

Lenen aan familie

VFP 2018/22

Lenen aan familie levert uiteindelijk vaak wrevel op in het gezin. Die wrevel kan ontstaan tussen de kinderen onderling omdat zij het idee hebben dat hun broer of zus wordt bevoordeeld door hun ouders of tussen ouders en het geld ontvangende kind dat het niet zo nauw neemt met de terugbetalingsverplichting. Die wrevel komt ook vaak door de vage afspraken die ouders en kind maken als zij aan hun kind een lening verstrekken. Een financieel planner kan hierbij een cruciale rol spelen.

Ondanks de slechte pers rond familieleningen komt het vaak voor dat ouders een lening aan hun kinderen verstrekken. Die lening kan verschillende doeleinden hebben, zoals het aanschaffen van een auto of een eigen woning, het volgen van een studie, het opzetten van een vennootschap enz. De ouders schakelen in dit geval vaak een financieel planner in die hen daarover zou kunnen adviseren. Dit roept de vraag op hoe de financieel planner een dergelijke opdracht het beste uit zou kunnen voeren. Om deze vraag te kunnen beantwoorden zullen wij eerst kort de voordelen en nadelen van deze constructie bespreken. Vervolgens zullen wij de civielrechtelijke zorgplicht van de financieel planner bij het verlenen van zijn dienst behandelen. Daarna zullen wij deze zorgplicht in het concrete geval van een familielening toepassen. Ten slotte zullen wij aandachtspunten/tips noemen waarmee rekening dient te worden gehouden bij het adviseren over een familielening en een conclusie trekken.

Gezien de beperkte reikwijdte van dit artikel wordt in dit kader vooral aandacht besteed aan de privaatrechtelijke zorgplicht. Zo worden de fiscale aspecten van een familielening buiten beschouwing gelaten.

Voor- en nadelen

Aan een familielening zijn voor- en nadelen verbonden. Het voordeel van een familielening is dat de ouders hiermee hun kinderen kunnen helpen om hun plannen te verwezenlijken. Daarnaast kunnen partijen soms fiscale voordelen hebben. Wanneer de lening bijvoorbeeld wordt gebruikt voor de aankoop, verbetering of onderhoud van eigen woning van het kind is de betaalde rente onder bepaalde voorwaarden aftrekbaar.

Het nadeel van een familielening is dat partijen vaak uit emotionele overwegingen handelen. Bij familieleningen lopen de ouders, net als bij andere soort leningen, een kredietrisico jegens hun kinderen. De ouders onderschaten vaak dit risico. Als er überhaupt al een schriftelijke

leningovereenkomst wordt gesloten, zijn ouders in het algemeen niet geneigd om zakelijke voorwaarden op te nemen, zoals bijvoorbeeld een hoofdelijke aansprakelijkheidsbepaling. Ouders lopen hierdoor het risico dat zij de hoofdsom nimmer terugkrijgen. Aan de familieleningen zijn tevens fiscale risico's verbonden, omtrent het al dan niet afspreken van een rente en of de hoogte daarvan. De ouders moeten derhalve ook geïnformeerd worden over de fiscale consequenties van hun keuzes.

Zorgplicht van financieel planners

Bij het adviseren over een familielening dient de financieel planner de zorgplicht in acht te nemen. Wanneer een financieel planner zijn advies aan de ouders verleent met betrekking tot een familielening, dan zal de relatie tussen de partijen meestal als een overeenkomst van opdracht kwalificeren in de zin van art. 7:400 Burgerlijke Wetboek (BW). Het gevolg hiervan is dat de financieel planners als 'opdrachtnemer' op grond van art. 7:401 BW bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen. In de jurisprudentie is deze open norm verder ingekleurd. Volgens de Hoge Raad dient de opdrachtnemer, in dit geval de financieel planner, zich te gedragen zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelende beroepsgenoot mag worden verlangd.²

Wat de door de financieel planner te betrachten zorgplicht in concreto inhoudt, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Wel kunnen er uit de op de beroepsbeoefenaar rustende zorgplicht enkele meer concrete zorgplichten worden gedestilleerd zoals een onderzoeksplicht en een informatie- en waarschuwingplicht.

De zorgplicht van financieel planners is ook in de Gedragscode voor gecertificeerd financieel planners en leden van de vereniging FFP (Gedragscode) opgenomen. In art. 3 van de Gedragscode is de verplichting vastgesteld om de nodige zorgplicht in acht te nemen. In hetzelfde artikel is tevens de onderzoeksplicht opgenomen:

"Een FFP-lid verricht zijn diensten naar eer en geweten en met inachtneming van de nodige zorgvuldigheid. Een FFP-lid wint in het belang van de Cliënt bij deze informatie in over diens financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid voor zover zulks redelijkerwijs relevant is voor de door de FFP-lid aan de Cliënt te verlenen dienst. Zijn advies aan de Cliënt houdt binnen de grenzen van redelijkheid rekening met de persoon en de omstandigheden van de Cliënt. Een FFP-lid onthoudt zich van advies waarvan een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur behoort te beseffen dat dit niet in het belang van de Cliënt is. Een FFP-lid geeft voorrang aan het belang van de Cliënt boven eigen belang."

