

123

Contractoverneming en cessie aan niet-bank

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
21 december 2021, zaaknr. 200.229.613/02,
ECLI:NL:GHSHE:2021:3770
(mr. Rousseau, mr. Molin, mr. Van Campen)
Noot mr. C. Spierings

Contractoverneming. Cessie. Zorgplicht. Algemene Bankvoorwaarden. Beding waarmee consument bij voorbaat toestemming verleent voor contractoverneming is onredelijk bezwarend. Uitzondering in verband met overdracht van onderneming is niet van toepassing. Aard van vorderingsrecht verzet zich niet tegen overdraagbaarheid. Schuldenaar behoudt verweermiddelen tegen cessionaris. Geen bijzondere zorgplicht. Verwijzing naar HR 10 juli 2020, «JOR» 2020/267, m.nt. Biemans (Alegre c.s./ Promontoria). Hoger beroep van Rb. Oost-Brabant 20 september 2017, «JOR» 2018/24, m.nt. Keukens.

[BW art. 6:159 lid 1, 6:236 sub e, 6:2, 6:145]

Art. 6:236 sub e BW bepaalt onder meer dat een beding dat onderdeel uitmaakt van algemene voorwaarden in een overeenkomst met een consument onredelijk bezwarend is wanneer de consument daarbij bij voorbaat toestemming verleent voor contractoverneming. Daarbij is bepaald dat een uitzondering hierop bestaat wanneer sprake is van contractoverneming in verband met de overdracht van een onderneming, waartoe zowel de verplichtingen als de daartegenover bedongen rechten behoren. Art. 36 ABV strekt er mede toe (gedeeltelijke) overdracht van de onderneming van de bank niet te bemoeilijken door te voorkomen dat medewerking van de klant nodig is op het moment van overdracht. Bij de totstandkoming van de ABV hebben echter niet alleen de belangen van de banken maar ook die van de klanten een rol gespeeld. De klanten hebben op voorhand door het accepteren van de algemene voorwaarden medewerking verleend aan

een wijziging van de rechtsverhouding in geval van een (gedeeltelijke) overdracht van onderneming. Zij hebben er belang bij dat de overdracht niet alleen de rechtsverhouding zelf betreft maar zich uitstrekt tot een ondernemingsstructuur waarvan die rechtsverhouding deel uitmaakt, aangezien dit bevordert dat de overnemende partij ook daadwerkelijk in staat is om de verplichtingen die zij van de bank overneemt jegens de klant effectief na te komen. De overdracht van het bij Bijzonder Beheer ondergebrachte pakket zakelijke kredieten valt niet onder een dergelijke (gedeeltelijke) overdracht van onderneming als bedoeld in art. 36 ABV.

Van Lanschot beroept zich erop dat [geïntimeerde] op grond van art. 36 ABV vooraf toestemming heeft verleend, maar zij voert ter onderbouwing onvoldoende feiten en omstandigheden aan. Er is geen sprake van de overdracht van een ondernemingsstructuur, in de zin van een geheel of gedeelte van georganiseerde middelen voor het verrichten van economische activiteiten dat als economische eenheid kan worden beschouwd. De overdracht aan [de Holding BV] betreft slechts een bepaald aantal kredietovereenkomsten, namelijk van klanten met een vastgoedlening die niet voldeden aan de (afbetalings)voorwaarden. Het feit dat contracten activa zijn die deel kunnen uitmaken van een (deel van een) economische eenheid, maakt nog niet dat overdracht van dergelijke activa steeds kan worden aangemerkt als deel van een dergelijke eenheid. Gelet op de omstandigheden van dit geval, waarbij naast de contracten geen andere materiële of immateriële activa zijn overgedragen, valt zonder nadere toelichting niet in te zien waarom de overdracht van deze contracten moet worden beschouwd als overdracht van (een deel van) een onderneming. De omstandigheid dat een deel van de afdeling Bijzonder Beheer van Van Lanschot na de transactie is opgeheven is hierbij niet van doorslaggevend belang. Dit betekent dat de voor contractsoverneming vereiste goedkeuring door [geïntimeerde] niet op voorhand via art. 36 ABV is gegeven.

Voor de beoordeling van de rechtsgeldigheid van de cessie van de vorderingen van Van Lanschot op [geïntimeerde] aan [de Holding BV] is van belang dat in twee zaken van twee andere leningnemers uit de door [de Holding BV] van Van Lanschot overgenomen kredietportefeuille prejudiciële vragen zijn gesteld aan de Hoge Raad. Uit

de door de Hoge Raad gegeven antwoorden (HR 10 juli 2020, «JOR» 2020/267, m.nt. Biemans (Alegre c.s./Promontoria)) is allereerst af te leiden dat de aard van het vorderingsrecht zich niet verzet tegen overdraagbaarheid. Voor zover de bezwaren van [geïntimeerde] tegen het oordeel van de rechtbank zijn terug te voeren op de stelling dat de aard van de persoonlijke relatie van [geïntimeerde] met Van Lanschot zich verzet tegen cessie, falen deze gelet op de beantwoording van de prejudiciële vragen door de Hoge Raad. Op de eerste prejudiciële vraag antwoordt de Hoge Raad dat de aard van een vorderingsrecht van een bank op een cliënt voortvloeiend uit een overeenkomst van geldlening zich er niet tegen verzet dat dit vorderingsrecht door een bank aan een niet-bank wordt overgedragen.

Evenmin slagen de overige bezwaren die [geïntimeerde] naar voren heeft gebracht tegen de rechtsgeldigheid van de cessie. [Geïntimeerde] voert aan dat de vorderingen van Van Lanschot op hem onvoldoende bepaald zijn, maar de omschrijving van de gecedeerde vorderingen op [geïntimeerde] in de notariële akte van 30 september 2015 voldoet aan het bepaaldheidsvereiste ingevolge art. 3:84 lid 2 BW. Een vordering is met voldoende bepaaldheid omschreven als de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vorderingen het gaat. Hieraan is voldaan nu de rechten van Van Lanschot onder de kredietfaciliteit van [geïntimeerde] – zoals ook bevestigd door de betrokken notaris – onderdeel uitmaakten van de overnameovereenkomst tussen Van Lanschot en [de Holding BV] en de akte van 30 september 2015.

[Geïntimeerde] heeft verder onvoldoende concrete feiten en omstandigheden aangevoerd om aan te nemen dat hij als gevolg van de cessie in een verslechterde positie is komen te verkeren, laat staan dat dit in de weg zou staan aan een rechtsgeldige cessie van Van Lanschot aan [de Holding BV]. Gelet op de beantwoording van de prejudiciële vragen door de Hoge Raad over met name de zorgplicht van de niet-bank ten opzichte van de leningnemer na cessie, is zonder bijkomende omstandigheden niet in te zien dat [geïntimeerde] als gevolg van de cessie in een verslechterde positie is komen te verkeren.

Voor [geïntimeerde] geldt dat deze na de cessie jegens [de Holding BV] de verweermiddelen kan inroepen die hij jegens Van Lanschot zou hebben

(art. 6:145 BW). Tevens staan [de Holding BV] en [geïntimeerde] na de cessie jegens elkaar in een rechtsbetrekking die beheerst wordt door de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW). Zoals hierover is geoordeeld, is tegen deze achtergrond, behoudens bijkomende omstandigheden die niet door [geïntimeerde] zijn aangevoerd of anderszins zijn gebleken, geen sprake van een verslechterde positie waarin [geïntimeerde] is komen te verkeren als gevolg van de cessie.

De verhouding tussen de cliënt en de overdragende bank na cessie aan een niet-bank is wel van belang voor de beoordeling door het hof. De reikwijdte van de op Van Lanschot rustende bancaire zorgplicht jegens cliënten is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Daartoe is het in de eerste plaats relevant om te bepalen of [geïntimeerde] beschouwd moet worden als consument dan wel als zakelijke kredietnemer, die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Een andere omstandigheid die medebepalend is voor de reikwijdte van de bancaire zorgplicht betreft de complexiteit van het product. In dit geval gaat het om een verstrekt krediet ter financiering van een vastgoedportefeuille. Bij een dergelijke kredietovereenkomst zijn de risico's overzichtelijk. Er is geen sprake van een ingewikkeld product. Nu het in deze zaak niet gaat om een ingewikkeld product en evenmin om een consument, ziet het hof geen aanleiding om in dit geval uit te gaan van een bijzondere zorgplicht die op Van Lanschot rust. Dit neemt overigens niet weg dat Van Lanschot jegens [geïntimeerde] gehouden is om de zorg te betrachten die voortvloeit uit art. 2 ABV en de wet.

Van Lanschot NV te Amsterdam,
appellante in principaal hoger beroep, geïntimeerde in incidenteel hoger beroep,
advocaat: mr. B.W.G. van der Velden,
tegen
geïntimeerde te Spanje,
geïntimeerde in principaal hoger beroep, appellant in incidenteel hoger beroep,
advocaat: mr. P.H.J. Körver.

