

Juridisch handboek intensief beheer

Beheer van bancaire kredieten van klanten met financiële problemen

RECHT EN PRAKTIJK – INSOLVENTIERECHT

Onder redactie van prof. mr. B. Wessels, mr. dr. R.J. de Weijs en mr. drs. C.M. Harmsen

- InsR1. R.J. de Weijs, Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung & Transaction Avoidance in Insolvencies
- InsR2. A.J. Berends, Insolventie in het internationaal privaatrecht – 2e druk
- InsR3. T.T. van Zanten, De overeenkomst in het insolventierecht
- InsR4. P.R.W. Schaik, Arbeidsovereenkomst en insolventierecht – 2e druk
- InsR5. A.J. Noordam (red.), Schuldsanering (ex-)ondernemers
- InsR6. B.J. Engberts, Voorlopige voorzieningen en dwangregeling in het schuldsaneringsrecht
- InsR7. J.A.A. Adriaanse, D.H. van Offeren en J.I. van der Rest (red.), Turnaround Management
- InsR8. S. Renssen, De herijking van het faillissementsrecht. De pijler fraudebestrijding
- InsR9. B.P.A. Santen, A. de Bos en J.M.J. Blommaert, Financiële economie voor insolventieadvocaten
- InsR10. K.A. Messelink en R. van den Bosch, Juridisch handboek intensief beheer. Beheer van bancaire kredieten van klanten met financiële problemen

Juridisch handboek intensief beheer

Beheer van bancaire kredieten van klanten met financiële problemen

Mr. K.A. Messelink

Mr. R. van den Bosch

Verkorte citeerwijze: Messelink & Van den Bosch, *Juridisch handboek intensief beheer* (R&P nr. InsR10) 2017/[paragraafnummer].

Volledige citeerwijze: K.A. Messelink & R. van den Bosch, *Juridisch handboek intensief beheer. Beheer van bancaire kredieten van klanten met financiële problemen* (Recht & Praktijk, nr. InsR10), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Ontwerp omslag: Bert Arts bNO

ISBN 978 90 13 13876 4

ISBN 978 90 13 13877 1 (E-book)

NUR 827-704

© 2017, Wolters Kluwer Nederland BV

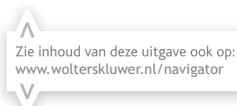
Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, *Stb.* 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Wolters Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements) overeenkomst. De gegevens kunnen door Wolters Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer BV, gedeponneerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze vindt u op www.wolterskluwer.nl of kunt u opvragen bij onze klantenservice.



NAVIGATOR

Woord vooraf

In maart 2015 publiceerde de Autoriteit Financiële Markten (AFM) een rapport naar aanleiding van een verkennend onderzoek bij de afdelingen bijzonder beheer van banken die kredieten voor het midden- en kleinbedrijf behandelen (<https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2015/mrt/bijzonder-beheer>). De AFM constateert onder meer dat banken klanten onvoldoende informeren over wat de klant te wachten staat bij een bijzonder beheertraject en onvoldoende uitleggen hoe ze rekening houden met het belang van de klant bij het nemen van maatregelen. Het is in dat kader bijzonder dat Messelink en Van den Bosch, beiden jurist in dienst van een van de Nederlandse grootbanken, een kijkje in de keuken van de bijzonder beheerpraktijk geven. Met dit boek geven zij inzicht in onder meer bancaire kredietverlening, bankieren in bijzonder beheer en de gevolgen van surseance van betaling en faillissement voor het verleende krediet en de verschaftte zekerheden. Het geeft daarmee aan de lezers bij uitstek de informatie die (en het inzicht dat) volgens de AFM – in het rapport over bijzonder beheer afdelingen van banken – door banken onvoldoende aan hun klanten worden verschaft. Het boek is praktijkgericht, maar bevat de nodige verwijzingen naar literatuur en jurisprudentie om ook de gebruiker op zoek naar een verdere dogmatische onderbouwing van dienst te zijn.

Beide auteurs zijn jurist. De ondersteuning die zij geven aan collega's van de afdelingen bijzonder beheer is hoofdzakelijk van operationele aard. Deze bestaat onder meer uit het geven van advies over de aanpak van juridische en strategische problemen die zich in kredietdossiers (kunnen) voordoen. In veel gevallen slaagt de onderneming erin – al dan niet na een herstructurering – het verliesgevende tij te keren. Als redding van de onderneming echter niet meer mogelijk is, bestaat de ondersteuning uit assistentie bij een zo goed mogelijke afwikkeling van de kredietrelatie. Davies daarbij is het doen terughalen van de middels kredietverlening uitgezette gelden (*'recovery'*), uiteraard met inachtneming van alle belangen die de bank zich behoort aan te trekken. In dat kader hebben Messelink en Van den Bosch een intern handboek geschreven over financiering, zekerheden en insolventie. Dit boek is een grondige bewerking van dat handboek. Het is niet alleen bestemd voor juristen, maar ook voor (andere) professionals die zich – binnen een bank of daarbuiten – bezighouden met (bancaire) financiering, herstructurering en kredietbeoordeling.

Het gegeven dat veel van deze onderwerpen vanuit het perspectief van de praktijk – en daarbinnen de weging van bank-belang en klant-belang – worden behan-

deld, maakt het boek waardevol. Daarbij kunnen gekozen invalshoeken bij oplossingen bijdragen aan inzicht in het functioneren van de jurist bij de activiteiten van een afdeling bijzonder beheer van een bank.

De redactie neemt dit boek met veel plezier op in de serie Recht en Praktijk – Insolventierecht.

Em. prof. B. Wessels, Dordrecht
Mevr. mr. drs. C.M. Harmsen, Amsterdam
Prof. mr. R.J. de Weijs, Amsterdam

Inhoudsopgave

WOORD VOORAF		V
INTRODUCTIE		XIII
LIJST VAN VEEL GEBRUIKTE AFKORTINGEN		XV
1	BANCAIRE KREDIETVERLENING	1
1.1	Het belang van bancaire kredietverlening	2
1.2	De geschiedenis van banken	3
1.3	Vormen van kredietverlening	4
1.4	Twee grondvormen van bancair krediet	4
1.4.1	Overeenkomst van geldlening	5
1.4.2	Krediet in rekening-courant	6
1.4.3	Multi purpose faciliteiten	9
1.5	Totstandkoming van kredietovereenkomsten	10
1.6	Kredietdocumentatie	11
1.6.1	Kredietovereenkomst	11
1.6.2	Algemene Bankvoorwaarden (ABV)	12
1.6.3	Kredietvoorwaarden van toepassing op kredieten verleend aan kleine tot middelgrote ondernemingen	14
1.7	Syndicaatsfinanciering	14
1.7.1	Vorming en werking van het syndicaat	15
1.7.2	Zekerheidsrechten en parallel debt	16
1.8	Leasing	17
1.8.1	Financial lease en operational lease	17
1.8.2	Rechtsgevolgen van het onderscheid financial lease – operational lease	18
1.8.3	Huurkoop	19
1.8.4	Huur	21
1.9	Factoring	22
1.9.1	Factoring; praktische implicaties	23
1.9.2	Working Capital Solutions	24
1.10	Financieren eigen vermogen	26
1.11	Kredietverlening; risico's	27
1.12	Kredietverlening; positie borg, HMS-partij en garant	28
2	TOTSTANDKOMING ZEKERHEIDSRECHTEN	31
2.1	Pand en hypotheek: goederenrechtelijke zekerheidsrechten/ borgtocht en hoofdelijke aansprakelijkheid: persoonlijke zekerheidsrechten	31
2.2	Vindplaatsen wettelijke regels voor pand en hypotheek	32