¹ Mr. G.J. Brugman en mr. M. Boulos Jaraisy zijn beiden werkzaam bij BarentsKrans.

² HR 9 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1103, NJ 1991, 26.

In art. 4 en 5 van de Gedragscode zijn tevens de informatie- en waarschuwingsplicht opgenomen:

“Een FFP-lid draagt zorg dat van hem uitgaande informatie ter zake van producten en diensten, waaronder reclame-uiting, niet onjuist, onvolledig of misleidend zijn.”

“Een FFP-lid wijst de Cliënt op risico's verbonden aan de door hem versterkte adviezen en verkochte of geadviseerde producten en diensten.”

Zorgplicht bij familielening

Zoals hiervoor aangegeven is de reikwijdte en de invulling van de zorgplicht afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Dit maakt het lastig om de zorgplicht te concretiseren en heldere regels hierover vast te stellen. Desalniettemin is het duidelijk dat de financieel planner aan bepaalde verplichtingen moet voldoen. Het gaat daarbij met name om de onderzoeksplicht en de informatie- en waarschuwingsplicht.

Onderzoeksplicht

De financieel planner dient voorafgaande aan het verstrekken van zijn advies voldoende onderzoek te doen naar alle relevante omstandigheden die van belang zouden kunnen zijn voor de aan hem verstrekte opdracht. De financieel planner dient, met inachtneming van de vernoemde artikelen van de Gedragscode, de ouders te bevragen over onder meer hun financiële positie om na te gaan of de ouders daadwerkelijk in staat zijn om de lening te verstrekken. Het doel dat de ouders zouden willen bereiken door het willen verstrekken van een familielening is ook relevant. Willen de ouders alleen het kind helpen? Of willen de ouders een bepaald rendement behalen en/of fiscale voordelen behalen? Voorts is het van belang dat de financieel planner de ouders ook vraagt over hun kennis en ervaring met familieleningen en hun risicobereidheid. Hebben zij al eerder aan hun kind (of een ander kind) geleend? Zijn de ouders bereid genoeg te nemen met een mogelijke oninbaarheid van de hoofdsom aan het einde van de looptijd van de lening? Ook is belangrijk om na te gaan in hoeverre de ouders bekend zijn met de financiële positie van hun kind. Al deze informatie houdt direct verband met het kredietrisico dat de ouder jegens de geldnemer (zijn kind) loopt, dan wel bereid is te lopen. In dit kader pleiten wij er ook voor om onderzoek te doen naar de omstandigheid of het al dan niet verantwoord is voor de ouders om hun kind een lening te verstrekken. De financieel planner dient dat objectief te beoordelen. Het zou immers wrang zijn als de ouders in financiële problemen komen te verkeren doordat zij hun kind geld lenen. In het ergste geval zouden beide partijen in problemen kunnen komen, wanneer de ouders de lening juist aan hun kind verstrekken omdat deze in 'financiële nood' is.

Informatie- en waarschuwingsplicht

Daarnaast dient de financieel planner de ouders voldoende informatie te verstrekken over mogelijke modaliteiten

van een familielening. Hij moet hen zo nodig wijzen op mogelijke risico's en hen daarvoor waarschuwen. De financieel planner dient derhalve aan zijn cliënt de aard en de werking van de familielening duidelijk en voldoende uit te leggen. Hij zal daarbij niet alleen de voordelen moeten bespreken, maar juist óók op duidelijke wijze de risico's moeten adresseren die aan bepaalde keuzes van de ouders verbonden zijn. Omdat een familielening vaak wordt verstrekt uit emotionele overwegingen, zal de financieel planner er extra alert op moeten zijn dat ouders hun wensen omtrent de voorwaarden van de lening uit en het kind deze voorwaarden ook aanvaardt. Aan zowel de ouders als het kind moet duidelijk worden gemaakt welke consequenties verbonden zijn aan het verstrekken van de lening onder de gewenste voorwaarden. Daarbij gaat het niet alleen om civielrechtelijke consequenties (wel of geen hoofdelijkheidsbepaling, wel of geen zekerheid, wel of geen aflossingsschema enz.), maar ook om fiscale consequenties van de familielening. De door de financieel planner verstrekte informatie dient voorts uiteraard volledig, juist en niet misleidend te zijn. Tot slot geldt dat mocht de financieel planner twijfel hebben rondom het verstrekken van de geldlening, het ook raadzaam is om in dat geval contact op te nemen met de eventuele compliance officer van zijn organisatie alvorens stappen te ondernemen.