(...; red.)

6. De beoordeling

In principaal en incidenteel hoger beroep
6.1. Het gaat in deze zaak om het volgende.

6.1.1. [geïntimeerde] was tot oktober 2017 eigenaar van meerdere verhuurde onroerende zaken in [plaats] en [plaats]. Hij was voor zijn inkomen voor een groot deel afhankelijk van de huurbredingen. In 2008 en 2009 sloot [geïntimeerde] ten behoeve van zijn vastgoedinvesteringen diverse kredietovereenkomsten met Van Lanschot. Van Lanschot verkreeg daarbij hypotheekrechten op de door haar ge(her)financierde huurpanden en pandrechten op de huurbredingen uit die panden.

6.1.2. Vanaf 2009 was [geïntimeerde] niet in staat om de rente en aflossingen op de kredieten bij Van Lanschot volledig te voldoen. Van Lanschot heeft diverse malen uitstel van betaling verleend en ook verhoogde zij de kredietfaciliteit een aantal keren met het bedrag van de achterstand. In november 2011 bracht Van Lanschot daarom de kredietrelatie met [geïntimeerde] onder bij haar afdeling Bijzonder Beheer Vastgoed van Corporate Banking (hierna de afdeling Bijzonder Beheer Vastgoed). Op 18 februari 2015 verleende [geïntimeerde] aan Van Lanschot een notariële volmacht om de huurpanden voor 80% van de marktwaarde te verkopen. Het aan [geïntimeerde] verleende krediet werd door Van Lanschot voor het laatst aangepast bij kredietbrief van 5 juni 2015. In deze kredietbrief werd aan [geïntimeerde] één krediet in rekening-courant verleend met een kredietlimiet van € 4.487.500, waarop [geïntimeerde] vanaf 1 juli 2015 maandelijks € 11.000 per maand moest aflossen. Dit krediet verving alle eerder verstrekte geldleningen, die daarmee werden afgelost.

6.1.3. Op de kredietovereenkomst tussen [geïntimeerde] en Van Lanschot zijn algemene voorwaarden van Van Lanschot van toepassing die gelijkwaardig zijn aan de Algemene Bankvoorwaarden van de Nederlandse Vereniging voor Banken (hierna ABV). Artikel 36 ABV luidt:

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

In de toelichting op de ABV is bij artikel 36 vermeld:

“Wij kunnen onze onderneming (deels) overdragen aan een ander. Ook producten of diensten die u van ons afneemt kunnen mee overgaan. U

wordt dan klant van degene die onze onderneming (deels) overneemt.

Het kan gebeuren dat wij onze onderneming (deels) willen overdragen aan een ander. Mogelijk willen wij dan ook de rechtsverhouding mee overdragen die wij met u hebben uit een overeenkomst met u. U verleent nu alvast uw medewerking hieraan.

Wij geven een voorbeeld: Wij dragen onze activiteiten over aan een andere bank. Dit kan betekenen dat overeenkomsten die wij met u hebben mee overgaan naar die andere bank. U krijgt hiervan een mededeling en wordt dan klant van die andere bank.”

6.1.4. Op 5 augustus 2015 hebben Van Lanschot en [de Holding B.V.] (hierna [de Holding B.V.]) een koop- en verkoopovereenkomst gesloten. Van Lanschot bracht hierover op 6 augustus 2015 een persbericht uit, waarin zij meedeelde: “Van Lanschot heeft een overeenkomst bereikt met een dochter van Cerberus Capital Management LP over de verkoop van een deel van de portefeuille met zakelijke vastgoedleningen. Cerberus neemt een portefeuille met non-performing vastgoedleningen over met een nominale waarde van ruim € 400 miljoen. Met deze stap versnelt Van Lanschot de in 2013 aangekondigde afbouw van de zakelijke kredietportefeuille, die niet langer tot de kernactiviteiten behoort. (...)”

6.1.5. Bij brief van 6 augustus 2015 zond Van Lanschot aan [geïntimeerde] een afschrift van het persbericht en deelde aan [geïntimeerde] mee dat zijn leningen behoorden tot het deel dat aan Cerberus Capital Management (hierna Cerberus) zou worden overgedragen. Bij brief van 25 september 2015 informeerde Van Lanschot [geïntimeerde] dat de naam van de overnemende vennootschap [de Holding B.V.] was en dat het dagelijks beheer van de leningen zou worden uitgevoerd door “Capita”. [de Holding B.V.] is volgens haar website betrokken bij de verwerving van vastgoed. [de Holding B.V.] beschikt op eigen naam niet over vergunningen voor het verlenen van kredieten, maar zij maakt gebruik van een vrijstelling op grond van artikel 3 Vrijstellingsregeling Wft door Capita Banking and Debt Solutions (Netherlands) B.V. (hierna Capita) aan te stellen als beheerder van de door Van Lanschot verkochte kredietportefeuille. Capita, die op 5 augustus 2015 werd opgericht, beschikt over een vergunning voor bemiddeling in hypothecair krediet.

6.1.6. Op 30 september 2015 is tussen Van Lanschot en [de Holding B.V.] de “Amended and Restated sale and purchase agreement” gesloten. Tevens is op die dag een notariële akte gepasseerd, genaamd “Deed of transfer of contract and assignment”. Hierin is onder meer het volgende opgenomen:

“Art. 1.1 (...) *Excluded Counterparty* means the counterparties of the Transferor specified in Schedule 2 (i) in relation to the Hedging Assets where the relevant counterparty has not given its consent to the transfer of such Hedging Asset to the Transferee and (ii) in relation to the Assets where the counterparty has protested against the transfer of such Asset to the Transferee and a competent court of law has ruled such protest to be valid. (...)

Art. 2.1 Transfer of Contract

(a) With effect as of the Closing Date, the Transferor agrees to transfer and hereby transfers to the Transferee by way of transfer of contract (contractoverneming) within the meaning of Section 6:159 of the Dutch Civil Code its legal relationship (rechtsverhouding) under the Transferred Assets vis-à-vis each Counterparty which is expressed to be a party to the relevant Transferred Assets (the *Transfer of Contract*). For the avoidance of doubt, the Transfer of Contract includes the transfer of the rights and obligations of the Transferor vis-à-vis each Counterparty in each of its capacities as referred to in the Transferred Assets (as the case may be).

(b) The Transferee hereby accepts the Transfer of Contract.

(c) With respect to the Transferred Assets relating to it, each Counterparty has pursuant to clause 36 of the General Banking Conditions agreed to the Transfer of Contract and to cooperate with such Transfer of Contract and therefore each Counterparty only needs to be notified of that Transfer of Contract.

(d) The Transferor agrees to transfer and hereby transfers to the Transferee by way of transfer of contract (contractoverneming) within the meaning of Section 6:159 of the Dutch Civil Code its legal relationship (rechtsverhouding) in respect of the Hedging Assets and the Assets vis-à-vis Excluded Counterparties under the condition precedent (opschortende voorwaarde) that either it has become clear that the relevant Excluded Counterparty has provided its consent on (or prior to) the Closing Date, or if the relevant Excluded Coun-

terparty has provided its consent after the Closing Date. Following the satisfaction of the relevant condition precedent, the Transferor and the Transferee shall use their best efforts to ensure that the Transfer of Contract is legally perfected.

(...)

2.3 Assignment

(a) With effect as of the Closing Date, the Transferor agrees to assign and hereby assigns (cedeert) to the Transferee all of the rights and benefits under the Assets (including the rights that result from the Excluded Hedging Assets, as defined in the sub-participation agreement dated on or about the date hereof) (the *Assignment*), which assignment is hereby accepted by the Transferee.

(b) The Parties agree to treat all Assets as if they were legally transferred to the Transferee. The Parties hereto will enter into a sub-participation agreement on or about the date hereof, which agreement will set out in more detail how parties will treat Assets that are not transferred to the Transferee by way of transfer of contract.”

Aan [geïntimeerde] is geen voorafgaande toestemming gevraagd door Van Lanschot voor het aangaan van de transactie met [de Holding B.V.].

6.1.7. Bij brief van 7 oktober 2015 schreef Van Lanschot aan [geïntimeerde] onder meer:

“Met deze brief doen wij, mede namens [de Holding B.V.], mededeling aan u van de cessie en contractoverneming.”

6.1.8. Na totstandkoming van de transactie met [de Holding B.V.] werd de afdeling Bijzonder Beheer Vastgoed van Van Lanschot opgeheven. Aan de zeven medewerkers van die afdeling werd aangeboden bij Capita in dienst te treden, welk aanbod twee medewerkers hebben geaccepteerd. Van Lanschot verzorgt nog het beheer van kredieten aan de resterende klanten met zakelijke vastgoedenleningen die pas na de overdracht in de categorie niet-presterende klanten zijn gaan vallen.