2.3	Voorgeschiedenis huidige wettelijke regeling inzake stil pandrecht – de zekerheidsoverdracht onder oud BW	33
2.4	Definities en kenmerken pandrecht en hypotheekrecht	35
2.4.1	Zekerheidsrechten	35
2.4.2	Afhankelijk karakter	35
2.4.3	Ondeelbaarheid	36
2.4.4	Object: zaken en vermogensrechten	36
2.4.5	Vestigingsvereisten voor pandrecht en hypotheekrecht	37
2.4.5.1	Inleiding	37
2.4.5.2	Vestigingsformaliteiten: hypotheekrecht	41
2.4.5.3	Vestigingsformaliteiten: pandrecht	44
2.5	Pand en hypotheek: goederenrechtelijke zekerheidsrechten/ borgtocht en hoofdelijke aansprakelijkheid: persoonlijke zekerheidsrechten	58
2.6	Borgtocht	58
2.6.1	Borgtocht – algemeen	58
2.6.2	Borgtocht – particuliere versus zakelijke borgtocht	60
2.6.3	Borgtocht en toestemming op grond van de wet	60
2.6.4	Borgtocht en bancaire zorgplicht	62
2.6.5	Enkele veel voorkomende verweren van borgen en mogelijke weerleggingen	63
2.7	Hoofdelijke aansprakelijkheid	67
2.8	Andersoortige zekerheden (oneigenlijke zekerheden/ pseudo-zekerheden)	68
2.8.1	Garantie	68
2.8.2	Letter of comfort	69
2.8.3	Kapitaalinstandhoudingsverklaring (KIV)	71
2.8.4	De 403-verklaring	74
2.8.5	Achterstelling	75
2.8.6	Terugkoopverklaring	77
2.8.7	Negative pledge	78
2.8.8	Pari passu	78
3	KREDIETBEËINDIGING	79
3.1	Contractueel kader	80
3.2	Kredietbeëindiging; de overeenkomst van geldlening	80
3.3	Kredietbeëindiging; de rekening- courantkredietovereenkomst	82
3.4	Contractuele bepalingen in de ABV en aanvullende bankspecifieke voorwaarden met betrekking tot kredietbeëindiging	82
3.5	Kredietbeëindiging; gevolgen	86
3.6	Kredietbeëindiging in de praktijk	86
3.6.1	Risico's voor de bank; omleiden betaalstroom en vervreemden/bezwaren verbonden actief	89
3.7	Rechterlijke toetsing van (eenzijdige) kredietbeëindiging door de bank	90
3.7.1	De werking van de redelijkheid en billijkheid	92
3.7.2	Toetsing van kredietbeëindiging na het arrest-ING/De Keizer	93
3.7.3	De negen criteria van Rabobank/Aarding	96
3.7.4	De drie invalshoeken van rechterlijke toetsing	97
3.7.5	De rol van de voorzieningenrechter in kort geding	98
3.8	Aandachtspunten bij en bancaire benadering van kredietbeëindiging	99

3.9	Het bedingen van extra zekerheden, uitgesplitst naar de drie varianten van kredietbeëindiging	101
3.10	Kredietbeëindigingen door de bank wegens reputatierisico	102
3.11	Het beëindigen van creditrelaties	102
3.11.1	Het beleid van banken bij het beëindigen van creditrelaties	103
4	BANKIEREN IN INTENSIEF BEHEER	105
4.1	Inleiding	105
4.2	Zorgplicht	106
4.3	De bank als quasi-bestuurder	107
4.3.1	De bank als pandhouder van de aandelen	110
4.4	Benoeming interim-manager	110
4.5	Aansprakelijkheid kredietgever ('lender's liability')	112
4.6	Aansprakelijkheid voor selectieve (wan)betaling	115
4.7	Actio pauliana	118
4.7.1	Inleiding, doel en hoofdlijnen wettelijke regeling	118
4.7.2	Vernietiging van onverplicht verrichte rechtshandelingen	120
4.7.3	Vernietiging van verplicht verrichte rechtshandelingen (voldoening van opeisbare schulden)	124
4.7.4	De betekenis van de actio pauliana voor de praktijk van intensief of bijzonder beheer	126
4.7.4.1	Vestiging zekerheidsrechten	126
4.7.4.2	Kredietuitbreiding gecombineerd met verstrekking van (nieuwe) zekerheden	127
4.7.4.3	Zekerheden voor oud en nieuw krediet; de optie van opsplitsen	130
4.8	Verrekening	131
4.8.1	Verrekening buiten faillissement	131
4.8.2	Verrekening in het zicht van respectievelijk tijdens faillissement	131
5	UITWINNING ZEKERHEDEN	135
5.1	Algemene regels	135
5.2	Uitwinning van verpande vorderingen	137
5.2.1	Uitwinning van verpande vorderingen vóór faillissement van de pandgever	137
5.2.2	Uitwinning van verpande vorderingen tijdens faillissement van de pandgever	140
5.3	Executoriale verkoop van verpande roerende zaken vóór faillissement van de pandgever	144
5.3.1	De verschillende varianten van executoriale verkoop	145
5.3.2	Verdeling van de executieopbrengst	149
5.3.3	Alternatief voor verkoop van verpande zaken vóór faillissement van de pandgever ('pseudo-executie')	149
5.4	Verkoop van verpande zaken tijdens faillissement van de pandgever	151
5.5	Uitwinning van verhypothekerde onroerende zaken	153
5.5.1	Executoriale verkoop van verhypothekerde zaken vóór faillissement van de hypotheekgever	153
5.5.2	Alternatief voor verkoop van verhypothekerde zaken vóór faillissement: 'pseudo-executie'	159
5.6	Verkoop van verhypothekerde zaken tijdens faillissement van de hypotheekgever	162
5.7	Uitwinning zekerheden in tweede verband	163

