



seminar financieringsrecht

kredietrelatie met de bank

Folkert Hiemstra



onderwerpen

Onderwerpen:

- zorgplicht van banken
- persoonlijke borgstellingen
- overkreditering
- renteswaps



zorgplicht

Meer aandacht aan zorgplicht:

- toenemende mate van complexiteit van financiële producten
- informatieongelijkheid tussen de klant en financiële dienstverlener



zorgplicht

- redelijkheid en billijkheid – ook in precontractuele fase
- 7: 401 BW – goed opdrachtnemer
- artikel 2 algemene bankvoorwaarden
- art. 4:24a WFT



zorgplicht

Rechtspraak:

- bescherming klant tegen lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht

Bank:

- zorgvuldigheid bij dienstverlening
- rekening houden met de belangen van de cliënt

Wetgever:

- zorgvuldig omgaan met de belangen van de klant
- handelen in het belang van de klant
- handelen of nalaten mag geen afbreuk doen aan belangen klant



zorgplicht

Voor wie geldt (wettelijke) zorgplicht:

- particulieren
- MKB-ondernemers
 - Voldoet aan minder dan 2 vereisten:
 - balans < 20 mln
 - netto omzet < 40 mln
 - EV < 2 mln

NB: hoe professioneler, hoe meer eigen verantwoordelijkheid/eigen schuld



borgstelling

- Zakelijk krediet – bestuurder staat persoonlijk garant of aanvaardt hoofdelijke aansprakelijkheid
- Echtgenoot/echtgenote moet meetekenen, tenzij:
 - bestuurder houdt alleen of met medebestuurders meerderheid aandelen; en
 - borgstelling ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening (veel jurisprudentie)

Sanctie: 1: 188 BW: vernietiging borgstelling



borgstelling

Drie aandachtspunten:

1. Geen zorgplicht bank jegens echtgenote die borgtocht ondertekent, maar soms wel waarschuwingsplicht op grond van cliëntrelatie

- Borgstelling dga voor zakelijk krediet
- Echtgenoot was in privé klant bij de bank
- Vermogen was pensioenvoorziening

HR: redelijkheid en billijkheid kan leiden tot beperking op verhaal vordering op privévermogen echtgenoot



borgstelling

2. Ook zorgplicht jegens andere borg -

Hof Arnhem Leeuwarden: ontslag borg benadeelt andere borg in mogelijkheid verhaal

3. Onderhandelen zodra het goed gaat met kredietnemer

- Voorkom dat de borgstelling pas bij faillissement uit de kast komt
- Sterk onderpand, herfinanciering mogelijk: borgtocht omlaag of wegonderhandelen



overkreditering

Verplichtingen professionele kredietverstrekker:

- algemene zorgplicht
- naleving wet: 4:34 WFT voor consumenten:
 - Inwinnen informatie over financiële positie
 - Beoordeling of verlening/verhoging krediet verantwoord is
 - Ter voorkoming van overkreditering



overkreditering

- Hof Arnhem-Leeuwarden 17 september 2015:
 - tussenpersoon Wagner & Partners
 - belening overwaarde woningen Rabobank
 - inkomenstoets uitgevoerd
 - belegging met beoogd rendement 8%
 - tegenvallende resultaten, onvoldoende om lasten te voldoen
 - Wagner & Partners failliet
 - klacht bij bank: schending zorgplicht



overkreditering

Hof: schending zorgplicht

- onderzoeksplicht: kan de klant aan verplichtingen onder de financiering kan voldoen
- waarschuwingsplicht - klant voldoende op de hoogte brengen van de risico's
- bank had niet per aanvraag bekeken of bij tegenvallend rendement lasten konden worden gedragen

NB: klant had eigen financieel adviseur/tussenpersoon, maar bank heeft zelfstandige onderzoeks-en waarschuwingsplicht



overkreditering

Vgl:

- Afab-uitspraak 2013
- Stichting Gedupeerden Overwaarde Producten - ABN Amro
- Schadevergoeding: niet het teveel geleende bedrag, maar de rente daarover



overkreditering

KiFiD (geschillencommissie van het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening)

- Hypotheeklening aan echtpaar € 1,5 mln. voor aankoop huis 2006
- Echtscheiding 2011
- Inkomen man daalt sterk als gevolg van financiële crisis, krijgt geen financiering voor zijn bedrijf, in 2013 eindigt hij zijn bedrijf
- 2014: verwijt aan bank: onverantwoorde kredietverstrekking



overkreditering

Oordeel KiFiD:

