op haar beurt verplicht is om die negatieve rente aan de overdragende partij te voldoen.<sup>23</sup> Ervan uitgaande dat de verkrijgende partij ook steeds bevoegd zou blijven om de negatieve rente rechtstreeks aan de kredietnemer te vergoeden, is deze omgekeerde situatie ook in lijn met art. 6:144 BW, waaruit volgt dat de overdragende partij instaat voor de nevenverplichtingen van de verkrijgende partij.

Overigens wordt bij veel financieringsconstructies doorgaans gewerkt met een zogenaamde stichting ontvangsten, waaraan de kredietnemer (op instructie van de kredietverstrekker) zijn betalingsverplichtingen onder de kredietovereenkomst bevrijdend kan voldoen, ongeacht of de vordering (stil) is geceërd.<sup>24</sup> Een 'omgekeerde' verplichting om negatieve rente te vergoeden zou in dat geval kunnen worden verwerkt in de transactiedocumentatie van de stichting, waarbij in onze ogen het uitgangspunt zou moeten zijn dat een dergelijke betaling, in de verhouding tussen de stichting, de overdragende partij en de verkrijgende partij (en de tussen hen geldende verdeelsleutels), in rang zou moeten voorgaan ten opzichte van alle andere betalingsverplichtingen van de stichting, en dat (bijvoorbeeld) desnoods ontvangen aflossingen kunnen worden aangewend om de negatieve rente te kunnen voldoen aan de kredietnemer.

### 5.3 *Praktijkvoorbeeld: COVID-19-gerelateerde payment holidays en uitstel van executie*

*Door de overheid is gestimuleerd dat hypothecaire kredietverstrekkers coulant met hun klanten zouden omgaan wanneer deze als gevolg van de COVID-19-maatregelen niet (volledig) konden voldoen aan hun aflossingsverplichtingen.<sup>25</sup> Diverse grootbanken hebben in dit kader toegestaan dat kredietnemers drie maanden hun aflossingsverplichtingen opschorten (een zogenaamde 'payment*

*holiday*').<sup>26</sup> Deze betaalpauze is in de meeste gevallen geëffectueerd als betalingsregeling. Als de vordering uit hoofde van het krediet door middel van cessie is overgedragen, bij wie ligt dan de bevoegdheid om een (dergelijke) betalingsregeling aan te gaan? Daarnaast heeft het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties er, in overleg met de Nederlandse Vereniging van Banken, het Verbond van Verzekeraars, Nationale Hypotheekgarantie en Vereniging Eigen Huis, op aangedrongen dat hypothecaire kredietverstrekkers in bepaalde perioden niet tot uitwinning overgaan.<sup>27</sup>

In de Promontoria-arresten komt de vraag welke zorgplicht ná cessie van de vordering bij de oorspronkelijke kredietverstrekker achterblijft niet aan de orde. De vierde prejudiciële vraag raakt hier zijdelings aan.<sup>28</sup> Als gezegd beantwoordt de Hoge Raad deze vraag niet, omdat Van Lanschot geen partij is bij de procedure en het antwoord niet nodig is om op de vorderingen van Alegre/Immobile tegen Promontoria te beslissen. In de praktijk is deze vraag echter wel degelijk relevant, onder andere bij het bovenstaande praktijkvoorbeeld, nu het *vanuit het belang van de kredietnemer* toestaan van betaalpauzes en/of uitstellen van de executie van het hypotheekrecht naar onze mening juist die zorgplicht kunnen raken.<sup>29</sup>

Hierbij speelt onder meer mee dat:

- a. de lender of record de (enige) contractspartij en doorgaans ook het enige aanspreekpunt van de kredietnemer blijft voor wat betreft de kredietovereenkomst en de uit hoofde daarvan te verrichten betalingen;
- b. wanneer het krediet aan consumenten betreft, de lender of record, ongeacht de eventuele kwalificatie van de verkrijger als aanbieder, in de praktijk – in elk geval feitelijk – adressant blijft van bijvoorbeeld nieuwe relevante wet- en regelgeving en het door de AFM uitgevoerde toezicht en in dat kader de eventuele aanwijzingen, richtlijnen of handhavingsacties zal moeten opvolgen. Dit geldt ook voor het onderhavige verzoek van overheidswege om alle COVID-19-gerelateerde uitwinningen voor bepaalde tijd uit te stellen.