5.7.1	Uitwinning voor faillissement	163
5.7.2	Uitwinning tijdens faillissement	164
5.7.3	Uitwinning van derdenzekerheden	164
5.8	Wetswijziging per 1 januari 2015	165
6	COLLISIE RECHTEN VAN PAND EN HYPOTHEEK MET ANDERE RECHTEN	167
6.1	Eigendomsvoorbehoud (bank versus leverancier)	167
6.1.1	Werking eigendomsvoorbehoud en wettelijke regeling	168
6.1.2	Reikwijdte van het eigendomsvoorbehoud	169
6.1.2.1	Gezekerde vorderingen	170
6.1.3	Eigendomsvoorbehoud; op welke zaken	171
6.2	Eigendomsvoorbehoud versus pandrecht	171
6.2.1	Pandrecht op een voorwaardelijk eigendomsrecht	173
6.2.2	Eigendomsvoorbehoud: leidraad voor beoordeling	175
6.3	Uitgebreid eigendomsvoorbehoud	177
6.4	Voorbehouden pandrecht	180
6.5	Retentierecht: plaatsbepaling, definitie en ratio	181
6.5.1	Vereisten voor bestaan en voortbestaan van het retentierecht	182
6.5.2	Aard en werking van het retentierecht	184
6.5.3	Rang retentierecht ten opzichte van pand- en hypotheekrecht	185
6.5.4	Retentierecht in faillissement	187
6.5.5	Contractuele voorwaarden met betrekking tot het retentierecht	189
6.5.6	Beëindiging retentierecht	190
6.5.7	Retentierecht op onroerende zaken	190
6.6	Beslag; de bank versus andere schuldeisers van de kredietnemer	192
6.6.1	Derdenbeslag	193
6.6.2	Conservatoir versus executoriaal derdenbeslag	194
6.6.3	Te volgen procedure	195
6.6.4	Reikwijdte van het beslag – richtsnoeren voor acties	195
6.6.5	Opties om beslag op te heffen	197
6.6.6	Geen beslag op kredietruimte	199
6.6.7	Beslag op een G-rekening	199
6.7	Europees derdenbeslag (bank versus buitenlandse schuldeiser)	201
6.8	Beslag op onroerende zaken van de kredietnemer	203
6.8.1	Beslag op niet-verhypotheeerde zaken van de kredietnemer	203
6.8.2	Beslag op verhypotheeerde zaken van de kredietnemer	203
6.9	Beslag op vorderingen van de kredietnemer	204
6.10	Beslag op roerende zaken van de kredietnemer	207
6.11	Pand- en hypotheekrecht versus voorrecht	209
6.12	Bodem(voor)recht	211
6.12.1	Het bodemvoorrecht van de fiscus versus het pandrecht van de bank	212
6.12.2	Bodembeslag; bodemvoorrecht in faillissement	213
6.12.3	Bodem, bodemzaken	214
6.12.4	Invuistpandneming, bodemverhuur	215
6.12.5	Aanpassing Invorderingswet ten nadele van pandhouder	217
6.12.6	Safe Harbour-regeling	219
6.12.7	Bodemvoorrecht versus bodemrecht	220
6.13	Nadere complicaties	222
6.13.1	Omleiden betaalstroom van debiteuren van de kredietnemer	222

6.13.2	Het opnieuw belenen en verpanden van vorderingen	223
6.13.3	Het opnieuw belenen van voorraden en overige roerende zaken	224
7	FAILLISSEMENT EN SURSEANCE VAN BETALING	227
7.1	Inleiding	227
7.2	De belangrijkste rechtsbronnen van het Nederlandse insolventierecht	228
7.3	Twee insolventieprocedures voor rechtspersonen en personenvennootschappen: faillissement en surseance van betaling	229
7.4	Reputatieschade schuldenaar	229
7.5	Reikwijdte van Nederlandse insolventieprocedures	230
7.6	Leidende beginselen van Nederlands faillissementsrecht: paritas creditorum en fixatiebeginsel	231
7.7	Het rechtskarakter en doel van de faillissementsprocedure	231
7.8	De procedure tot faillietverklaring	232
7.9	Belangrijkste rechtsgevolgen van het faillissement	234
7.10	Vereffening tijdens faillissement: het wettelijk systeem versus de praktijk	236
7.10.1	Vaststelling passiva en verdeling in faillissement	236
7.10.2	Faillissement en doorstart – akkoord	237
7.11	Categorieën schuldeisers/schulden	239
7.11.1	Faillissementsvorderingen; de separatist	239
7.11.2	Faillissementsvorderingen; preferente schuldeisers	240
7.11.3	Faillissementsvorderingen; concurrente en achtergestelde schuldeisers	241
7.11.4	Niet-verifieerbare vorderingen	241
7.11.5	Boedelvorderingen	241
7.11.6	Verdeling in de praktijk	243
7.12	De faillissementscurator	243
7.12.1	Taken van de curator	245
7.12.2	Voortzetting van de onderneming	246
7.12.3	Vereffening, belangenbehartiging en verslaglegging door de curator	247
7.12.4	De curator en de rechter-commissaris	249
7.12.5	De curator en de gefailleerde	250
7.12.6	De curator en de gezamenlijke schuldeisers	251
7.12.7	De curator en de individuele schuldeisers	252
7.12.8	De curator en de separatisten	252
7.12.8.1	De afkoelingsperiode	253
7.12.9	Het inschakelen van de rechter-commissaris	254
7.13	De rol van de curator en functie van het faillissement: theorie vs. praktijk	256
7.14	Surseance van betaling	257
7.14.1	Procedure tot verlening surseance van betaling	258
7.14.2	Rechtsgevolgen surseance van betaling	259
7.14.3	Surseance van betaling en ‘doorstart’/continuïteit	260
7.15	De surseance van betaling in de praktijk: een slecht functionerend herstructureringsinstrument	260
7.16	Vereffening buiten faillissement	262
7.17	Europese Insolventieverordening	263
7.17.1	Strekking en toepassingsgebied	264
7.17.2	Hoofdprocedure en territoriale procedures	264
7.17.3	Wederzijdse erkenning en lex concursus	265

7.17.4	Voornaamste wijzigingen in de Europese Insolventieverordening	266
7.18	Afronding	267

Introductie

De auteurs van dit boek, Kaj Messelink en Robert van den Bosch, zijn met een aantal andere juristen binnen de juridische afdelingen van ING verantwoordelijk voor de juridische ondersteuning van de afdelingen binnen ING die zich bezig houden met het intensief of bijzonder beheer van bancaire relaties in het zakelijk domein die zich in problemen bevinden. Het gaat hierbij meestal om kredietrelaties, dus om ondernemingen waaraan krediet is verstrekt.

De ondersteuning die ING-bedrijfsjuristen aan hun collega's verlenen, is enerzijds van operationele aard en bestaat onder meer uit het geven van advies over de aanpak van juridische en strategische problemen die zich in kredietdossiers (kunnen) voordoen. In veel gevallen slaagt de onderneming erin – al dan niet na een herstructurering – het verliesgevende tij te keren. Is redding van de onderneming niet meer mogelijk, dan zal worden geassisteerd bij een zo goed mogelijke afwikkeling van de kredietrelatie, waarbij belangrijke aandacht uitgaat naar het doen terughalen van de middels kredietverlening uitgezette gelden (*'recovery'*), uiteraard met inachtneming van alle belangen die de bank zich behoort aan te trekken.

Anderzijds is de ondersteuning die ING-bedrijfsjuristen aan hun collega's verlenen meer structureel van aard. Door bijvoorbeeld het geven van workshops, trainingen en het doen uitgaan van interne signaleringen, trachten ING-bedrijfsjuristen een bijdrage te leveren aan het verbeteren van kennis die kredietbehandelaars nodig hebben om hun werkzaamheden goed te kunnen uitoefenen. In dit kader hebben de auteurs van dit boek een intern handboek geschreven over financiering, zekerheden en insolventie. Het gaat om een juridisch handboek, dat echter óók is geschreven voor professionals die geen jurist zijn. Het boek dat voor u ligt, is een (grondige) bewerking van het interne handboek. Het is een boek dat niet alleen bestemd is voor juristen, maar ook voor (andere) professionals die zich – binnen een bank of daarbuiten – bezighouden met (bancaire) financiering, herstructurering en kredietbeoordeling.

Het manuscript van dit boek is afgesloten op 30 juli 2017.

