KiFiD
Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Niet-bindende uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-143
(mr. R.J. Paris, voorzitter, mr. A.P. Luitingh, lid en mr. P.E. Roodenburg, secretaris)

Samenvatting

Particuliere borgstelling kan niet kan worden aangemerkt als een Financiële dienst in de zin van het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid). De Commissie acht zich niet bevoegd te oordelen over onderhavige vordering.

1. Procedure

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:
- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het verzoek tot geschilbeslechting met bijlagen, ontvangen d.d. 6 mei 2011;
- de aanvulling op het verzoek van Consument met bijlagen, d.d. 28 mei 2011;
- het antwoord van Aangeslotene met bijlagen, d.d. 9 september 2011;
- de repliek van Consument d.d. 19 september 2011;
- de dupliek van Aangeslotene d.d. 10 oktober 2011.

De Commissie heeft vastgesteld dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft geleid.
De Commissie heeft vastgesteld dat beide partijen het advies als bindend zullen aanvaarden.
De Commissie heeft partijen opgeroepen voor een mondelinge behandeling te Den Haag op 23 maart 2012. Aldaar zijn partijen verschenen.
Wegens overmacht kon een van de aangewezen Commissieleden de zitting niet bijwonen. Partijen hebben er ter zitting mee ingestemd dat de Commissie uit twee Commissieleden zal bestaan.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1. In mei 2002 is aan een besloten vennootschap (verder: "de vennootschap") een kredietfaciliteit verstrekt. Doel hierbij was de financiering van werkkapitaal alsmede van inkoop van aandelen van een vertrekkende aandeelhouder. Zowel Consument als de heer X waren aandeelhouder van de vennootschap en hebben zich in het kader van de kredietfaciliteit borg gesteld.

2.2 Bij overeenkomst van 12 november 2002 is voornoemde kredietfaciliteit (met een hoofdsom van € 175.000,-) gewijzigd. Hierbij zijn onder meer de door Consument respectievelijk de heer X met betrekking tot de kredietfaciliteit aan Aangeslotene afgegeven borgstellingen verhoogd naar € 50.000,- (Consument) en € 75.000,- (de heer X).

2.3 In februari 2009 heeft de heer X ten behoeve van de vennootschap een tijdelijk extra krediet aangevraagd. Aangeslotene heeft Consument hierover onverwijld geïnformeerd. Consument heeft vervolgens, samen met zijn partner, aangaande dit krediet een akkoordverklaring ondertekend.

2.4 In december 2009 heeft de heer X wederom ten behoeve van de vennootschap een extra krediet aangevraagd, voor een bedrag van € 25.000,-. Aangeslotene heeft de vennootschap dit krediet verleend. Aangeslotene heeft Consument hierover (voorafgaand) niet geïnformeerd, noch heeft zij daartoe de toestemming van Consument verkregen.

2.5 Op 25 mei 2010 is de vennootschap failliet verklaard. De debetstand van de vennootschap bedroeg op dat moment € 46.749,48. Aangeslotene heeft Consument bij brief van 31 mei 2010 er op gewezen dat hij er rekening mee moest houden dat Aangeslotene hem, uit hoofde van de door hem gestelde borgtocht, aan zou kunnen (gaan) spreken tot betaling van (een deel van) de schuld van de vennootschap.

2.6 Bij brief van 13 juli 2010 heeft Aangeslotene Consument bericht dat na uitwinning van de zakelijke zekerheden er voor de vennootschap nog een schuld resteerde van € 48.358,92. Aangeslotene heeft Consument verzocht binnen 15 dagen dit bedrag aan haar te voldoen. Consument was het niet met de hoogte van dit bedrag eens, nu hij niet was geïnformeerd over het extra verleende krediet van € 25.000,- als bedoeld in rechtsoverweging 2.4. Bij brief van 5 augustus 2010 stelt Aangeslotene dat indien zij de mening van Consument zou volgen en de vordering met € 25.000,- zou verminderen, zij Consument alsnog hoofdelijk aansprakelijk voor een bedrag van € 23.368,92 zou houden.

2.7 Tussen Aangeslotene en Consument is nadien overeengekomen, en door Aangeslotene bij brieven van 4 en 19 oktober 2010 bevestigd, dat Consument 40% van de totaal resterende schuld van de vennootschap ad € 48.358,92 aan Aangeslotene zal voldoen, zijnde een bedrag van € 19.346,39. Consument heeft dit bedrag, onder protest, in termijnen aan Aangeslotene betaald.

3. Geschil

3.1. Consument vordert vergoeding van de door hem geleden schade welke door hem is begroot op een bedrag van € 19.346,39. Dit betreft het bedrag dat Consument aan Aangeslotene heeft voldaan uit hoofde van de door Consument verleende borgstelling.

3.2. Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen.

- Aangeslotene heeft de vennootschap een hoger krediet verleend dan ingevolge de kredietovereenkomst was toegestaan. In december 2009 heeft Aangeslotene een extra krediet van € 25.000,- verleend, terwijl het Aangeslotene bekend was dat de vennootschap op dat moment in een zeer slechte financiële positie verkeerde.
- Aangeslotene heeft bij de verstrekking van het krediet de overeengekomen grens van maximaal 70% van de uitstaande boekvorderingen ruim overschreden, nu blijkt dat bij het uitspreken van het faillissement alle verpande boekvorderingen waren voldaan.