6.1.9. Na de overdracht op 30 september 2015 aan [de Holding B.V.] betaalde [geïntimeerde] noch de verschuldigde rente, noch de overeengekomen aflossingen aan [de Holding B.V.].

6.1.10. Bij brief van 5 april 2016 heeft Capita namens [de Holding B.V.] de kredietovereenkomst met [geïntimeerde] opgezegd.

6.1.11. Bij brief van 11 augustus 2016 deelde Capita aan [geïntimeerde] mee dat Capita namens [de Holding B.V.] een beroep deed op de door Van Lanschot aan [de Holding B.V.] overgedragen pandrechten op de huuropbrengsten omdat [ge-

intimeerde] niet voldeed aan zijn verplichtingen jegens [de Holding B.V.]. Die huuropbrengsten werden sindsdien rechtstreeks aan [de Holding B.V.] betaald.

6.1.12. In oktober 2017 is het onroerend goed van [geïntimeerde] verkocht, waarna een restschuld van circa € 1.100.000,= resteerde.

6.2.1. In de onderhavige procedure heeft [geïntimeerde] in eerste aanleg – verkort weergegeven – gevorderd:

i) de contractsoverneming en de cessie door Van Lanschot aan [de Holding B.V.] primair nietig te verklaren en subsidiair te vernietigen, dan wel meer subsidiair te verklaren voor recht dat die contractsoverneming en cessie onrechtmatig zijn; ii) voor recht te verklaren primair dat Van Lanschot door middel van de contractsoverneming en cessie onrechtmatig jegens [geïntimeerde] heeft gehandeld, en (meer) subsidiair dat Van Lanschot als gevolg van de contractsoverneming dan wel cessie een onrechtmatige daad heeft gepleegd, en,

iii) Van Lanschot te veroordelen tot vergoeding van de door [geïntimeerde] geleden schade vermeerderd met rente, op te maken bij staat, een en ander met veroordeling van Van Lanschot in de kosten van de procedure.

6.2.2. Aan deze vordering heeft [geïntimeerde], kort samengevat, ten grondslag gelegd dat Van Lanschot door het aangaan van de transactie met [de Holding B.V.] in strijd heeft gehandeld met art. 36 ABV omdat zij geen onderneming heeft overgedragen in de zin van art. 36 ABV en in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende zorgplicht.

6.2.3. Van Lanschot heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Het verweer, voor zover in hoger beroep van belang, komt in het navolgende aan de orde.

6.2.4. De rechtbank heeft bij vonnis van 20 september 2017 de primaire vordering onder i) toegewezen in zoverre dat voor recht is verklaard dat de contractsoverneming waarbij Van Lanschot haar rechten en verplichtingen uit de overeenkomst met [geïntimeerde] heeft overgedragen aan [de Holding B.V.], nietig is. De overige vorderingen van [geïntimeerde] zijn afgewezen. Van Lanschot is veroordeeld in de proceskosten.

6.3. Van Lanschot heeft in hoger beroep zeven grieven aangevoerd. Van Lanschot heeft geconcludeerd tot vernietiging van het beroepen vonnis en tot het alsnog integraal afwijzen van de vorderingen van [geïntimeerde] met veroordeling van

[geïntimeerde] in de proceskosten in beide instanties en de nakosten te vermeerderen met wettelijke rente. [geïntimeerde] heeft in principaal hoger beroep verweer gevoerd en hij heeft geconcludeerd tot afwijzing van de grieven. [geïntimeerde] heeft incidenteel hoger beroep ingesteld, daarbij zes grieven aangevoerd en geconcludeerd tot gedeeltelijk vernietigen van het beroepen vonnis. Tevens heeft hij – na wijziging van eis – in incidenteel hoger beroep gevorderd:

i) de contractsoverneming en de cessie door Van Lanschot aan [de Holding B.V.] primair nietig te verklaren en subsidiair te vernietigen, dan wel meer subsidiair te verklaren voor recht dat die contractsoverneming en cessie onrechtmatig zijn; ii) voor recht te verklaren dat Van Lanschot door middel van de contractsoverneming en cessie onrechtmatig jegens [geïntimeerde] heeft gehandeld, dan wel jegens [geïntimeerde] een wanprestatie heeft gepleegd, iii) Van Lanschot te veroordelen tot het betalen van een bedrag van € 300.000,= (voor wat betreft de inroeping van de verpanding der huren), althans een door het hof in goede justitie nader te begroten bedrag,

iii) Van Lanschot te veroordelen tot vergoeding van de door [geïntimeerde] als gevolg van voormelde tekortkomingen geleden schade, op te maken bij staat en te vermeerderen met wettelijke rente, een en ander met veroordeling van Van Lanschot in de kosten van beide instanties. Van Lanschot heeft in incidenteel hoger beroep verweer gevoerd. Van Lanschot heeft geen bezwaar gemaakt tegen de eiswijziging van [geïntimeerde]. Het hof ziet ook geen aanleiding de eiswijziging ambtshalve buiten beschouwing te laten wegens strijd met de goede procesorde. Recht zal worden gedaan op de gewijzigde eis.

6.4. Het hof zal het principaal beroep en het incidenteel beroep hieronder gezamenlijk behandelen.

Contractsoverneming

6.5. Het hof ziet aanleiding om de grieven 1 t/m 4 en grief 6 in principaal hoger beroep gezamenlijk te behandelen. Al deze grieven zien op het oordeel van de rechtbank omtrent de rechtsgeldigheid van de contractsoverneming van de kredietovereenkomst die van Lanschot met [geïntimeerde] is aangegaan. Van Lanschot voert aan dat de vereiste medewerking voor contractsoverneming als bedoeld in art. 6:159 lid 1 BW bij voorbaat is verleend door [geïntimeerde] omdat sprake is van

(gedeeltelijke) overdracht van de onderneming van de bank als omschreven in artikel 36 ABV. [geïntimeerde] betwist dit.

6.6. Meer specifiek draait het om de uitleg van art. 36 ABV in de gegeven omstandigheden. Voor wat betreft de daarbij te hanteren maatstaf voert Van Lanschot aan dat de rechtbank ten onrechte is uitgegaan van een uitleg naar objectieve maatstaven (te weten de cao-norm). Ter toelichting wijst Van Lanschot erop dat het enkele feit dat een overeenkomst ook gevolgen heeft voor anderen dan de partijen die de ABV hebben opgesteld, niet rechtvaardigt een andere maatstaf te hanteren. Er bestaat geen aanleiding de cao-norm toe te passen bij de uitleg van art. 36 ABV, aangezien algemene voorwaarden, zoals de ABV, naar hun aard niet bestemd zijn om de rechtspositie van anderen te beïnvloeden, aldus Van Lanschot.

6.7. De rechtbank heeft in haar vonnis onder rov. 4.2. tot en met 4.6. uiteengezet om welke redenen bij de tekst van art. 36 ABV en de toelichting op dat artikel een uitleg naar objectieve maatstaven moet worden gegeven. In het vonnis is – verkort weergegeven – vermeld dat volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad de zogenoemde Haviltex-formule het uitgangspunt is bij de uitleg van een overeenkomst. Daarbij heeft de rechtbank vermeld dat een uitleg naar objectieve maatstaven moet worden gegeven wanneer het gaat om een overeenkomst waaraan derden gebonden zijn die niet betrokken zijn geweest bij de totstandkoming daarvan, zoals in dit geval de ABV. Tussen deze uitleg naar objectieve maatstaven (de zogenoemde cao-norm) en de subjectieve Haviltex-formule bestaat een vloeiende overgang, aldus de rechtbank. Naar het oordeel van de rechtbank zijn geen omstandigheden aangevoerd die aanknopingspunten bieden voor een subjectieve uitleg. Het hof maakt deze overwegingen van de rechtbank over de uitlegmaatstaf (4.2 tot en met 4.6 in het bestreden vonnis) tot de zijne, en voegt daaraan toe dat Van Lanschot in hoger beroep evenmin omstandigheden heeft aangevoerd die nopen tot het hanteren van een subjectieve uitleg van art. 36 ABV. Het hof heeft hierbij meegewogen dat de uitleg van art. 36 ABV – zoals de rechtbank onder punt 4.6 van haar vonnis terecht heeft overwogen – tevens gevolgen heeft voor derden die (een deel van) de onderneming van een bank overnemen. Ook Van Lanschot zelf stelt zich op het standpunt dat in dit geval toepassing gegeven mag worden aan een geobjectiverde variant van de

Haviltex-maatstaf, waarbij aan de bewoordingen van de regeling, gelezen in het licht van de gehele inhoud van de overeenkomst, in beginsel doorslaggevend gewicht toekomt.