Lijst van veel gebruikte afkortingen

ABV	Algemene Bankvoorwaarden
BV	besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BW	Burgerlijk Wetboek
DGA	Directeur-groootaandeelhouder
diss.	Dissertatie
ECLI	European Case Law Identifier, Europese standaard voor het uniek nummeren van rechterlijke uitspraken van rechterlijke instanties in EU-landen. De opbouw is als volgt: ECLI:landcode:gerechtscode:jaar:nummer
e.v.	en volgende
Fw	Faillissementswet
HMS	Hoofdelijk-medeschuldenaar
HR	Hoge Raad der Nederlanden
IW 1990	Invorderingswet 1990
jo.	juncto (in verbinding met)
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
KIV	Kapitaalinstandhoudingsverklaring
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NV	naamloze vennootschap
NVB	Nederlandse Vereniging van Banken
p.	pagina / pagina's
q.q.	qualitate qua (in zijn hoedanigheid)
Rb.	Rechtbank
TvI	Tijdschrift voor Insolventierecht

Dit boek gaat over bancaire kredietverlening aan zakelijke klanten. Met bancaire kredietverlening zijn enorme bedragen gemoeid. Ter illustratie: uit de openbare jaarcijfers van ING kan worden afgeleid dat in het boekjaar 2016 uit hoofde van kredietverlening wereldwijd een bedrag uitstond van € 563.660.000.000. Binnen de Nederlandse grenzen ging het om een bedrag van € 195.389.000.000.¹ Het in Nederland door ING in de vorm van kredietverlening uitgezette bedrag bedroeg in 2016 derhalve bijna 35% van het wereldwijd door ING uitgezette bedrag.

De in de vorm van kredietverlening uitstaande bedragen zijn in de regel voor een substantieel deel door zekerheidsrechten gedekt. Zo was in 2015 binnen ING wereldwijd sprake van een hypothecaire dekkingsgraad van 56,5%. Van het in Nederland uitstaande bedrag was zelfs bijna 65% hypothecair gedekt. Boven op de genoemde hypothecaire dekkingspercentages is een substantieel deel van de uitgeleende gelden gecureerd door pandrechten op (voornamelijk) voorraden, vorderingen en inventaris. In bancair jargon wordt de hypothecaire dekking als primaire dekking beschouwd. De pandrechten op roerend actief vormen zogenoemde secundaire dekking. Juridisch geduid gaat het om de door de wet geregelde goederenrechtelijke zekerheidsrechten, te weten de rechten van pand en hypotheek (zie hoofdstuk 2).

De bank kan bij kredietverlening ook op andere manieren comfort bedingen. Geregeld wordt als voorwaarde bedongen dat partijen zich naast de kredietnemer (al dan niet hoofdelijk) aansprakelijk stellen, of een garantie afgeven. Gebeurt dat door een collega-bank of een overheid van een zekere kwaliteit, dan biedt dat bijna maximaal comfort. Uit de jaarcijfers van ING blijkt dat in het boekjaar 2016 8,2 % van het wereldwijd in de vorm van kredietverlening uitstaande bedrag door middel van een garantie of borgstelling van een overheidslichaam was gedekt. Dat komt neer op een bedrag van ruim € 46 miljard. Van het in Nederland uitstaande bedrag was maar liefst 14,2 % door de overheid gedekt of gegarandeerd. Daarnaast is sprake van een scala aan borgstellingen, garanties en hoofdelijk medeschuldnaarstellingen, afgegeven door private partijen, zoals bedrijven en particulieren. Hiervoor wordt verwezen naar par. 2.6, 2.7 en 2.8.

Tot slot kan ook worden gedacht aan nog verder afgeleide rechtsfiguren en corresponderende verklaringen, waaruit een zekere betrokkenheid of een zeker door de kredietverlening gegenereerd enthousiasme blijkt, bijvoorbeeld van een buitenlandse moedermaatschappij. Hierbij dient te worden gedacht aan zoge-

1 Deze cijfers zijn ontleend aan openbare jaarcijfers van ING Groep NV over het boekjaar 2016.

naamde ‘letters of comfort’ en verwante rechtsfiguren. De waarde hiervan bevindt zich soms meer op het moraliteitsvlak, terwijl het in andere gevallen gaat het om afdwingbare (en uitwinbare) zekerheid. In sommige gevallen is het lastig vast te stellen of de steller van een *letter of comfort* verplichtingen op zich heeft genomen jegens de (bancaire) financier en zo ja, welke verplichtingen dit dan zijn. Voor de uitwerking hiervan wordt verwezen naar par. 2.8.

1.1 Het belang van bancaire kredietverlening

Uit de hiervoor geduide bedragen, die betrekking hebben op slechts een van de Nederlandse banken, kan worden afgeleid dat banken een cruciale rol in de kredietverlening vervullen. Indien de ter illustratie gegeven bedragen zouden worden vermeerderd met de cijfers en gegevens van andere Nederlandse én (vooral) buitenlandse banken, dan komen we op ronduit astronomische en nauwelijks meer te benoemen bedragen uit. Dit toont aan dat de vraag naar op krediet beschikbaar te stellen geld even ‘enorm’ of ‘astronomisch’ moet zijn. Het feit dat de vraag naar en behoefte aan krediet zo groot is, lijkt erop te wijzen dat maar weinig ondernemers intrinsiek zo solide, solvabel en liquide zijn, dat er zonder enige vorm van (bancair) krediet kan worden gewerkt. Een bewust simpel en enigszins gechargeerd ingekleurd voorbeeld kan deze behoefte aan bancair krediet verklaren.

Gerekend vanaf een denkbeeldig nulmoment, maakt een willekeurig bedrijf kosten, zonder dat hier verdiensten tegenover staan. Vroeg in de ochtend arriveren de eerste werknemers, die het licht en de verwarming aandoen en de machines vast aanzetten. De boekhouder, net terug van drie weken vakantie, ziet dat er vaste lasten en verzekeringspremies moeten worden betaald en start het elektronisch betaalsysteem op. Bovendien dienen morgen de salarissen te worden betaald. Er ligt ook een herinnering voor de te betalen huur voor het kantoor en fabriekshal met belendende magazijnen. De betaaltermijn voor het voldoen van een voorlopige belastingaanslag is ook al even verstreken. De bedrijfsleider constateert dat de voorraden in de magazijnen hoognodig dienen te worden aangevuld en zet zich aan de bestellingen. Enkele machines moeten worden gereviseerd, dus het onderhoudsbedrijf wordt opgelijnd. Twee machines dienen zelfs te worden vervangen, waartoe een bestelling bij de groothandel wordt geplaatst. Die dag worden halffabricaten en eindproducten gereed gemaakt voor levering. Dan dient zich als klap op de vuurpijl ook nog eens de realiteit aan dat afnemers verwachten leverancierskrediet te ontvangen. Bij leverancierskrediet wordt er aan afnemers geleverd, terwijl zij pas op een termijn van (in de regel) 30 of 60 dagen hoeven betalen.

In dit (als geduid: bewust gechargeerde) voorbeeld is aan het eind van de dag alleen maar veel geld uitgegeven, terwijl er nog geen dubbeltje is binnengekomen. Zelfs een zeer gezond bedrijf heeft een kredietfaciliteit nodig, die de onderneming onder diverse omstandigheden in staat stelt aan haar (betalings)verplichtingen te kunnen blijven voldoen. In dit hoofdstuk zullen de diverse verschijningsvormen en varianten waarin het fenomeen ‘krediet’ zich kan voordoen, de revue passeren. Eerst zal echter kort worden stilgestaan bij het ontstaan van banken.

1.2 De geschiedenis van banken

Bankieren in de moderne zin van het woord vindt zijn oorsprong in de late middeleeuwen en de vroege renaissance in Italië.² De eerste banken ontstonden in de streken die thans bekend zijn als Lombardije en Toscane, rondom de rijke steden in het noorden, zoals Florence, Venetië en Genua. Het 'geld' in de middeleeuwen werd gemaakt door goudsmeden. Deze goudsmeden fabriceerden en produceerden niet alleen de munten, ze beoordeelden ook de waarde van de buitenlandse munten die de Italiaanse handelaren meenamen. Buitenlandse munten werden vaak 'in de smidse' omgewisseld voor de lokale munt. De goudsmeden werden geleidelijk experts in het beoordelen van de waarde van de aangeboden munten. Ze wogen de munten en konden zo onmiddellijk beoordelen of ze te maken hadden met een vervalsing.