23. Waarbij weer een interessante vraag op zich is welke rangorde een dergelijke vordering heeft in het geval van een faillissement van de verkrijgende partij, zowel voor de situatie dat de verplichting reeds bestond op datum faillissement als de situatie dat de verplichting is ontstaan na datum faillissement.

24. Doel hiervan is enerzijds het afscheiden van de ontvangsten van het vermogen van de overdragende partij ten behoeve van de verkrijgende partij(en) waarvoor de overdragende partij als inningsbevoegde betalingen ontvangt, en anderzijds het scheppen van continuïteit (en daarmee het verkleinen van de kans dat betalingen op de verkeerde rekening terecht komen) van de rekening waarop de kredietnemer zijn betalingsverplichtingen dient te voldoen vóór en na cessie van de kredietvordering.

25. De Nederlandse overheid greep daarmee minder dwingend in dan de Duitse wetgever, die bij wet van 27 maart 2020 (Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht) ten aanzien van consumentenkrediet heeft bepaald dat de kredietnemers die in de eerste maanden van de COVID-19-crisis in betaalproblemen zijn geraakt, recht hebben op een automatische betaalpauze van drie maanden, wat – behoudens andere afspraken tussen de kredietverstrekker en -nemer – leidt tot een verlenging van de looptijd van het krediet.

26. Wij verwijzen naar het uitgebreide artikel van M. van der Weide, De consequenties van een uitstel van betaling onder hypotheekleningen voor RMBS transacties, Ondernemingsrecht 2020/79, voor een beschrijving van de impact die deze betaalpauze kan hebben voor RMBS-securitisatietransacties.

27. Zie [www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2020/04/07/geengedwongen-verkopen-van-huizen-gedurende-coronacrisis](http://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2020/04/07/geengedwongen-verkopen-van-huizen-gedurende-coronacrisis). Overigens versimpelen we dit voorbeeld enigszins, nu het aandrigen mede inhield een verzoek aan de hypothecaire kredietverstrekkers tot het mede onder tekenen van een verklaring waarin zij bevestigden in beginsel gedurende die periode niet tot uitwinning over te gaan.

28. In die zin dat deze aan de orde stelt welke rechten de kredietnemer ten opzichte van de overdragende kredietverstrekker kan uitoefenen, indien het handelen van de verkrijgende partij afwijkt van wat zou mogen worden verwacht van een bank op grond van de voor een bank geldende publiekrechtelijke regels en de op de bank rustende zorgplicht.

29. Waarbij uiteraard meespeelt in hoeverre het de kredietverstrekker zelf zou vrijstaan om van het (dringende) advies af te wijken.



Anders dan bij contractsovername, waarbij de verkrijgende partij als (nieuwe) lender of record alle rechten en verplichtingen uit de kredietovereenkomst overneemt en de oorspronkelijke kredietverstrekker van die positie is ontheven, blijft bij cessie de contractuele relatie tussen de oorspronkelijke kredietverstrekker en de kredietnemer in stand. Algemeen wordt in geval van cessie aangenomen dat rechten die niet specifiek verbonden zijn aan de vordering maar betrekking hebben op de gehele rechtsverhouding, bij de overdragende partij achterblijven. Op deze grond blijven wilsrechten, zoals de bevoegdheid tot vernietiging of ontbinding van de kredietovereenkomst, achter bij de oorspronkelijke kredietverstrekker.<sup>30</sup> Aan de vordering verbonden rechten die van belang zijn voor de uitoefening en inning van de vordering en die de inhoud en het bestaan van de vordering bepalen (bijvoorbeeld het verlenen van finale kwijting alsmede het treffen van een afbetalingsregeling), komen de rechthebbende van de vordering toe en gaan dus als nevenrecht bij de overdracht van de vordering over naar de verkrijgende partij.<sup>31</sup> Op basis hiervan kan worden aangenomen dat de bevoegdheden die relevant zijn in dit praktijkvoorbeeld (het overeenkomen van een betaalpauze en het uitstellen van executie) als gevolg van de cessie zijn overgegaan op de verkrijgende partij, en dat de oorspronkelijke kredietverstrekker (zonder volmacht) hiertoe niet langer bevoegd is.