6.8. Vervolgens is aan de orde de door Van Lanschot opgeworpen grief inhoudend dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de contractoverneming door [de Holding B.V.] niet kan worden opgevat als een (gedeeltelijke) overdracht van een deel van de onderneming van Van Lanschot als bedoeld in art. 36 ABV. Ter toelichting wijst Van Lanschot erop dat de rechtbank niet slechts acht had moeten slaan op de tekst van art. 36 ABV. De rechtbank had ook de ratio van art. 36 ABV, de redelijkheid van de uitleg die Van Lanschot voorstaat en de bedoeling van de opstellers van de ABV dienen mee te wegen, aldus Van Lanschot. Het komt volgens Van Lanschot bij de uitleg van art. 36 ABV met name aan op de toelichting op de ABV en de wetsgeschiedenis bij art. 6:236 sub e BW, aangezien de opstellers van de ABV met de formulering van art. 36 ABV bij dit wetsartikel aansluiting hebben gezocht.

Het hof merkt overigens op dat Van Lanschot niet duidelijk maakt waarom hieruit een ander resultaat zou voortvloeien dan uit toepassing van de uitlegmaatstaf waarvan het hof hiervoor onder 6.7. uitgaat.

6.9. Het hof oordeelt verder als volgt. Art. 6:236 sub e BW bepaalt onder meer dat een beding dat onderdeel uitmaakt van algemene voorwaarden in een overeenkomst met een consument onredelijk bezwarend is wanneer de consument daarbij bij voorbaat toestemming verleent voor contractoverneming. Daarbij is bepaald dat een uitzondering hierop bestaat wanneer sprake is van contractoverneming in verband met de overdracht van een onderneming, waartoe zowel de verplichtingen als de daartegenover bedongen rechten behoren. Het hof gaat er met Van Lanschot van uit dat art. 36 ABV er mede toe strekt (gedeeltelijke) overdracht van de onderneming van de bank niet te bemoeilijken door te voorkomen dat medewerking van de klant nodig is op het moment van overdracht. Bij de totstandkoming van de ABV hebben echter niet alleen de belangen van de banken maar ook die van de klanten een rol gespeeld. De klanten hebben op voorhand door het accepteren van de algemene voorwaarden medewerking verleend aan een wijziging van de rechtsverhouding in geval van een (gedeeltelijke) overdracht van onderneming. Zij

hebben er belang bij dat de overdracht niet alleen de rechtsverhouding zelf betreft maar zich uitstrekt tot een ondernemingsstructuur waarvan die rechtsverhouding deel uitmaakt, aangezien dit bevordert dat de overnemende partij ook daadwerkelijk in staat is om de verplichtingen die hij van de bank overneemt jegens de klant effectief na te komen. De overdracht van het bij Bijzonder Beheer ondergebrachte pakket zakelijke kredieten valt naar het oordeel van het hof niet onder een dergelijke (gedeeltelijke) overdracht van onderneming als bedoeld in art. 36 ABV. Daartoe overweegt het hof als volgt.

6.10. Van Lanschot beroept zich erop dat [geïntimeerde] op grond van artikel 36 ABV vooraf toestemming heeft verleend, maar zij voert ter onderbouwing onvoldoende feiten en omstandigheden aan. Er is geen sprake van de overdracht van een ondernemingsstructuur, in de zin van een geheel of gedeelte van georganiseerde middelen voor het verrichten van economische activiteiten dat als economische eenheid kan worden beschouwd. De overdracht aan [de Holding B.V.] betreft slechts een bepaald aantal kredietovereenkomsten, namelijk van klanten met een vastgoedlening die niet voldeden aan de (afbetalings) voorwaarden. Het feit dat contracten activa zijn die deel kunnen uitmaken van een (deel van een) economische eenheid, maakt nog niet dat overdracht van dergelijke activa steeds kan worden aangemerkt als deel van een dergelijke eenheid. Gelet op de omstandigheden van dit geval, waarbij naast de contracten geen andere materiële of immateriële activa zijn overgedragen, valt zonder nadere toelichting – die Van Lanschot niet heeft gegeven – niet in te zien waarom de overdracht van deze contracten moet worden beschouwd als overdracht van (een deel van) een onderneming. De omstandigheid dat een deel van de afdeling Bijzonder Beheer van Van Lanschot na de transactie is opgeheven acht het hof hierbij niet van doorslaggevend belang. Dit betekent dat de voor contractsovername vereiste goedkeuring door [geïntimeerde] niet op voorhand via art. 36 ABV is gegeven.

6.11. Het hof volgt Van Lanschot evenmin in haar stelling dat [geïntimeerde] achteraf medewerking heeft verleend aan contractsovername. Van Lanschot voert daartoe aan dat deze medewerking volgt uit de gedragingen van [geïntimeerde] na datum van de overdracht, te weten na 30 september 2015. Zo heeft [geïntimeerde] overleg ge-

voerd met [de Holding B.V.], facturen toegezonden aan [de Holding B.V.] en na een gevoerde procedure ingestemd met onderhandse verkoop van met een hypotheekrecht belaste onroerende zaken, aldus Van Lanschot. Deze omstandigheden zijn onvoldoende om te kwalificeren als het achteraf verlenen van medewerking aan de contractsovername. Daartoe is redengevend dat [geïntimeerde] na de schriftelijke mededeling bij brief van 7 oktober 2015 over de transactie met [de Holding B.V.] op 22 november 2016 Van Lanschot heeft betrokken in de onderhavige bodemprocedure, terwijl hij zich daarnaast ook blijkens diverse kort gedingprocedures heeft verzet tegen de gang van zaken. Tegen deze achtergrond en gelet op de omstandigheid dat [geïntimeerde] zich na de transactie van Van Lanschot met [de Holding B.V.] in een afhankelijke positie bevond en feitelijk moest accepteren dat [de Holding B.V.] zich als contractspartij manifesteerde, kan uit de gedragingen van [geïntimeerde] – zoals door Van Lanschot aangevoerd – niet worden afgeleid dat hij vrijwillig medewerking verleende aan de contractsovername.

6.12. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat bij gebreke van verleende toestemming van de zijde van [geïntimeerde] zoals vereist op grond van art. 6:159 lid 1 BW geen sprake is van rechtsgeldige contractsovername. Grieven 1 tot en met 4 in principaal hoger beroep falen. Ook grief 6 in principaal beroep faalt, aangezien [geïntimeerde] bij afwezigheid van een rechtsgeldige contractsovername recht en belang houdt bij het aanspreken van Van Lanschot op haar verplichtingen jegens [geïntimeerde] uit hoofde van haar contractuele, bancaire zorgplicht.

Cessie

6.13. Het hof zal nu ingaan op de rechtsgeldigheid van de cessie van de vorderingen van Van Lanschot op [geïntimeerde] aan [de Holding B.V.] zoals deze is opgenomen in de notariële akte van 30 september 2015. [geïntimeerde] betoogt met grief 1 in incidenteel hoger beroep dat om uiteenlopende redenen geen sprake is van een rechtsgeldige cessie.

6.14. Voor de beoordeling van de rechtsgeldigheid van de cessie is van belang dat in twee zaken van twee andere leningnemers uit de door [de Holding B.V.] van Van Lanschot overgenomen kredietportefeuille door de rechtbank Amsterdam

prejudiciële vragen zijn gesteld aan de Hoge Raad. Deze vragen luiden:

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

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

2. Rust op de niet-bank aan wie de vordering wordt overgedragen een zorgplicht? Zo ja hoe verhoudt die zorgplicht zich tot de publiekrechtelijke regels die op een bank van toepassing zijn en de zorgplicht die op een bank rust?

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

4. Welke rechten kan de cliënt uitoefenen jegens de overdragende bank indien het handelen van de niet-bank aan wie vorderingsrechten zijn gecedeerd afwijkt van wat zou mogen worden verwacht van een bank op grond van de voor een bank geldende publiekrechtelijke regels en de op een bank rustende zorgplicht?”

6.15. Op 10 juli 2020 heeft de Hoge Raad de prejudiciële vragen in een tweetal arresten («JOR» 2020/267, m.nt. Biemans; *red.*), (ECLI:NL:HR:2020:1274 en 1276), voor zover van belang, als volgt beantwoord:

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

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

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

(...)

2.15.1

Blijkens het voorgaande luidt het antwoord op de tweede prejudiciële vraag dat de zorgplichten die een bank jegens haar cliënt heeft, door cessie niet als zodanig op de niet-bank komen te rusten. Indien een (bijzondere) zorgplicht van een bank je-

gens haar cliënt de inhoud van haar vordering – waaronder begrepen de daaraan verbonden (neven)rechten en verplichtingen – beperkt, kan die vordering slechts met de aldus beperkte inhoud aan de niet-bank worden gecedeerd. Daarnaast kan de leningnemer de verweermiddelen jegens de niet-bank invoeren die hij jegens de bank zou hebben (art. 6:145 BW).

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

2.15.2

Het antwoord op het hierbij aansluitende deel van de derde prejudiciële vraag luidt dat het antwoord op de tweede prejudiciële vraag niet anders wordt indien de cliënt de overeenkomst van geldlening niet of niet volledig is nagekomen of de bank de bankrelatie heeft opgezegd.