De smeden ontwikkelden zich op deze wijze, naast producenten van geld, ook tot kopers en verkopers van geld. Zij bezaten bovendien kluisen, waar handelaren veilig hun gelden konden stallen. Dat was beter dan thuis in het matras, of het bij zich te dragen. Berovingen waren aan de orde van de dag. De smeden of geldwisselaars gingen zo een belangrijke rol vervullen in de middeleeuwse steden.

Een van de manieren om te beoordelen of een gouden of zilveren munt niet teveel tin of koper bevatte, was om de munt te laten vallen op een marmeren tafelblad. Aan het geluid kon de smid horen of de munt wel zuiver was. Dat tafelblad heette een '*banca*'. De smid werd daarom ook wel '*banchiere*' genoemd. In deze (Italiaanse) begrippen doemen de eerste associaties op met de heden ten dage zo ingeburgerde termen 'banken' en 'bankiers'.

Na verloop van tijd gingen deze 'bankiers' munten voor hun klanten bewaren. In ruil voor het in bewaring geven van een hoeveelheid munten ontvingen de klanten een soort ontvangstbewijs. Dat bewijsstuk werd wel geduid als een 'wissel'. Tegen het inleveren van deze wissel kon het aantal ingelegde munten op enig moment weer worden opgehaald. Daarnaast ontstond op den duur echter de gewoonte om met deze wissels (in plaats van met munten) te gaan betalen. Zo gezien, vervulden wissels de functie van de eerste bankbiljetten.

Voorts werd geleidelijk duidelijk dat de gezamenlijke inleggers van gelden nimmer tegelijkertijd hun gelden kwamen opeisen. Hiermee bouwden de eerste bankiers een vast tegoed of een vaste buffer of 'bodem' op in de kluisen. Dit tegoed werd na verloop van tijd stukje bij beetje aangewend om leningen te verstrekken aan wie dat wilde en daar goed genoeg voor werd bevonden. Hiermee kreeg de dubbelfunctie of transformatiefunctie van banken geleidelijk gestalte. Er werd geld ingenomen en er werd geld (in de vorm van krediet) uitgezet. Aanvankelijk dienden klanten voor beide varianten een vergoeding te betalen. Toen het besef doordrong dat de grondstof voor kredietverlening (in modern bancaire jargon: funding) door ingelegd geld werd gevormd, ging men zich realiseren dat de banken in die tijd van twee walletjes aten. Dat besef leidde geleidelijk tot een correc-

2 De in dit hoofdstuk geschetste geschiedenis is door de auteurs in de loop der tijd uit algemene en toegankelijke bronnen opgedaan, doch is in delen onder meer terug te vinden op www.penningkabinet.nl, www.silvermountain.nl en Wikipedia.

tie, in die zin dat de banken de inleggers van geld een vergoeding gingen betalen (creditrente). De gebruikers van geld (kredietnemers) betaalden op hun beurt een vergoeding voor de geleende gelden (debetrente). Zo ontstond het rentemargebedrijf, dat nog steeds de belangrijkste kerntaak van de banken van vandaag vormt: het creëren van een marge tussen de door de banken te betalen vergoeding voor ingelegd geld en de door afnemers van geld (kredietnemers) aan de banken te betalen vergoeding voor geleend geld.

1.3 Vormen van kredietverlening

Kredietverlening kent meerdere verschijningsvormen, zoals leverancierskrediet, huurkoopkrediet en bancair krediet. Alleen het krediet dat aan ondernemingen wordt verstrekt door banken, factormaatschappijen en leasemaatschappijen wordt in dit boek behandeld. De consumentenkredietovereenkomst komt in dit boek niet aan de orde.

Bancaire kredieten verstrekt aan het bedrijfsleven, van kleine en middelgrote ondernemingen tot omvangrijke concerns, vormen de bulk van de Nederlandse zakelijke kredietmarkt. Typerend voor die financieringen is dat in de regel gebruik wordt gemaakt van relatief summier opgestelde kredietovereenkomsten, waarop diverse sets algemene voorwaarden van toepassing worden verklaard, zoals de Algemene Bankvoorwaarden (hierna: ABV, opgesteld na overleg tussen de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) en representatieve Nederlandse consumenten- en ondernemersorganisaties).³ Daarnaast werken banken met hun eigen additionele algemene bepalingen van kredietverlening en algemene bepalingen van zekerheidstelling, of bepalingen van pand- en hypotheekrecht.

De kredietvoorwaarden van grote kredieten die worden verstrekt door meerdere banken (gesyndiceerde kredieten of syndicaatsfinancieringen genoemd) worden doorgaans vastgelegd in omvangrijke en gedetailleerde kredietovereenkomsten die vaak zijn gebaseerd op standaarden die zijn opgesteld door de Loan Market Association (LMA), gevestigd te Londen, Verenigd Koninkrijk.

1.4 Twee grondvormen van bancair krediet⁴

Bancair krediet kent als uitgangspunt twee grondvormen: de geldlening en het rekening-courantkrediet. Tussen beide kredietvormen bestaan diverse onderscheidende verschillen.

(I) Bij het rekening-courantkrediet worden ‘aflossingen’ die de kredietnemer binnen het overeengekomen kredietlimiet doet, automatisch opnieuw als krediet ter beschikking gesteld. Afgeloste bedragen op geldleningen kunnen daarentegen niet opnieuw worden opgenomen door de kredietnemer.

3 De meeste recente versie van de ABV is van kracht geworden op 1 maart 2017.

4 Verdaas geeft in zijn *Ars Aequi*-cahier een accurate en bondige beschrijving van bancaire kredietverlening aan het midden- en kleinbedrijf vanuit juridisch perspectief. Voor de hiernavolgende paragrafen 1.4-1.6.2 hebben wij gebruik gemaakt van zijn inleiding. Zie A.J. Verdaas, *De bancaire kredietovereenkomst*, Nijmegen: *Ars Aequi* 2012. Zie verder over de overeenkomst van geldlening o.a. J.G. Gräler, *Bruikleen, verbruikleen en geldlening* (Mon. BW nr. B89), Deventer: Kluwer 2012, hoofdstuk 5.

(II) Doorgaans heeft de bank bij rekening-courantkrediet meer en ruimere bevoegdheden tot aanpassing van de kredietvoorwaarden (waaronder de kredietlimiet en de rente), dan bij de geldlening. Onderdeel van dit verschil is de voor het rekening-courantkrediet zo kenmerkende dagelijkse opzegbaarheid.⁵ Dit kenmerk kent de vaste geldlening niet, omdat deze nu juist voor een bepaalde, vooraf overeengekomen periode wordt verstrekt.

(III) Een rekening-courantkrediet mag doorgaans te allen tijde geheel of gedeeltelijk worden terugbetaald (afgelost), terwijl vervroegde aflossing bij de geldlening niet of slechts onder voorwaarden – waaronder de betaling van een contractuele vergoeding voor vervroegde aflossing – is toegestaan.