Wij zagen hierboven dat uit de onderhavige arresten blijkt dat de zorgplicht van de oorspronkelijke kredietverstrekker niet als nevenrecht van de vordering of aan de vordering verbonden verplichting (in de zin van art. 6:144 BW) mee overgaat naar de verkrijgende partij. Hoogstens is de inhoud van de vordering beperkt<sup>32</sup> door de zorgplicht die rust op de oorspronkelijke kredietverstrekker, en kan op de verkrijgende partij op grond van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW) een eigen zorgplicht rusten.

Dit betekent wat ons betreft echter niet dat de oorspronkelijke kredietverstrekker helemaal geen zorgplicht meer heeft ten aanzien van de schuldeisersbevoegdheden die overgegaan zijn naar (en alleen maar kunnen worden uitgeoefend door of namens) de verkrijgende partij. De oorspronkelijke kredietverstrekker zal in onze ogen uit hoofde van zijn eigen contractue-

le zorgplicht alsmede de zorgplicht die voortvloeit uit de eventuele publiekrechtelijke regels over de belangen van de kredietnemer moeten blijven waken. Een schending van die zorgplicht kan een grond vormen om de oorspronkelijke kredietverstrekker aan te spreken op grond van wanprestatie of onrechtmatige daad.<sup>33</sup> De oorspronkelijke kredietverstrekker is mogelijk aansprakelijk voor de schade die het gevolg is van het handelen van een verkrijgende partij die niet deugdelijk beheert. Lieveise en Rongen zijn van mening dat de overdragende partij geen zorgplicht heeft ten aanzien van de schuldeisersbevoegdheden die overgegaan zijn naar de verkrijgende partij anders dan de zorgplicht van de overdragende partij bij het zich ervan verzekeren dat de verkrijgende partij alle vereiste vergunningen bezit en/of de kredietvordering(en) op een wijze beheert die de belangen van de kredietnemer in voldoende mate waarborgt.<sup>34</sup> Een andere opvatting zou volgens Rongen een maatschappelijk onwenselijk resultaat zijn, en zou het economisch verkeer belemmeren en een groot aansprakelijkheidsrisico meebrengen met betrekking tot toekomstige gedragingen van de verkrijgende partij waarop zij geen of nauwelijks invloed kan uitoefenen en die ten tijde van de cessie voor de overdragende partij ook niet voorzienbaar zijn.<sup>35</sup> Wij menen met Lieveise en Rongen dat de oorspronkelijke kredietverstrekker/lender of record uiteindelijk niet de aansprakelijkheid zou moeten dragen. Wij zijn echter ook van mening dat de kredietnemer niet in een slechtere positie zou mogen komen te verkeren als gevolg van een overdracht van een kredietvordering ten opzichte van de hypothetische situatie dat de kredietvordering niet zou zijn overgedragen.<sup>36</sup> Als de kredietnemer dat kan aantonen, dan is er ons inziens ruimte voor een schadevordering jegens de oorspronkelijke kredietverstrekker als de verkrijgende partij niet deugdelijk beheert. De verkrijgende partij kan ons inziens dan ook worden aangesproken, maar de oorspronkelijke kredietgever staat hier als het ware voor in (vergelijkbaar met art. 6:144 BW, met dien verstande dat dit artikel nu juist niet van toepassing is, aangezien er geen sprake is van een 'overgegene' verplichting in

30. In dit kader dient de opzegging van de kredietovereenkomst door de lender of record ter beëindiging van de contractuele relatie te worden onderscheiden van de opzegging van het krediet door de verkrijgende partij om de vordering opeisbaar te maken.