- onverantwoorde kredietverlening
- eigen schuld kredietnemer:
 - Rentelasten zijn eenvoudig te berekenen
 - Kredietnemer had zelf een afweging moeten maken om lening (niet) aan te gaan
 - Kredietnemer heeft geen (goede) afweging gemaakt en acht jaar niet ingegrepen
- schadevergoeding: nihil



renteswaps

Renteswap:

financieel product om het risico van renteschommelingen af te dekken
vb: 'ruilen' van bijv Euribor 3 mnd + 2% tegen vaste rente van 5%
gedurende vijf jaar

Waar gaat het fout:

Swap loopt langer dan de lening

Swap dekt meer dan geleende bedrag – open positie (Vgl. Vestia)



renteswaps

- Rechtbank Zeeland-West-Brabant 13 januari 2016
 - klant wil een nieuw schip laten bouwen
 - Rabobank verstrekt krediet en raadt renteswap aan ter dekking risico rentestijging
 - bouw wordt afgeblazen en de klant koopt goedkoper schip
 - lagere lening, maar renteswap wordt niet aangepast = overdekking
 - negatieve waarde swap € 200.000
 - vernietiging op grond van dwaling
 - buitengerechtelijk ontbinding swapovereenkomst



renteswaps

- Rb:
 - Geen dwaling: kredietnemer was voldoende geïnformeerd. Voor zover dat niet zo was, had zij zelf navraag moeten doen bij de bank.
 - Wel schending bijzondere zorgplicht:
 - tekortkoming in plicht om de kredietnemer op ondubbelzinnige en begrijpelijke wijze te waarschuwen voor het risico van overdekking
 - Overeenkomst terecht ontbonden
 - Bank moet € 160.000 terugbetalen



renteswaps

Rechtbank Oost-Brabant 26 maart 2014

- melkveehouder sluit lening met renteswap af
- bijgestaan door accountant
- staking bedrijf in verband met emigratie – negatieve waarde
€ 275.000



renteswaps

Rb:

- in duidelijke bewoordingen informeren over de aard en risico's van de geadviseerde constructie
- Rekening houden dat bepaalde (minder professionele) klanten niet alle stukken zorgvuldig doorlezen en/of gevolgen niet doorzien
- bank had niet gewezen op risico kosten bij staking van het bedrijf
- schending bijzondere zorgplicht > vergoeding schade
- eigen schuld: 40%



renteswaps

Gerechtshof Amsterdam 10 november 2015

- Lening 2 miljoen van ING in 2007
- November 2008 - Swap voor € 15 mln. voor vijf jaar, ook ter dekking rentes over andere leningen
- Maart 2009: liquiditeitspremie van 0,5%
- Openstaande leningen € 2 mln. ING en 10 mln. SNS
- Liquiditeitspremie valt niet onder swap
- Klant doet beroep op dwaling en vernietigt de swapovereenkomst



renteswaps

Hof:

- Uit informatie van bank was onvoldoende duidelijk dat liquiditeitsopslag kon worden opgelegd
- In materiaal wordt expliciet aangegeven dat klant verzekerd is van vaste rentelasten
- Dat opslag uiteindelijk niet wordt opgelegd doet daar niet aan af
- Vernietiging swap op grond van dwaling



beëindiging van de kredietovereenkomst

Jan de Meester



Ex-eigenaar Oad eist 80 miljoen van Rabobank



De voormalige eigenaar van het failliete reisimperium Oad, de familie Ter Haar, eist 80 miljoen euro aan schade van de Rabobank.

De familie Ter Haar heeft een deel van het geld dat in 2013 aanvankelijk bedoeld was voor een extra kapitaalinjectie, circa 7,5 miljoen euro, gereserveerd om tot aan de Hoge Raad te procederen, zegt een woordvoerder. "Er is een oorlogskas."

Volgens een woordvoerder had Oad ten tijde van het faillissement "geen euro schuld, had geen uitstaande leningen, geen achterstallige betalingen, nog nooit in 10 jaar tijd een betaling aan Rabobank gemist en nog 6 miljoen euro in kas".