1.4.1 Overeenkomst van geldlening

Aan vaste geldleningen, zoals middellange leningen, kasgeldleningen, *bullet* leningen et cetera, liggen contracten voor bepaalde duur ten grondslag. De overeenkomst van geldlening is de overeenkomst waarbij de geldgever (bank) zich verbindt aan de geldnemer (kredietnemer) een som geld te verstrekken in ruil waarvoor de geldnemer zich verbindt een even grote som geld – vermeerderd met rente – terug te betalen.⁶

Voor de overeenkomst van geldlening gold tot 1 januari 2017 de uit het oud BW stammende wettelijke regeling voor de overeenkomst van verbruikleen. Deze regeling was te vinden in art. 7A:1791-1810 BW. Voor de praktijk van bancaire kredietverlening had deze regeling nauwelijks betekenis, omdat daarin geen dwingend recht was opgenomen.⁷

Met ingang van 1 januari 2017 geldt voor overeenkomsten van geldleningen waarbij de kredietnemer een niet-consument (in bankjargon: zakelijke klanten) is de wettelijke regeling⁸, opgenomen in Titel 2c van Boek 7 BW.⁹ Als de kredietverstrekker een bank is, geldt alleen art. 7:129 BW, dat een definitie bevat van de overeenkomst van geldlening. Dit betekent dat voor bancaire geldleningen met

5 Wat betreft de dagelijkse opzegbaarheid van rekening-courantkredieten is een nuancering op zijn plaats. ING is recentelijk begonnen om sommige (volledig) ongecommiteerde – en dus: dagelijkse opzegbare – rekening-courantkredieten om te zetten naar ‘gecommiteerde’ rekening-courantkredieten. Bij aldus omgezette rekening-courantkredieten ontbreekt de dagelijkse opzegbaarheid.

6 Alleen in het geval er – hoogst uitzonderlijk – renteloos wordt gefinancierd, is géén rente verschuldigd.

7 Vermeldenswaard is nog wel dat art. 7A:1791 BW voorschreef dat de overeenkomst van geldlening pas tot stand kwam nadat (i) financier en kredietnemer wilsovereenstemming hadden en (ii) de financier het uit te lenen bedrag ter beschikking had gesteld. De overeenkomst van geldlening was derhalve een reële overeenkomst waarvan de kredietnemer geen nakoming kon vorderen als de financier zich na het bereiken van wilsovereenstemming bedacht. Voor bancaire kredietverstrekking werd dit uiteraard onwenselijk geacht en in de literatuur werd betoogd dat een bank wél kan worden gedwongen haar toezegging tot geldverstrekking na te komen. Ook de rechtspraak biedt voorbeelden van deze benadering. De Rechtbank Amsterdam bijvoorbeeld oordeelde dat een professionele geldverstrekker geen beroep toekomt op de niet-afdwingbaarheid van de toezegging om een geldlening te verstrekken (Rb. Amsterdam 12 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1475). Al met al kan gezegd worden dat voor de praktijk van bancaire kredietverlening art. 7A:1791 BW reeds een dode letter was. De tot 1 januari 2017 geldende wettelijke regeling inzake verbruikleen wordt onder meer behandeld in A.C. van Schaick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VIII**, Deventer: Kluwer 2012, hoofdstuk 5.

8 *Sib.* 2016/360.

9 Over de nieuwe regeling voor geldleningen is nog weinig gepubliceerd. Het concept-wetsvoorstel dat aan de nieuwe regeling in Titel 2c van Boek 7 BW ten grondslag ligt, is besproken door G. Gräler, ‘*Geldlening in een modern jasje*’, *WPNR* 2015/7058, p. 339-345.

een zakelijk karakter nog steeds geen dwingend recht geldt en partijen veel contractsvrijheid hebben. Dat berust op een bewuste keuze van de wetgever.¹⁰

Voor overeenkomsten van geldlening tussen professionele kredietverstrekkers en niet-consumenten is het reële karakter van de overeenkomst vervallen.¹¹

De verschaffing van het overeengekomen geldbedrag kan op verschillende wijzen geschieden. Zo kan de geldlening worden verstrekt door girale betaling of afgifte van chartaal geld (munten en/of bankbiljetten), maar ook door bijvoorbeeld verrekening, omzetting van een reeds bestaande schuld in een geldlening of, ten slotte, herfinanciering. Ook kan zijdens de bank uitvoering worden gegeven aan de overeenkomst van geldlening door terbeschikkingstelling van het te lenen bedrag aan een derde, mits daarover – uiteraard – wilsovereenstemming bestaat tussen de bank en de kredietnemer.

Voor geldleningen gelden doorgaans – anders dan voor rekening-courantkredieten – vaste rentepercentages die gedurende een bepaalde termijn niet door de bank mogen worden gewijzigd. In een toenemend aantal gevallen lijdt dit uitzondering bij vaste geldleningen die worden verstrekt op basis van een variabel tarief (doorgaans gebaseerd op het EURIBOR-tarief), met een opslag.¹² Voor geldleningen gelden voorts strengere eisen ten aanzien van voortijdige beëindiging dan voor tussentijdse wijziging of beëindiging van rekening-courantkredieten. Vaste geldleningen kunnen alleen vóór het verstrijken van de looptijd worden opgezegd/beëindigd als sprake is van een deugdelijke en voldoende gewicht in de schaal leggende opeisingsgrond of combinatie van opeisingsgronden. Hier wordt in het vervolg bij de behandeling van de onderwerpen ‘kredietbeëindiging’ en ‘kredietopeising’ in hoofdstuk 3 nader op ingegaan.

1.4.2 Krediet in rekening-courant

Een rekening-courantovereenkomst is een overeenkomst waarbij de contractspartijen geldvorderingen die zij over en weer verkrijgen, verantwoord in één

10 Dit volgt uit de memorie van toelichting bij het wetsontwerp waarop de wettelijke bepalingen in Boek 7 BW aangaande kredietovereenkomsten zijn gebaseerd. De wetgever achtte dwingend recht alleen op zijn plaats voor kredietovereenkomsten – overeenkomsten van geldlening inbegrepen – waarbij een consument kredietnemer is én voor overeenkomsten van geldlening tussen particulieren. Voor laatstbedoelde overeenkomsten gelden art. 7:129b-129f BW. In de memorie van toelichting is het volgende te lezen (onderstreping toegevoegd, auteurs): “Titel 2C van het wetsvoorstel vervangt de huidige sterk verouderde titel 7A.14 BW betreffende verbruiklening van roerende zaken en bouwt voort op titel 7.2 afdeling 1 van het voorontwerp 1972 betreffende verbruikleen van geld. Titel 7.2C betreft uitsluitend geldlening. De overeenkomst van geldlening is naar zijn aard een kredietovereenkomst in de zin van de titels 7.2A en 7.2B. Die titels zijn evenwel niet op alle overeenkomsten van geldlening van toepassing, met name niet wanneer het noch om consumentenkrediet in de zin van titel 7.2A, noch om goederenkrediet in de zin van titel 7.2B gaat. In artikel 129a is tot uiting gebracht dat titel 7.2C niet kan afdoen aan hetgeen in de titels 7.2A en 7.2B is bepaald. Naast de regelingen van deze titels is in titel 7.2C slechts behoefte aan enkele algemene regels (artikelen 129 en 129a) en een paar toevoegingen die vooral van belang zijn voor overeenkomsten van geldlening tussen particulieren (artikelen 129b-129f).” (Kamerstukken II 2015/16, 34442, nr. 3, p. 15 (MvT)).