31. De pandhouder is in die zin slechter af dan de cessionaris. In geval van afstand van een pandrecht heeft de Hoge Raad geoordeeld, onder verwijzing naar art. 3:246 BW en de parlementaire geschiedenis, dat de pandgever bevoegd is tot het doen van afstand van een vorderingsrecht. Zie HR 21 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:415, NJ 2015/82 m.nt. H.J. Snijders (IAE/Neo-River). Het is een bewuste keuze van de wetgever geweest dat deze bevoegdheden bij de pandgever behoren te blijven, nu deze zijn rechten en belangen diepgaand treffen en de pandhouder slechts in het verpande is geïnteresseerd, voor zover dit hem zijn vordering waarborgt, aldus de Hoge Raad.

32. We gaan er hierbij dus van uit dat ook ontwikkelingen die plaatsvinden ná de cessie, maar betrekking hebben op de vordering de inhoud daarvan kunnen beperken.

33. Vgl. ook K. Vreemann & M. Huizingh, Overdracht van een kredietportefeuille en de bancaire zorgplicht, FIP 2019, afl. 3, p. 34.

34. Lieveise & Rongen 2020, par. 3.5. Mogelijk strenger: A-G Hartlief in randnr's 4.151-4.156 en 5.9 van zijn conclusies voor de Promontoria-arresten, die overigens een heel mooi overzicht geven van de stand van zaken rondom de overdracht van kredietvorderingen en daarop betrekking hebbende regelingen. In dit kader trekt J.W.A. Biemans in zijn noot onder deze arresten in JOR 2020/267, voor wat betreft de zorgplicht van de overdragende kredietverstrekker, een vergelijking met de beëindiging van een kredietrelatie van een bank.

35. M.H.E. Rongen, De overdraagbaarheid van kredietvorderingen van banken aan niet-banken, FIP 2020, afl. 1, p. 39.

36. Dit is uiteraard anders indien de kredietnemer welbewust en volledig geïnformeerd is over de persoon van de verkrijgende partij en de voorwaarden van de overneming, en vervolgens instemt met de overneming, maar dat is bij cessie meestal niet het geval (vgl. Vreemann & Huizingh 2019, p. 34). Men kan uiteraard debatteren over wat in een voorkomend geval is aan te merken als een 'slechtere positie', zeker wanneer het gaat om rechten en bevoegdheden die de overdragende partij wel toekwamen, maar uit coulancoverwegingen niet door haar zijn uitgeoefend en door de verkrijgende partij juist wel. De Hoge Raad lijkt in de Promontoria-arresten te oordelen dat dit risico bij de kredietnemer ligt. Daar valt op zichzelf iets voor te zeggen, zeker als het maatwerk betreft.

de zin van dat artikel). Spreekt de kredietnemer echter de oorspronkelijke kredietverstrekker aan, dan zou er ruimte moeten zijn voor de oorspronkelijke kredietverstrekker om zich vervolgens te kunnen verhalen op de verkrijgende partij (die immers de enige economische belanghebbende is bij de overgedragen vordering), tenzij dit uitdrukkelijk is uitgesloten in de onderliggende verhouding.<sup>37</sup>