(...)

2.17. De vierde prejudiciële vraag stelt aan de orde welke rechten de cliënt kan uitoefenen jegens de cederende bank indien het handelen van de niet-bank waaraan vorderingsrechten zijn gecedeerd, afwijkt van wat zou mogen worden verwacht van een bank op grond van de voor een bank geldende publiekrechtelijke regels en de op een bank rustende zorgplicht.

In de onderhavige procedure (...) is het antwoord op deze vraag (...) niet nodig om op de vorderingen (...) te beslissen, zoals vereist door art. 392 lid 1 Rv. Daarin ziet de Hoge Raad aanleiding om deze vraag niet te beantwoorden.”

6.16. Uit de door de Hoge Raad gegeven antwoorden is allereerst af te leiden dat de aard van het vorderingsrecht zich niet verzet tegen overdraag-

baarheid. Voor zover de bezwaren van [geïntimeerde] tegen het oordeel van de rechtbank zijn terug te voeren op de stelling dat de aard van de persoonlijke relatie van [geïntimeerde] met Van Lanschot zich verzet tegen cessie, falen deze gelet op beantwoording van de prejudiciële vragen door de Hoge Raad. Op de eerste prejudiciële vraag antwoordt de Hoge Raad, zoals hierboven weergegeven, dat de aard van een vorderingsrecht van een bank op een cliënt voortvloeiend uit een overeenkomst van geldlening zich er niet tegen verzet dat dit vorderingsrecht door een bank aan een niet-bank wordt overgedragen.

6.17. Evenmin slagen de overige bezwaren die [geïntimeerde] naar voren heeft gebracht tegen de rechtsgeldigheid van de cessie. [geïntimeerde] voert aan dat de vorderingen van Van Lanschot op hem onvoldoende bepaald zijn, maar naar het oordeel van het hof voldoet de omschrijving van de gecedeerde vorderingen op [geïntimeerde] in de notariële akte van 30 september 2015 aan het bepaaldheidsvereiste zoals vereist ingevolge art. 3:84 lid 2 BW. Een vordering is met voldoende bepaaldheid omschreven als de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vorderingen het gaat. Hieraan is voldaan nu de rechten van Van Lanschot onder de kredietfaciliteit van [geïntimeerde] – zoals ook bevestigd door de betrokken notaris – onderdeel uitmaakten van de overname overeenkomst tussen Van Lanschot en [de Holding B.V.] en de akte van 30 september 2015.

6.18. [geïntimeerde] heeft verder onvoldoende concrete feiten en omstandigheden aangevoerd om aan te nemen dat hij als gevolg van de cessie in een verslechterde positie is komen te verkeren, laat staan dat dit in de weg zou staan aan een rechtsgeldige cessie van Van Lanschot aan [de Holding B.V.]. Gelet op de beantwoording van de prejudiciële vragen door de Hoge Raad over met name de zorgplicht van de niet-bank ten opzichte van de leningnemer na cessie, is zonder bijkomende omstandigheden – die zijn gesteld noch gebleken – niet in te zien dat [geïntimeerde] als gevolg van de cessie in een verslechterde positie is komen te verkeren. Het hof verwijst met name naar het hiervoor onder 2.15.1 weergegeven deel van het antwoord van de Hoge Raad op de prejudiciële vragen. Ook [de Holding B.V.] en [geïntimeerde] staan na de cessie jegens elkaar in een

rechtsbetrekking die wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW).

6.19. [geïntimeerde] voert ook aan dat de cessie van Van Lanschot aan [de Holding B.V.] voorwaardelijk is gelet op de bewoordingen in de Deed of Transfer of Contract and Assignment en dat aan de voorwaarde voor de totstandkoming van de cessie niet is voldaan. Volgens [geïntimeerde] is de cessie namelijk ervan afhankelijk of de contractsovername slaagt of niet. Welnu, het hof heeft geoordeeld dat van een rechtsgeldige contractsovername geen sprake is.

6.20. De conclusie luidt dat grief 1 in incidenteel hoger beroep niet slaagt.

Zorgplicht

6.21. Het hof zal nu oordelen over de omvang van de zorgplicht van Van Lanschot. [geïntimeerde] betoogt met grief 3 in incidenteel hoger beroep dat Van Lanschot jegens [geïntimeerde] een bijzondere zorgplicht in acht dient te nemen, terwijl Van Lanschot met grief 5 in principaal hoger beroep betwist dat hiervan sprake is. Daarnaast speelt de vraag of Van Lanschot enige zorgplicht heeft geschonden, zoals [geïntimeerde] betoogt met grief 2 tot en met 5 in incidenteel hoger beroep en hetgeen Van Lanschot betwist.

6.22. Het hof stelt het volgende voorop. De Hoge Raad heeft zich bij de beantwoording van de door de rechtbank Amsterdam gestelde prejudiciële vragen (zie rov. 6.15.) uitgelaten over de zorgplicht van de niet-bank aan wie een vorderingsrecht wordt gecedeerd door een bank.

6.23. Gelet op het antwoord van de Hoge Raad geldt voor [geïntimeerde] dat deze na de cessie jegens [de Holding B.V.] de verweermiddelen kan inroepen die hij jegens Van Lanschot zou hebben (art. 6:145 BW). Tevens staan [de Holding B.V.] en [geïntimeerde] na de cessie jegens elkaar in een rechtsbetrekking die beheerst wordt door de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW). Zoals hierover onder rov. 6.18. is geoordeeld is tegen deze achtergrond, behoudens bijkomende omstandigheden die niet door [geïntimeerde] zijn aangevoerd of anderszins zijn gebleken, geen sprake van een verslechterde positie waarin [geïntimeerde] is komen te verkeren als gevolg van de cessie.

6.24. Voor wat betreft de verwijten die [geïntimeerde] maakt jegens Van Lanschot ter zake de gang van zaken na 30 september 2015 benadrukt het hof allereerst dat [de Holding B.V.] geen procespartij in deze procedure is. In die zin is de

handelwijze van [de Holding B.V.] alleen van belang wanneer Van Lanschot daarvan uit hoofde van haar bancaire zorgplicht voorafgaand aan 30 september 2015 dan wel uit hoofde van haar resterende zorgplicht na 30 september 2015 enig verwijt te maken valt. Daarbij merkt het hof op dat de Hoge Raad de vierde prejudiciële vraag niet heeft beantwoord omdat het antwoord op die vraag niet nodig was om op de vorderingen te beslissen zoals deze in die zaken aan de orde waren. In die zaken was Van Lanschot als overdragende bank – anders dan in deze procedure – namelijk geen procespartij.

6.25. In de onderhavige zaak is de verhouding tussen de cliënt en de overdragende bank na cessie aan een niet-bank wel van belang voor de beoordeling door het hof. Het hof overweegt hierover het volgende. De reikwijdte van de op Van Lanschot rustende bancaire zorgplicht jegens cliënten is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Daartoe is in de eerste plaats relevant om te bepalen of [geïntimeerde] beschouwd moet worden als consument dan wel als zakelijke kredietnemer, die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. [geïntimeerde] voert aan dat hij consument is en niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Tussen partijen is niet in geschil dat [geïntimeerde] actief was als ondernemer en onder meer een schoonmaakbedrijf exploiteerde. Zoals door [geïntimeerde] ter zitting is erkend had hij deze onderneming ook nog ten tijde van het aangaan van de financieringsrelatie met Van Lanschot, maar inmiddels niet meer. [geïntimeerde] wijst erop dat hij sindsdien slechts renteniert en bovendien sinds 2006 geen onroerend goed heeft gekocht. Tevens staat vast dat [geïntimeerde] vanaf aanvang van de kredietrelatie bij Van Lanschot is ondergebracht als zakelijke klant, aanvankelijk bij de afdeling “Business Banking” en nadien bij de afdeling “Corporate Banking Vastgoed”. Vanuit deze afdelingen werd [geïntimeerde] ook door Van Lanschot aangeschreven, zonder dat is gebleken dat [geïntimeerde] daartegen bezwaar maakte. Daarnaast heeft [geïntimeerde] getekend voor de toepassing van de “Algemene Voorwaarden Rekening-courant niet-Consumenten” en ook voor toepassing van de “Algemene voorwaarden voor Geldleningen Zakelijk” van Van Lanschot. Geen van de panden werd door [geïntimeerde] zelf bewoond. Tegen deze achtergrond oordeelt het hof dat [geïntimeerde] niet kan worden beschouwd als consu-

ment en door Van Lanschot – mede gelet op de wilsvertrouwensleer – redelijkerwijs beschouwd mocht worden als een zakelijke kredietnemer. Het hof neemt hierbij tevens in aanmerking de omvang van de vastgoedportefeuille die [geïntimeerde] indertijd had en de omvang van het verstrekte krediet.