1) opzegging krediet door bank

- ING Bank/De Keizer Hoge Raad 10-10-2014
- Oordeel over rechtsgeldigheid opzegging afhankelijk van:
 - De inhoud van de overeenkomst
 - De omstandigheden van het geval
 - Redelijkheid en billijkheid



opzeggen krediet door bank, casus

ING/De Keijzer

- krediet in rekening courant € 6 ton, en
- geldleningen € 1,8 miljoen, voor bepaalde tijd en met een vaste rente
- schade voor klant wegens verplichting boeterente € 122K
- opzegtermijn in acht genomen van 8 maanden



verwijt in casu

Hof

- er was in 2008 meer onttrokken dan afgesproken
- in strijd met afspraken was e.v. in 2008 afgenomen
- kwartaalcijfers waren te laat ingediend
- *effectieve leiding ontbrak*
- *kwartaalcijfers waren niet betrouwbaar*



norm: art. 11 ABK

‘De kredietfaciliteit eindigt automatisch indien de kredietnemer een aflossings-, rente- of andere verplichting uit hoofde van de overeenkomst, of enige andere met de bank gesloten overeenkomst niet, niet tijdig of niet behoorlijk nakomt.’



eindoordeel HR

- het Hof heeft terecht geoordeeld dat boeterente te verstrekkend was en opzegging dus niet was toegestaan
- voor het overige blijft de kredietopzegging in stand
- opzeggen mag als het op grond van de overeenkomst kan, maar opzegging heeft geen werking als dit onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid en gelet op omstandigheden van het geval



Rabobank / Aarding Hof Arnhem 2003

- bijzondere zorgplicht van bank jegens haar cliënten uit hoofde van contract
- opzegging moet voldoen aan eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, gegronde reden
- het Hof noemt factoren die daarbij van betekenis zijn:



factoren

- de duur en complexiteit van de kredietrelatie
- afname kredietwaardigheid/toename kredietrisico
- gedrag, informatieverstrekking en betrouwbaarheid kredietnemer
- is er sprake van toerekenbaar tekortschieten?
- kan de onderneming de opzegging van het krediet overleven en kan zij ergens ander krediet krijgen?



factoren

- Welke termijn krijgt de kredietnemer om een andere bank te vinden?
- Wijze van besluitvorming van de bank, is er gewaarschuwd?
- Gedrag bank / wekken van verwachtingen
- Andere maatschappelijke belangen zoals werkgelegenheid



zorgplicht banken

- Basis is art. 2 ABV 2009:
- bank neemt bij haar dienstverlening de nodige zorgvuldigheid in acht, en
- houdt naar beste vermogen rekening met belangen cliënt



praktijkvoorbeeld opzegging

- uw onderneming verkreeg in een periode uitstel van aflossingen
- er is een negatief toekomstperspectief ontstaan
- er zijn overstanden op uw rekening-courant ontstaan
- u heeft een risicovolle activiteit beëindigd, maar toch is er onvoldoende vertrouwen in rendabele bedrijfsvoering
- uw crediteurenpositie is te hoog
- uw eigen vermogen is te beperkt om tegenvallers op te vangen



praktijkvoorbeeld opzegging

- met u is afgesproken dat u zeven maanden tijd krijgt om een andere financier te vinden
- wij spraken af dat 70% van de opbrengst van de verkoop wordt gebruikt voor aflossing bank en 30% voor crediteuren
- wij spraken af dat u een crediteurenregeling zult treffen
- wij spraken af dat u crediteurenlijsten zult aanleveren
- wij spraken af dat u uw verzekering zult voortzetten



aanpak adviseur

- schets realistische scenario's met goede adviseur
- presenteer het verhaal correct
- benadruk dat de klant zijn afspraken stipt moet nakomen
- zorg voor goede taxaties en houdt daarmee de regie aan de zijde van uw relatie
- zelf taxeren > uw relatie kent de uitkomst
- leg alles schriftelijk vast, bouw een dossier op, is essentieel bij de discussie met bank of bij een eventuele procedure!
- kom de de afspraken na
- begin direct met het zoeken naar nieuwe financiën



2) het omgaan met bijzonder beheer

- verschil tussen afdeling herstel en afwikkeling
- kredietnemer verliest regie direct
- weg naar de relatie bij de bank is afgesloten
- maar: bank sluit of beperkt het krediet, en int de debiteuren, bankstand loopt per einde overeenkomst terug



rapport AFM 2015 over bijzonder beheer

- banken moeten overgang eerder aankondigen
- goed onderbouwen, inzicht in de afwegingen en vervolgproces
- kostenverhogingen uitleggen en toelichten
- beter en sneller communiceren en vastleggen
- bereikbaarheid bijzonder beheer verbeteren
- er is sprake van een verwachtingskloof



borrel!!