11 Uit art. 7:129b BW volgt dat voor overeenkomsten van geldlening tussen particulieren het reële karakter is gehandhaafd. Hierin is de benadering die Van Schaick verdedigt, te herkennen. Van Schaick bepleit namelijk een genuanceerde benadering van de overeenkomst van geldlening die inhoudt dat deze een reële overeenkomst moet zijn als de geldlening een vriendendienst is, terwijl deze overeenkomst een consensuele overeenkomst zou moeten zijn als deze een commercieel karakter heeft. Zie A.C. van Schaick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VIII*, Deventer: Kluwer 2012/216.

12 De vraag of – en zo ja: onder welke voorwaarden – banken het recht hebben om op basis van een daartoe strekkende contractuele bepaling de opslag aan te passen, is onderwerp van juridische procedures. Zie in dit verband het vonnis Rb. Amsterdam 21 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5825, *NTHR* 2016/6, p. 329 (*X en Y/ING*). Een uitspraak van de Hoge Raad is er (nog) niet.

rekening. Een der partijen administreert de rekening en boekt de geldvorderingen (art. 6:140 BW). Een bankrekening is een voorbeeld van een dergelijke rekening. De bankrekening fungeert als middel om vorderingen van de bank op de rekeninghouder en vice versa te administreren. Aan de hand van (uitleg van) de rekeningovereenkomst – de overeenkomst die het gebruik van een bankrekening regelt – moet worden bepaald welke vorderingen wel en welke niet op de bankrekening moeten worden geadministreerd.

Kenmerkend voor de rekening-courant is dat vorderingen over en weer worden verrekend en dat deze verrekening automatisch (van rechtswege) plaatsvindt (zie art. 6:140 lid 1 BW). De rekeninghouder wiens bankrekening een creditsaldo vertoont, heeft voor het bedrag van dat saldo een vordering op de bank. Geeft de rekeninghouder aan de bank een betalingsopdracht die voldoet aan de daaraan in de rekeningovereenkomst (inclusief toepasselijke algemene voorwaarden) gestelde voorwaarden, dan zal de bank die betalingsopdracht uitvoeren, vooropgesteld dat het saldo op de bankrekening toereikend is. Toereikend betekent – indien geen rekening-courantkrediet is verstrekt – dat het bedrag van het creditsaldo van de bankrekening ten minste gelijk is aan het bedrag van de betalingsopdracht.¹³ Hetzelfde geldt voor het geval de rekeninghouder (*over the counter* of via een geldautomaat) een bedrag contant wil opnemen. Voert de bank een betalingsopdracht uit zonder dat het creditsaldo toereikend is, dan vertoont de bankrekening na de uitvoering een debetsaldo of kredietsaldo (zonder kredietovereenkomst ook wel geduid als een ‘overstand’) en heeft de bank, voor het bedrag van de overstand, een direct opeisbare vordering op de rekeninghouder.

De essentie van een rekening-courantkredietovereenkomst is dat de bank betalingsopdrachten ook uitvoert zonder dat het creditsaldo dat de bankrekening vertoont daarvoor toereikend is. De voorwaarde bestaat er in dat geval in dat, met de honorering van de verzochte betalingen of andersoortige disposities (zoals kasopnames), het debetsaldo van de rekening niet hoger wordt dan de kredietlimiet.

Zoals eerder gesteld, is kenmerkend voor het rekening-courantkrediet dat sprake is van een doorlopend en revolverend karakter. Na tussentijdse ‘aflossing’, bijvoorbeeld als gevolg van een binnenkomende betaling, afkomstig van een debiteur van de kredietnemer, komt het aldus ‘afgeloste’ deel van het krediet direct en automatisch weer ter beschikking van de kredietnemer.

Een rekening-courantkredietovereenkomst verplicht zowel de bank als de kredietnemer doorlopend tot het verrichten van nieuwe prestaties. Daarom is de rekening-courantkredietovereenkomst een duurovereenkomst. Deze vaststelling is van belang voor de mogelijkheden om de rekening-courantkredietovereenkomst te beëindigen. De dagelijkse opzegbaarheid vormt een wezenlijke kenmerk van de meeste rekening-courantkredieten. In hoofdstuk 3 van dit boek wordt uitgebreid ingegaan op kredietbeëindiging.

13 Daarbij moet wel rekening worden gehouden met een eventueel (conservatoir) beslag dat onder de bank is gelegd ten laste van de rekeninghouder en met blokkades van een tegoed als dekking voor bankgaranties die de bank heeft verstrekt in opdracht van de rekeninghouder. Een toereikend saldo betekent in dat geval dat het creditsaldo ten minste gelijk is aan de geadministreerde blokkade in verband met beslag/bankgarantie plus het bedrag van de betalingsopdracht.

Tot de invoering van Titel 2c in Boek 7 BW op 1 januari 2017 gold voor de rekening-courantkredietovereenkomst met een niet-consument als kredietnemer géén specifieke wettelijke regeling. Met ingang van 1 januari 2017 geldt voor rekening-courantkredietovereenkomsten tussen professionele kredietverstrekkers zoals banken en niet-consumenten (zakelijke klanten) art. 7:129 BW, de definitiebepaling die ook geldt voor overeenkomsten van geldlening. Het eerste lid van genoemde bepaling lijkt alleen op overeenkomsten van geldlening te zien:

“De overeenkomst van geldlening is de kredietovereenkomst waarbij de ene partij, de uitlener, zich verbindt aan de andere partij, de lener, een som geld te verstrekken en de lener zich verbindt aan de uitlener een overeenkomstige som geld terug te betalen.”

Echter, uit art. 7:129 lid 2 BW volgt dat onder overeenkomst van geldlening ook moet worden verstaan een overeenkomst waarbij krediet wordt verstrekt in de vorm van rekening-courant. Dat tweede lid bepaalt:

“Indien is overeengekomen dat de kredietnemer door een enkele verklaring, een betalingsopdracht daaronder begrepen, de kredietgever kan verplichten hem een som geld te verstrekken, komt pas door deze verklaring de geldlening tot stand.”

In deze wat cryptische bepaling lijkt men het reële karakter van de overeenkomst van geldlening – in de vorm van een rekening-courantkrediet – te ontwaren, maar dan in spiegelbeeld: er is pas een overeenkomst als de kredietnemer het krediet gebruikt (‘trekt’ in bankjargon). Uit de memorie van toelichting volgt evenwel dat de bedoeling van deze bepaling enkel is duidelijk te maken dat kredietruimte – het gedeelte van het rekening-courantkrediet dat nog niet is gebruikt door de kredietnemer, zijnde het verschil tussen de kredietlimiet en het debet-/creditsaldo – niet vatbaar is voor (verhaals)beslag voor de schuldeisers van de kredietnemer.¹⁴ Art. 7:129 lid 2 BW is derhalve een codificatie van het Hoge Raad-arrest *Van den Bergh/Van der Walle*.¹⁵ Het had wellicht meer voor de hand gelegen (simpelweg) te bepalen dát kredietruimte niet voor beslag vatbaar is en deze bepaling op te nemen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in de afdeling over derdenbeslag.

Tweede punt van kritiek op de wettelijke regeling is dat de overeenkomst waarbij rekening-courantkrediet wordt verstrekt als een overeenkomst van geldlening wordt gekwalificeerd. Tussen de kredietvormen geldlening en rekening-courantkrediet bestaan evenwel belangrijke verschillen. Het had daarom meer voor de hand gelegen voor de overeenkomst van rekening-courantkrediet een andere definitie op te nemen dan voor de overeenkomst van geldlening. Daarbij moet wel worden gezegd dat de wettelijke definitie vermoedelijk tot weinig geschillen of problemen aanleiding zal geven, aangezien er geen dwingende wetsbepalingen zijn en bancaire kredietovereenkomsten doorgaans in detail regelen welke rechten en verplichtingen over en weer gelden.