6.26. Een andere omstandigheid die medebepalend is voor de reikwijdte van de bancaire zorgplicht betreft de complexiteit van het product. In dit geval gaat het om een verstrekt krediet ter financiering van een vastgoedportefeuille. Bij een dergelijke kredietovereenkomst zijn de risico's overzichtelijk. Er is geen sprake van een ingewikkeld product. Nu het in deze zaak niet gaat om een ingewikkeld product en evenmin om een consument, ziet het hof geen aanleiding om in dit geval uit te gaan van een bijzondere zorgplicht die op Van Lanschot rust. In die zin slaagt grief 5 in principaal hoger beroep, zij het dat dit niet leidt tot een ander dictum. Dit neemt overigens niet weg dat Van Lanschot jegens [geïntimeerde] gehouden is om die zorg te betrachten die voortvloeit uit art. 2 ABV en de wet.

6.27. Door [geïntimeerde] is gesteld dat Van Lanschot haar zorgplicht jegens [geïntimeerde] heeft geschonden. [geïntimeerde] voert aan dat Van Lanschot geen, althans onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de partij aan wie Van Lanschot het niet presterende deel van haar zakelijke kredietportefeuille wenste over te dragen. Van Lanschot betwist dit gemotiveerd en wijst in dat kader onder meer erop dat [de Holding B.V.] valt onder art. 3 Vrijstellingsregeling Wft en gebruik maakt van een vergunninghoudende kredietbeheerder in de zin van afdeling 2.2.9 Wft. Hetgeen [geïntimeerde] daar tegenin brengt is onvoldoende om aan te nemen dat Van Lanschot haar zorgplicht jegens [geïntimeerde] heeft geschonden. De omstandigheid dat leden van de raad van bestuur van Van Lanschot – blijkens diverse getuigenverhoren – niet tot in detail op de hoogte waren van de wijze waarop de kopende partij indertijd is geselecteerd door Van Lanschot, brengt niet met zich dat Van Lanschot in dat opzicht ook daadwerkelijk steken heeft laten vallen. Dat Van Lanschot de verkoop van de desbetreffende zakelijke kredietportefeuilles aan een aan Cerberus gelieerde partij had moeten heroverwegen, wordt door [geïntimeerde] onvoldoende feitelijk onderbouwd. Daarbij roept het hof in herinnering dat [geïntimeerde] jegens [de Holding B.V.] in beginsel de-

zelfde verweermiddelen ten dienste staan als tegen Van Lanschot.

6.28. [geïntimeerde] voert verder aan dat hij door [de Holding B.V.] in 2015 onder druk is gezet in een hotel in [plaats]. Ter zitting heeft [geïntimeerde] toegelicht dat hem de keus werd gegeven om – verkort weergegeven – of direct af te lossen of binnen drie maanden te herfinancieren, terwijl anders het onroerend goed zou worden verkocht. Of hiervan daadwerkelijk sprake is geweest kan in het midden blijken, aangezien uit niets blijkt dat Van Lanschot hiervan enig verwijt kan worden gemaakt. [geïntimeerde] heeft geen, althans onvoldoende feiten en omstandigheden aangevoerd waaruit dat volgt. Bovendien staat vast dat [de Holding B.V.] na 30 september 2015 nog tot 16 april 2016 heeft gewacht met het opeisen van de vordering. Pas in de zomer van 2017 is het onroerend goed uiteindelijk verkocht, waarna de levering in oktober 2017 heeft plaats gevonden. Ook voor wat betreft de gang van zaken na 30 september 2015 valt niet in te zien dat Van Lanschot dienaangaande – uit hoofde van een op haar als overdragende bank rustende (resterende) zorgplicht – enig verwijt gemaakt kan worden. Het hof benadrukt daarbij dat [geïntimeerde] zelf vanaf 30 september 2015 noch aan zijn renteverplichtingen noch aan zijn aflossingsverplichtingen heeft voldaan, waardoor [de Holding B.V.] bevoegd was om over te gaan tot opzegging van het krediet en uitwinning van de verstrekte zekerheden.

6.29. Ook overigens voert [geïntimeerde] geen feiten en omstandigheden aan die enige schending van de zorgplicht van Van Lanschot opleveren. [geïntimeerde] heeft onvoldoende onderbouwd dat hij zonder de betreffende cessie van de vorderingen door Van Lanschot aan [de Holding B.V.] in een gunstigere positie zou hebben verkeerd. Voorafgaand aan de cessie van 30 september 2015 werd door [geïntimeerde] al gedurende langere tijd niet voldaan aan zijn betalingsverplichtingen jegens Van Lanschot. Dit had al geleid tot de overplaatsing naar de afdeling Bijzonder Beheer, terwijl [geïntimeerde] bovendien aan Van Lanschot een notariële volmacht had verstrekt om de huurpanden voor 80% van de marktwaarde te verkopen.

6.30. [geïntimeerde] voert tot slot aan dat Van Lanschot hem in januari en februari 2015 de mogelijkheid heeft geboden om zijn krediet af te kopen tegen de taxatiewaarden van de huurpanden,

waarna de communicatie door Van Lanschot is afgebroken. Van Lanschot betwist dat hiervan sprake is. Van de zijde van [geïntimeerde] is een specifieke toelichting of concrete onderbouwing met name over enig overleg tussen partijen in het kader van de beweerdelijk gedane toezegging op dit punt – ook in hoger beroep – achterwege gebleven, terwijl dat wel op zijn weg had gelegen. [geïntimeerde] heeft weliswaar getuigenbewijs aangeboden, maar het hof passeert dit aangezien [geïntimeerde] onvoldoende heeft gesteld om tot bewijslevering te worden toegelaten. Bovendien heeft [geïntimeerde] niet toegelicht wat de relevantie is van de gestelde toezegging van Van Lanschot in het licht van de vervolgens met Van Lanschot overeengekomen herfinanciering in juni 2015 en de daarbij gemaakte afspraken. Ook om die reden gaat het hof aan de stelling van [geïntimeerde] voorbij.

6.31. Gelet op het voorgaande falen grieven 2 tot en met 5 in incidenteel hoger beroep. Grief 2 in incidenteel hoger beroep slaagt evenmin voor zover [geïntimeerde] daarmee betoogt dat Van Lanschot verweten moet worden [geïntimeerde] in de onjuiste veronderstelling te hebben gebracht dat er mogelijk een contractsoverneming heeft plaats gevonden. Gelet op de rechtsgeldige cessie die heeft plaats gevonden valt niet in te zien dat deze gang van zaken een wanprestatie of onrechtmatige daad oplevert. Grief 5 in principaal hoger beroep, gericht tegen de overweging van de rechtbank dat op Van Lanschot een bijzondere zorgplicht rust, slaagt – gelet op rov. 6.26 deels – maar dat leidt niet tot vernietiging van het beroepen vonnis.

6.32. Grief 7 in principaal hoger beroep en grief 6 in incidenteel hoger beroep hebben naast de beoordeelde grieven geen zelfstandige betekenis of kunnen, zelfs als zij slagen, niet leiden tot een andere beslissing, zodat deze grieven geen afzonderlijke bespreking behoeven.

Proceskosten in de hoofdzaak en het incident

6.33. In het incident heeft het hof de beslissing over de proceskosten aangehouden tot de beslissing in de hoofdzaak. Als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij zal [geïntimeerde] worden veroordeeld in de kosten van het incident. (...; *red.*).

6.34. Nu partijen in de hoofdzaak in principaal en incidenteel hoger beroep over en weer op onderdelen in het ongelijk zijn gesteld, worden de pro-

ceskosten in principaal en incidenteel hoger beroep gecompenseerd, aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt.

7. De uitspraak

Het hof:

in het incident:

veroordeelt [geïntimeerde] in de proceskosten van het incident (...; *red.*);

verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

op het principaal en incidenteel hoger beroep:

bekrachtigt het bestreden vonnis waarvan beroep; compenseert de proceskosten in principaal en incidenteel hoger beroep aldus dat iedere partij daarvan de eigen kosten draagt;

wijst af het meer of anders in hoger beroep gevorderde.

NOOT

1. De onderhavige zaak is een van de procedures die zijn voortgevloeid uit de overdracht van portefeuilles (*non-performing*) leningen door Van Lanschot NV (voorheen F. van Lanschot Bankiers, hierna "Van Lanschot") aan een dochter van Cerberus Capital Management LP (in het arrest aangeduid als [de Holding B.V.] en hierna de "Verkrijger"). Een aantal leningnemers van wie het krediet is overgedragen, heeft zich hiertegen verzet. De Verkrijger stelt zich harder op dan Van Lanschot deed en de leningnemers beroepen zich op de bijzondere, persoonlijke relatie die zij met Van Lanschot hadden. Sommige hebben in rechte hun pijlen gericht op de verkrijgende partij, andere (zoals in deze zaak) op Van Lanschot als vervreemder.