Volgens Lieverse en Rongen heeft de oorspronkelijke kredietverstrekker het zelf in de hand als het beheer van de kredietvordering is uitbesteed aan de oorspronkelijke kredietverstrekker.<sup>38</sup> Dat is ons inziens nog maar de vraag, en ligt aan de afspraken die onderling zijn gemaakt in de serviceovereenkomst, de (reikwijdte van de) volmacht ten aanzien van de schuldeisersbevoegdheden en de instructies die de verkrijgende partij geeft aan de oorspronkelijke kredietverstrekker in zijn hoedanigheid van beheerder van de kredietvordering. Als de instructie afwijkt van wat in het voorkomende geval in het belang van de kredietnemer is (en waartoe de oorspronkelijke kredietgever op basis van zijn zorgplicht jegens die kredietnemer gehouden zou zijn), dan pleegt de oorspronkelijke kredietverstrekker in zijn hoedanigheid van servicer mogelijk wanprestatie jegens de verkrijgende partij in het geval hij toch in het belang van de kredietnemer (en ter naleving van zijn eigen zorgplicht) met die kredietnemer een regeling treft. Vaak wordt wel in dergelijke contracten opgenomen dat de beheerder moet handelen als ware hij zelf rechthebbende van de kredietvordering. Wellicht komt in deze situatie de oorspronkelijke kredietverstrekker er dan wel mee weg door de instructie niet op te volgen, maar wat als het beheer niet wordt uitbesteed of het beheer wordt uitbesteed aan een partij die niet de oorspronkelijke kredietverstrekker is, hetgeen veelvuldig in financieringstransacties voorkomt?

## 6 Afsluiting

Wij menen dat de Hoge Raad met de Promontoria-arresten duidelijkheid heeft gegeven ten aanzien van de overdraagbaarheid van de bancaire vordering (deze is naar haar aard niet onoverdraagbaar) en de positie van de verkrijgende partij ten opzichte van de kredietnemer (ook bij niet-bancaire vorderingen). De zorgplicht van de overdragende partij (lender of record) gaat niet met de vordering over op de verkrijgende partij, maar de inhoud van de gecedeerde vordering kan door die zorgplicht zijn beperkt en bovendien kunnen de redelijkheid en billijkheid die de tussen deze verkrijgende partij en de kredietnemer geldende rechtsverhouding beheersen, meebrengen dat op die verkrijgende partij een eigen zorgplicht rust, die kan inhouden dat zij zich jegens de leningnemer op dezelfde wijze moet gedragen als de (redelijk handelende) overdragende partij.

Door het feit dat Van Lanschot geen partij was bij de onderhavige casus heeft de Hoge Raad geen duidelijk kader gegeven voor wat betreft de positie van de overdragende kredietverstrekker, zowel ten opzichte van de kredietnemer als ten opzichte van de verkrijgende partij. Aan de hand van de praktijkvoorbeelden hebben wij geïllustreerd welke onduidelijkheden er in deze verhoudingen nog spelen en hoe de belangen van de lender of record en de verkrijgende partij op die punten tegenstrijdig kunnen zijn. Binnen dit spanningsveld zou de kredietnemer, die in de regel niet uitdrukkelijk zijn medewerking heeft verleend (hetgeen bij cessie meestal het geval is), in onze ogen niet in een slechtere positie mogen komen te verkeren als gevolg van een overdracht en moeten de rechten en bevoegdheden van de verkrijgende partij in voorkomend geval geacht worden hierdoor te zijn beperkt (al dan niet via een beperking van de inhoud van de vordering of de werking van de redelijkheid en billijkheid). Indien de lender of record – die na de cessie als lender of record en contractspartij van de kredietnemer naar onze mening nog een bepaalde zorgplicht ten opzichte van de kredietnemer behoudt – in dit kader schadeplichtig is vanwege eventuele schendingen van die zorgplicht als gevolg van door of namens de verkrijgende partij verrichte handelingen, dan zou er voor deze lender of record (tenzij partijen anders hebben afgesproken) in beginsel ruimte moeten zijn om zich vervolgens te kunnen verhalen op de verkrijgende partij (die immers de enige economische belanghebbende is bij de overgedragen vordering).

37. Anders: A-G Hartlief in zijn conclusies voor de Promontoria-arresten. Hartlief acht het denkbaar dat de overdragende partij moet waarborgen dat de verkrijgende bank het beheer van de overgedragen vorderingen op een deugdelijke manier zal uitvoeren door bijv. een bepaling daaromtrent op te nemen in de cessieakte (vgl. randnr. 4.160).

38. Lieverse & Rongen 2020, par. 3.5.