14 *Kamerstukken II* 2015/16, 34442, nr. 3, p. 44.

15 HR 29 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4504, NJ 2006/203.

Een rekening-courantkrediet wordt geadmistreerd op een bankrekening waarop betalingen aan respectievelijk disposities door de kredietnemer worden opgenomen. Art. 6:140 BW regelt de werking van een rekening-courant. Bank en kredietnemer kunnen van deze regeling afwijken.¹⁶

Het rekening-courantkrediet is een effectief en efficiënt middel voor het beheer van de liquiditeitspositie van de kredietnemer. Immers, het krediet is flexibel: de kredietnemer kan het krediet benutten dat hij nodig heeft, niet meer of minder. Daarbij komt dat opnames en boekingen – die doorgaans zeer frequent geschieden – weinig administratieve lasten meebrengen voor bank en kredietnemer. Nagenoeg alle ondernemingen maken mede daarom gebruik van rekening-courantkrediet. Voor de bank fungeert de mate waarin een kredietnemer gebruikmaakt van zijn rekening-courantkrediet en het verloop dat daarbij optreedt als middel ter bepaling van kredietrisico's ('thermometerfunctie'). Verkraapt de liquiditeitspositie, dan zal het kredietgebruik toenemen. Dat kan een incidentele aanleiding hebben en hoeft om die reden nog niets te zeggen over de meer structureel bepaalde financiële positie van de kredietnemer. Keert de verkrapting van de liquiditeitspositie echter herhaaldelijk terug, dan is er reden aan te nemen dat er in structurele zin méér aan de hand is.

1.4.3 *Multi purpose faciliteiten*

In veel gevallen komen de bank en de kredietnemer overeen dat de kredietnemer op meerdere manieren over diens rekening-courantkrediet kan beschikken. Naast de mogelijkheid van het verrichten van reguliere betalingen moet dan worden gedacht aan het opnemen van (meestal relatief) kortlopende vaste leningen (in de regel kasgeld), het (doen) openen van accreditieven of *letters of credit* voor grensoverschrijdend betalingsverkeer, het beschikken in vreemde valuta en het doen stellen van bankgaranties.

Zowel met het verzoek tot het openen van een accreditief als die tot het stellen van een bankgarantie geeft de klant zijn bank de opdracht tot het aangaan van een voorwaardelijke verplichting van de bank jegens de begunstigde, doch voor rekening van de klant. Bij het openen van een accreditief neemt de bank de verplichting op zich om de begunstigde van een te betalen bedrag daadwerkelijk te betalen, indien en zodra deze begunstigde bepaalde overeengekomen documenten aan de bank overlegt. Bij een bankgarantie neemt de bank de verplichting op zich om de begunstigde van de garantie een bepaald, vooraf overeengekomen, bedrag te betalen in het geval dat de garantie conform de overeengekomen voorwaarden en formaliteiten wordt geclaimd.

In beide situaties zal de bank de klant, die verantwoordelijk is voor het verzoek tot het openen van het accreditief of het stellen van de bankgarantie, belasten voor het bedrag van het accreditief of de bankgarantie, zodra uitbetaling door de bank heeft plaatsgevonden. Bij bankgaranties is deze doorbelasting gebaseerd op een separaat door de opdrachtgever te tekenen contragarantie. Bij accreditieven maakt dit regulier onderdeel uit van de gemaakte afspraken.

Heeft de bank aan de opdrachtgevende klant een rekening-courantkrediet verstrekt, dan verlaagt de bank doorgaans de kredietruimte in rekening-courant met

16 Zie voor de mogelijkheid om af te wijken art. 6:140 lid 5 BW.

het bedrag van de voorwaardelijke vordering van de bank op de klant uit hoofde van de contragarantie, dan wel de afspraken die in het kader van het openen van het accreditief zijn gemaakt. Heeft de bank een bedrag aan de begunstigde betaald, dan debiteert de bank op basis van de contragarantie of de gemaakte afspraken de bankrekening en wordt de bij het openen van het accreditief of het stellen van de garantie ingestelde bedragblokkade door deze debitering vervangen. De dispositieruimte wijzigt hier niet mee. Op deze wijze wordt de koopkracht of liquiditeitsruimte die de bank aan de kredietnemer verschaft, benut om op verzoek van en voor rekening van de kredietnemer accreditieven te openen of bankgaranties te stellen, zonder dat hij in verband daarmee een creditsaldo moet aanhouden en zonder dat incasso van de verhaalsvordering resulteert in een overschrijding van de kredietlimiet. Wordt niet betaald, omdat de bankgarantie wordt geretourneerd of verloopt, of het accreditief vervalt, dan valt ook de corresponderende kredietruimte die aanvankelijk was geblokkeerd, weer vrij.

Van de opdrachtgever die bij de bank *geen* rekening-courantkrediet geniet, zal de bank verlangen dat hij bij de bank een in de regel aan de bank te verpanden en te blokkeren creditsaldo aanhoudt tot het bedrag dat de bank onder de bankgarantie of het accreditief ten hoogste zal moeten betalen (in bancair jargon ‘*cash cover*’). De bank kan, nadat zij als garant of accreditief openende bank een bedrag aan de begunstigde heeft betaald, haar vordering op de opdrachtgever verhalen op dat creditsaldo, als pandhouder of door verrekening van haar schuld aan de opdrachtgever (het creditsaldo) met haar vordering voortvloeiend uit de contragarantie of andere afspraken tussen de bank en de opdrachtgever.

Ten slotte dient men zich te realiseren dat een door de bank aanvaarde zelfstandige voorwaardelijke verplichting (obligo) tot het betalen van een bedrag (bankgarantie of accreditief) met verpand creditgeld als dekking, een vorm van kredietverlening is. De gedachte dat het hier om een per saldo neutrale (obligo versus creditsaldo) situatie gaat, doet daar niet aan af. Omdat er krediet wordt verleend, zal de bank het kredietrisico dat zij loopt op de opdrachtgever moeten beoordelen.

1.5 Totstandkoming van kredietovereenkomsten

De overeenkomst van geldlening en de rekening-courantkredietovereenkomst zijn overeenkomsten waarop zowel de regeling in Titel 2c van Boek 7 BW als de wettelijke algemene bepalingen voor overeenkomsten van toepassing zijn.¹⁷ Dit betekent dat zij beide tot stand komen door aanbod en aanvaarding.¹⁸ In de regel zal de bancaire kredietovereenkomst tot stand komen doordat de bank op verzoek van de (aspirant-)kredietnemer een schriftelijk aanbod (de offerte) uitbrengt, dat

17 Zie in dit verband Titel 6.5 BW, art. 6.217 e.v. BW.

18 Wij roepen in herinnering dat met de invoering van Titel 2c in Boek 7 BW (inwerkingtreding 1 januari 2017) overeenkomsten van geldlening tussen professionele kredietverstrekkers en niet-consumenten niet langer reële overeenkomsten zijn en daarom tot stand komen door aanbod en aanvaarding. Overeenkomsten van geldlening tussen particulieren zijn nog wel reële overeenkomsten, zo volgt uit art. 7:129b BW. Dit betekent dat een dergelijke overeenkomst pas tot stand komt indien de leninggever het uit te lenen bedrag daadwerkelijk aan de leningnemer ter beschikking heeft gesteld en dat de leningnemer tot dat moment geen nakoming kan vorderen van de afspraak om hem een bepaald bedrag te lenen. Zie ook par. 1.4.1.