2. Geïntimeerde investeerde in vastgoed en had ten behoeve van zijn investeringen meerdere kredietovereenkomsten gesloten met Van Lanschot. De kredietrelatie is na verloop van tijd ondergebracht bij de afdeling Bijzonder Beheer Vastgoed en in juni 2015 zijn de geldleningen vervangen door één krediet in rekening-courant waarop maandelijks zou worden afgelost. In september 2015 heeft de overdracht plaatsgevonden door Van Lanschot van een deel van haar portefeuille met *non-performing* zakelijke vastgoedleningen aan de Verkrijger. Het beheer van de lening van geïntimeerde zou worden uitgevoerd door Capita Banking and Debt Solutions (Nether-

lands) BV (hierna "Capita"). De overdracht van de leningenportefeuille heeft plaatsgevonden door een *deed of transfer of contract and assignment* (akte van contractoverneming en cessie). Van de cessie en contractoverneming is mededeling gedaan aan geïntimeerde. Capita heeft na uitblijving van verschuldigde rente- en aflossingsbetalingen de geldlening opgezegd en heeft de door geïntimeerde verstrekte pand- en hypotheekrechten uitgewonnen, waarna een schuld van € 1,1 miljoen resteerde.

3. Geïntimeerde stelt in rechte kort gezegd aan de orde: (i) of geldige contractoverneming heeft plaatsgevonden; (ii) of geldige cessie heeft plaatsgevonden; en (iii) of Van Lanschot in strijd met de op haar rustende zorgplicht heeft gehandeld. De rechtbank wijst de vordering tot nietigverklaring van de contractoverneming toe, en wijst het overige af (zie Rb. Oost-Brabant 20 september 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:4913, «JOR» 2018/24, m.nt. Keukens). Beide partijen gaan in hoger beroep.

4. Ten aanzien van de vraag of geldige contractoverneming heeft plaatsgevonden, oordeelt het hof dat dat niet het geval is, omdat de daarvoor vereiste medewerking door geïntimeerde niet op voorhand, noch achteraf is gegeven. Art. 36 ABV bepaalt dat de bank haar onderneming (deels) kan overdragen en dat de klant daar alvast medewerking aan verleent. Dit artikel biedt de bank geen soelaas omdat geen sprake is van overdracht van een ondernemingsstructuur. De overdracht betrof slechts een portefeuille leningen. Een dergelijke portefeuille kan deel uitmaken van een economische eenheid, maar dat is hier niet het geval omdat naast de contracten geen andere materiële of immateriële activa zijn overgedragen. Er is dus geen voorafgaande toestemming verleend, en anders dan Van Lanschot had aangevoerd kan ook niet worden aangenomen dat uit gedragingen van geïntimeerde achteraf goedkeuring kan worden afgeleid. Geïntimeerde heeft weliswaar overleg gevoerd met de Verkrijger, maar heeft ook Van Lanschot betrokken in diverse procedures en zich via diverse kortgedingprocedures verzet tegen de gang van zaken. Keukens heeft bij zijn noot bij het vonnis in eerste aanleg vraagtekens gezet bij de interpretatie door de rechtbank (welke interpretatie wordt overgenomen door het hof) van het begrip "onderneming" (zie «JOR» 2018/24, nr. 4). Na de uitspraak van de rechtbank in deze zaak hebben

echter meerdere rechters zich in gelijke zin uitgelaten over de nietigheid van de contractsovername (zie bijv. Vznr. Rb. Rotterdam 29 november 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9881; Rb. Amsterdam 29 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3918 (*Immobiële Securitities/Promontoria*), r.o. 4.11; Rb. Amsterdam 4 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6359, «JOR» 2020/15, m.nt. Rongen (*Alegre Beheer/Promontoria*), r.o. 3.9.).

5. Vervolgens buigt het hof zich over de rechtsgeldigheid van de cessie. Naar aanleiding van de verkoop van deze leningenportefeuille heeft de Hoge Raad prejudiciële vragen beantwoord over de overdracht van kredietvorderingen door een bank aan een niet-bank (HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1274, zie voor commentaren o.m. «JOR» 2020/267, m.nt. Biemans, *Ondernemingsrecht* 2020/136, m.nt. Lieveerse en Rongen, *MvV* 2020/12, m.nt. Snijders en Tonino, *NJ* 2021/35, m.nt. Tjong Tjin Tai, *Tvl* 2021/12, m.nt. Bergervoet en Spierings, *AAe* januari 2022, m.nt. Van Boom, en D. Busch en L.P. Buitelaar in *WPNR* 2021/7340, p. 695-703). De Hoge Raad heeft de principiële overdraagbaarheid van kredietvorderingen bevestigd, en het feit dat de cessionaris geen bank is, staat daaraan niet in de weg. Ook in de onderhavige zaak had geïntimeerde bezwaren naar voren gebracht over de aard van de persoonlijke relatie met Van Lanschot die zich zou verzetten tegen cessie. Het hof wijst deze grief van de hand onder verwijzing naar de beantwoording van de prejudiciële vragen. Ook het bezwaar van geïntimeerde dat de vordering onvoldoende bepaald zou zijn, wordt afgewezen.

6. Na vaststelling dat de cessie rechtsgeldig is geweest, komt een aantal vragen aan de orde over de zorgplicht van Van Lanschot. Geïntimeerde stelt dat (1) Van Lanschot een bijzondere zorgplicht heeft jegens geïntimeerde; en (2) zij deze heeft geschonden. In zijn prejudiciële beslissing van 10 juli 2020 heeft de Hoge Raad overwogen dat de bancaire zorgplicht niet als zodanig komt te rusten op de verkrijgende niet-bank. Op verschillende manieren kan echter een zorgplicht worden geconstrueerd voor de niet-bank, die meebrengt dat deze partij zich aan dezelfde normen dient te houden als de vervreemdende bank. Het hof oordeelt dat gelet op het antwoord van de Hoge Raad geïntimeerde de verweermiddelen kan inroepen tegen de Verkrijger die hij jegens Van Lanschot zou hebben en dat hij jegens de Verkrijger in een door de redelijkheid en bil-

lijkheid beheerste rechtsverhouding staat. Hij is volgens het hof niet in een verslechterde positie gekomen.

7. Geïntimeerde heeft Van Lanschot verwijten gemaakt over de gang van zaken na de cessie. Daarover heeft de Hoge Raad geen prejudiciële vraag beantwoord, omdat dat in die zaak niet van belang was voor de beoordeling van de vorderingen. Dat is in de onderhavige zaak anders, omdat Van Lanschot als overdragende partij in de procedure is betrokken. Het hof overweegt dat de reikwijdte van de zorgplicht van Van Lanschot afhangt van de omstandigheden van het geval. In deze zaak is onder meer relevant dat geïntimeerde (mede op basis van gedragingen van geïntimeerde) redelijkerwijs beschouwd mocht worden als een zakelijke kredietnemer. Daarnaast ging het niet om een complex financieel product. Volgens de Hoge Raad zijn in een dergelijk geval de inhoud en reikwijdte van de bijzondere zorgplicht beperkt (HR 10 juli 2020, r.o. 2.9.2). Dat is strikt genomen iets anders dan de formulering van het hof dat er geen aanleiding is om "uit te gaan van een bijzondere zorgplicht" voor Van Lanschot (r.o. 6.26). Van Lanschot is (uiteraard) wel gehouden om de zorg in acht te nemen die voortvloeit uit art. 2 ABV en de wet.

8. Het hof beoordeelt of Van Lanschot haar zorgplicht heeft geschonden. In de eerste plaats verwijt geïntimeerde Van Lanschot dat zij geen, althans onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de partij aan wie de leningen zijn overgedragen. Van Lanschot heeft dit betwist en het hof volgt Van Lanschot daarin. Uit getuigenverhoren is gebleken dat de raad van bestuur niet tot in detail wist hoe de Verkrijger als kopende partij was geselecteerd, maar dat is onvoldoende om een zorgplichtschending aan te nemen. Het hof oordeelt verder dat geïntimeerde er niet in slaagt voldoende te onderbouwen waarom Van Lanschot de verkoop aan een aan Cerberus gelieerde partij had moeten heroverwegen, gelet op het feit dat geïntimeerde in beginsel dezelfde verweermiddelen heeft tegen de Verkrijger als tegen Van Lanschot. Het feit dat de Verkrijger zich anders en wellicht minder coulant opstelt dan bij Van Lanschot gebruikelijk was, is volgens het hof niet voldoende om achteraf aan te nemen dat Van Lanschot niet had mogen besluiten te verkopen aan een dergelijke partij. Verschillende auteurs hebben zich naar aanleiding van de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad van 10 juli

2020 uitgelaten over de zorgplicht van de vervreemdende partij. Volgens Lieveerse en Rongen heeft de bank een onderzoeksplicht naar de vergunning van de verkrijgende partij en mogen er geen kenbare en concrete aanwijzingen zijn dat de verkrijgende bank zijn zorgplicht zou kunnen schenden (*Ondernemingsrecht* 2020/136, p. 765). Biemans acht onder meer relevant of de bank wist of behoorde te weten dat de niet-bank voornemens was de kredietvorderingen liquide te maken («JOR» 2020/267, nr. 9). Bergervoet en ik hebben daaraan toegevoegd dat de bank er goed aan zou doen een kettingsbeding op te nemen op grond waarvan de verkrijger aan dezelfde (zorg) plichten is gebonden als de bank zelf (*Tv* 2021/19, par. 8, in navolging van daar genoemde auteurs) waarbij bijvoorbeeld een terugkooprecht kan worden gebruikt om naleving te bewerkstelligen. Busch en Buitelaar menen dat aan de uitoefening van een dergelijk terugkooprecht voorwaarden moeten worden verbonden, zoals het niet-naleven van toezichtrechtelijke normen of het snel te gelde willen maken van de overgedragen vorderingen. Ook wijzen zij op de beperkingen van een (verbintenisrechtelijk werkend) terugkoopbeding (*WPNR* 2021/7340, p. 703). Deze, mijns inziens alle valide, overwegingen worden door het hof echter niet in zijn beslissing betrokken. De onderzoeksplicht van Van Lanschot wordt niet verder uitgediept.