- Consument is door Aangeslotene niet op de hoogte gebracht van de verstrekking van het extra krediet aan de vennootschap, terwijl deze aanpassing de risico's voor Consument als borg heeft vergroot. Consument beschikte derhalve niet over informatie op basis waarvan hij zijn invloed kon uitoefenen om de schade te beperken.
- Door de overschrijding van de maximaal overeengekomen kredietverstrekking mede als gevolg van het verstrekken van extra krediet aan de vennootschap en het verzuim van Aangeslotene om Consument hiervan op de hoogte te stellen, is Aangeslotene tekortgeschoten in haar zorgplicht jegens Consument. Als gevolg van het handelen van Aangeslotene is schade ontstaan welke ten onrechte op Consument wordt verhaald.

3.3. Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd.

- Het verzoek van Consument tot beslechting van het geschil aan de Geschillencommissie dateert van 28 mei 2011 en hiermee is de termijn waarbinnen Consument tegen de beslissing van de Ombudsman kon ageren verstreken. Consument klaagt (tevens) over een door hem verstrekte borgtocht welke geen financieel product, noch een financiële dienst is. Gelet hierop is Consument niet ontvankelijk in zijn klacht dan wel is de Commissie niet bevoegd om van het geschil kennis te nemen.
- Aangeslotene erkent dat zij Consument niet op de hoogte heeft gebracht van het verstrekken van de franchise van € 25.000,-, maar dit neemt niet weg dat Consument zijn contractuele verplichtingen uit hoofde van de verleende borgtocht dient na te komen.
- Aangeslotene stelt dat indien zij het door haar verstrekte extra krediet van € 25.000,- op het bedrag van de borgstelling in mindering zou brengen, het bedrag van de borgstelling daarmee nog steeds op € 25.000,- neerkomt.. Met Consument is overeengekomen dat hij 40% van de schuld van de vennootschap aan Aangeslotene zal voldoen, zijnde een bedrag van € 19.346,39, hetgeen dan eveneens binnen de verlaagde borgstelling van € 25.000,- zou vallen. Consument heeft dan ook geen schade geleden.
- Voorts was Consument, gelet op zijn functie van senior partner van de vennootschap, op de hoogte van de aan de vennootschap verstrekte franchise.
- Resumerend: Consument dient het voornoemde bedrag uit hoofde van de borgstelling te voldoen, de klacht van Consument is ongegrond.

3.4. Ter zitting zijn de standpunten van partijen over en weer herhaald en toegelicht. Consument heeft hierbij nogmaals aangegeven dat indien hij wel vooraf over het voornemen tot het verstrekken van het extra krediet zou zijn geïnformeerd, hij dit zou hebben getracht te verhinderen, teneinde te voorkomen dat de totale schuldpositie van de vennootschap verder zou toenemen, daar een faillissement van de vennootschap ten tijde van de aanvraag van het extra krediet (al) waarschijnlijk was.

4. Beoordeling

Naar aanleiding van het over en weer door partijen gestelde en hetgeen door hen tijdens de hoorzitting naar voren is gebracht, overweegt de Commissie als volgt.

4.1 Alvorens de klacht inhoudelijk te kunnen behandelen, dient de Commissie zich uit te spreken over de vraag of zij bevoegd is om over onderhavig geschil te oordelen. Hiervoor is redengevend dat Aangeslotene zich op het standpunt heeft gesteld dat een (particuliere) borgtocht zich niet leent voor beoordeling door de Commissie nu een (particuliere) borgtocht niet valt aan te merken als financieel product of financiële dienst als bedoeld in het "Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid)" (verder: "het Reglement"), bezien in samenhang met (het terzake bepaalde in) de Wet op het financieel toezicht (verder: "Wft").

4.2 Ingevolge het bepaalde onder artikel 9.1 van het Reglement kan een Consument zich tot de Commissie wenden met een Klacht.
Onder Klacht wordt in artikel 1 van het Reglement verstaan:
"Elk blijk van onvrede inzake een Financiële dienst tussen een Consument en een of meer Aangeslotene(n)".

4.3 Voor het begrip Financiële dienst wordt onder b in artikel 1 van het Reglement verwezen naar het bepaalde in de Wft.
In artikel 1:1 Wft is het begrip "Financiële dienst" als volgt gedefinieerd:
"a. aanbieden;
b. adviseren over andere financiële producten dan financiële instrumenten;
c. beheren van een instelling voor collectieve belegging in effecten;
d. bemiddelen;
e. herverzekeringsbemiddelen;
f. optreden als clearinginstelling;
g. optreden als gevolmachtigde agent of ondergevolmachtigde agent; of
h. verlenen van een beleggingsdienst;
i. verrichten van een beleggingsactiviteit".
De Commissie stelt in dit kader vast dat in bovenvermelde opsomming (particuliere) borgstelling niet wordt genoemd, noch onder enig vermelde activiteit valt.

4.4 Het voorgaande brengt mee dat (particuliere) borgstelling niet kan worden aangemerkt als een Financiële dienst in de zin van het Reglement. De Commissie stelt dientengevolge vast dat zij zich niet bevoegd acht te oordelen over onderhavige vordering.

5. Beslissing

De Commissie verklaart, als niet-bindend advies, zich niet bevoegd om te oordelen over de vordering van Consument jegens Aangeslotene.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van beslissingen van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Daarbij geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak.

KiFiD
Klachteninstituut Financiële Dienstverlening