9. Het tweede verwijt van geïntimeerde betreft het feit dat hij door de Verkrijger onder druk is gezet om te kiezen tussen directe aflossing, snelle herfinanciering of uitwinning van het onroerend goed. Volgens het hof kan in het midden worden gelaten of dit is gebeurd, aangezien hiervan geen verwijt zou kunnen worden gemaakt aan Van Lanschot. Bovendien werd duidelijk dat de soep sowieso niet zo heet gegeten, nu de levering van het onroerend goed pas twee jaar na het vermeende gesprek is voltooid. Daarnaast heeft geïntimeerde zelf vanaf de cessie geen rente of aflossingen voldaan, waardoor de Verkrijger gerechtigd was tot opzegging. Ook overigens heeft volgens het hof geïntimeerde niet voldoende gesteld om te concluderen dat Van Lanschot zijn zorgplicht zou hebben geschonden. Geïntimeerde was al langere tijd in gebreke, wat de reden was voor overplaatsing naar Bijzonder Beheer en voor de verstrekking van een notariële volmacht tot verkoop van de huurpanden. Als laatste punt brengt geïntimeerde op dat Van Lan-

schot haar zorgplicht zou hebben geschonden door het afbreken van gesprekken (enige maanden voor de overdracht van leningen aan de Verkrijger) over het afkopen van zijn krediet tegen de taxatiewaarden van de huurpanden. Dit punt wordt gepasseerd omdat geïntimeerde onvoldoende gesteld had om dit punt te onderbouwen, en geïntimeerde niet heeft toegelicht wat de relevantie van deze gesprekken zou zijn geweest gelet op het feit dat de leningen van geïntimeerde in juni 2015 al zijn geherfinancierd.

10. Het hof gaat niet in op de stelling van geïntimeerde dat Van Lanschot wanprestatie dan wel een onrechtmatige daad heeft gepleegd door de cessie. Volgens het hof is dat niet aan de orde nu de cessie rechtsgeldig was. Mijns inziens had deze vordering wel aparte bespreking verdiend, nu het niet ondenkbaar is dat geïntimeerde op basis van de kredietdocumentatie kon onderbouwen dat Van Lanschot concrete toezeggingen heeft gedaan over persoonlijke begeleiding en dienstverlening. Van Lanschot presenteerde zich als een bank waar klanten persoonlijk werden benaderd en maatwerk geleverd kregen, tegen navenante tarieven. Afhankelijk van de documentatie kan een abrupte overdracht van de lening zonder waarborgen in strijd zijn met de contractuele verplichtingen van de bank. Dit hangt samen met de beoordeling van de zorgplichtschending (zie ook *Tv* 2021/12, m.nt. Bergervoet en Spierings, par. 6). Het hof betreft dit element niet in zijn beoordeling, wellicht omdat de geïntimeerde in dat verband onvoldoende had gesteld.

11. Concluderend, dit arrest van het hof bevat geen fundamentele nieuwe gezichtspunten ten aanzien van de overdracht van kredietvorderingen van een bank aan een niet-bank. Het hof oordeelt in lijn met de door de Hoge Raad beantwoorde prejudiciële vragen en met de rechtspraak van andere lagere rechters over de overdracht van deze portefeuille. De vraagstukken rond de (overblijvende) zorgplicht van de vervreemder en een eventuele wanprestatie of onrechtmatige daad blijven in dit arrest echter helaas onderbelicht.

mr. C. Spierings
advocaat bij Clifford Chance en als onderzoeksfellow verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit

124

Toepassingsbereik van kredietwetgeving bij uitgestelde betaling

Kantonrechter Rechtbank Gelderland zp
Arnhem

1 december 2021, nr. CV EXPL 20-10318,
ECLI:NL:RBGEL:2021:6428

(mr. Vergunst)

Noot mr. J.M. van Poelgeest

Prejudiciële vragen over toepassingsbereik van kredietwetgeving en tijdig verstrekken van precontractuele informatie bij uitgestelde betaling in combinatie met gevorderde betaalkosten en/of buitengerechtelijke kosten en/of rente.

[BW art. 7:57 lid 1 sub g, 7:58 lid 2 sub e,
7:60; Richtlijn consumentenkrediet]

De kantonrechter is ambtshalve voornemens de volgende vragen aan de Hoge Raad te stellen:

- I. Wanneer kwalificeert een uitstel van betaling als krediet in de zin van titel 7:2A BW? Is daarvoor vereist dat het verlenen van uitstel van betaling onderdeel is van de uitoefening van de beroeps- of bedrijfsactiviteiten van de partij die het uitstel verleent en zo ja, maakt het dan nog uit of het tot de core-business van die partij behoort of slechts een gering(er) onderdeel is van de beroeps- of bedrijfsactiviteiten? En maakt het voorts uit of het verleende uitstel de standaard gehanteerde en enige betaalmogelijkheid vormt of dat de consument de keuze had uit verschillende betaalmogelijkheden en actief gekozen heeft voor het uitstel?*
- II. Moet bij het toepassen van de begrippen “zonder rente en andere kosten” en “onbetekenende kosten” uit art. 7:58 lid 2 sub e BW worden uitgegaan van de totale kosten van het krediet als bedoeld in art. 7:57 lid 1 sub g BW of geldt een ander (ruimer of beperkter) kader?*
- III. Is de “paymentfee” aan te merken als kosten van het krediet?*
- IV. Moet de “paymentfee” worden meegenomen bij de vraag of sprake is van een krediet zonder kosten of een krediet met onbetekenende kosten?*

V. Maakt het bij de beantwoording van de vragen III en IV uit of de kredietverstrekker of de webwinkel deze “paymentfee” in rekening brengt?

VI. Moeten vertragsrente (dus rente anders dan de vergoeding voor het ter beschikking gestelde krediet) en buitengerechtelijke kosten worden aangemerkt als kosten van het krediet?

VII. Moeten vertragsrente (dus rente anders dan de vergoeding voor het ter beschikking gestelde krediet) en buitengerechtelijke kosten worden meegenomen bij de vraag of sprake is van een krediet zonder kosten of een krediet met onbetekenende kosten?

VIII. Maakt het voor het antwoord op de vragen VI en VII uit of:

a. de vertragsrente en buitengerechtelijke incassokosten op grond van de wet of op grond van de overeenkomst verschuldigd zijn?

b. – indien sprake is van bedongen kosten – de kosten zijn bedongen ter hoogte van maximaal de wettelijke tarieven of ter waarde van meer dan de wettelijke tarieven?

IX. Moeten de door Arvato in rekening gebrachte administratiekosten worden aangemerkt als kosten van het krediet?

X. Moeten de door Arvato in rekening gebrachte administratiekosten worden meegenomen bij de vraag of sprake is van een krediet zonder kosten of een krediet met onbetekenende kosten?

XI. Aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of sprake is van kosten van het krediet? Is dat:

a. aan de hand van de kosten die (op grond van de wet of overeenkomst) in rekening gebracht hadden kunnen worden of

b. aan de hand van kosten die (op grond van de wet of overeenkomst) daadwerkelijk in rekening zijn gebracht of

c. anderszins?

XII. Maakt het bij de beantwoording van vraag XI – b nog uit of de daadwerkelijk in rekening gebrachte kosten ook worden gevorderd in de juridische procedure?

XIII. Hoe moet worden beoordeeld of kosten onbetekenend zijn? Moet de civiele rechter bij de beoordeling de grens van de AFM (maximaal 1% van de krediet som op jaarbasis of € 50 per jaar voor “deferred debit cards”) aanhouden of kunnen andere handvatten worden gegeven aan de hand waarvan die beoordeling kan plaatsvinden?

XIV. Als kosten zijn bedongen zonder dat aan de hand van het beding duidelijk is of kan worden