In een recente uitspraak van de Accountantskamer van 30 oktober 2017³ is de vraag aan de orde gesteld of de accountant van de vader die de geldleningen – verstrekt door de vader en zijn vennootschap aan de vennootschappen van zijn zoon – schriftelijk heeft vastgesteld, gehouden was om een hoofdelijke aansprakelijkheidsbepaling in de leningovereenkomsten op te nemen. De Accountantskamer is tot het oordeel gekomen dat de accountant uit hoofde van de op hem rustende zorgplicht, proactief aan de orde had moeten stellen dat er zekerheid voor de terugbetaling van de leningen moest worden opgenomen. Dit gelet op zowel het belang van de vader als het belang dat de lening door de fiscus als zakelijk zou worden aangemerkt. Door dit na te laten heeft de accountant volgens de Accountantskamer in strijd met het fundamentele beginsel van deskundigheid en zorgvuldigheid respectievelijk het fundamentele beginsel van vakbekwaamheid en zorgvuldigheid gehandeld.

Hoewel het in dit geval ging om een accountant waarvoor andere speciale regels gelden waarin de deskundigheid, zorgvuldigheid en vakbekwaamheidsnorm zijn opgenomen, is de strekking van deze uitspraak naar onze mening van overeenkomstige toepassing op het geval waarin een financieel planner een ouder adviseert met betrekking tot het verstrekken van een familielening aan zijn kind (of de vennootschap van het kind). De financieel planner presenteert zich in de markt en ten opzichte van zijn cliënten als specialist in zijn gebied. Dit leidt ertoe dat er hogere eisen aan hem gesteld mogen worden. Dit betekent dat van een financieel planner verwacht mag worden dat hij het stellen van zekerheden en/of het opne-

3 Accountantskamer 30 oktober 2017, ECLI:NL:TACAKN:2017:72, r.o. 4.10.

men van hoofdelijke aansprakelijkheid in de leningovereenkomst aan de orde stelt, zelfs als de ouder daarover geen advies vraagt. Het is aan de financieel planner om ervoor te zorgen dat de betrokken ouder volledig en juist geïnformeerd is over de risico's die hij loopt, hoe hij deze zou kunnen mitigeren of waar mogelijk te voorkomen en rekening te houden met de fiscale aspecten van dergelijke leningen. Dit is overigens in overeenstemming met de in art. 7 Gedragscode opgenomen deskundigheid- en vakbekwaamheidsplicht:

“Een FFP-lid dient deskundig te zijn en te blijven op het gebied waarop hij zijn diensten aanbiedt. Een FFP-lid onthoudt zich van dienstverlening op gebieden waar hij onvoldoende deskundig is. Een FFP-lid dient zich permanent bij te scholen conform de voorschriften van de Stichting daaromtrent, zoals die van tijd tot tijd bij reglement of bij circulaire aan de FFP-leden worden bekend gemaakt.”

Verder is in de voornoemde uitspraak van de Accountantskamer bepaald dat de accountant het fundamentele beginsel van objectiviteit heeft geschonden, door deze niet te waarborgen. Voor de accountant was het duidelijk dat de vennootschappen van de zoon (waaraan de leningen waren verstrekt) financieel in zwaar weer verkeerden en dat de vader het uitgeleende geld wellicht niet terug zou krijgen. De accountant had moeten nagaan of de vader op de hoogte was van de financiële positie van zijn zoon en diens vennootschappen. De accountant mocht er niet van uitgaan dat de vader hiervan op de hoogte was.⁴ Deze verplichting rust naar onze mening ook op de financieel planner, voor zover deze over dergelijke informatie beschikt. De financieel planner dient immers in het kader van zijn (civielrechtelijke) zorgplicht de ouder juist en volledig te informeren over de aan de familielening verbonden risico's, waaronder kredietrisico. Daarom is het raadzaam dat de financieel planner in het kader van zijn onderzoek, de ouder over de financiële positie van kind (de geldnemer) bevrageet.

Aandachtspunten/tips bij het adviseren over familielening

Aangezien er aan het verstrekken van familieleningen vaak emotionele overwegingen ten grondslag liggen, dient de financieel planner extra alert te zijn bij het adviseren daarover. De financieel planner dient rekening te houden met de op hem rustende zorgplicht waar de reikwijdte en de invulling daarvan afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval.

Dat betekent dat de financieel planner in ieder geval rekening dient te houden met de volgende punten. Deze lijst is niet uitputtend:

- Schriftelijke vastlegging van de door de ouders aan de adviseur verstrekte opdracht.

- Aan de ouders vragen stellen over hun financiële positie, doelstelling, kennis, risicobereidheid en de financiële positie van hun kind waaraan zij de lening zouden willen verstrekken. Documenten ter ondersteuning van de antwoorden opvragen en de inhoud van deze gesprekken schriftelijk vastleggen.
- Aan de ouders voldoende en juiste (schriftelijke) informatie verstrekken waarin de aard, de werking en gevolgen van een familielening duidelijk en correct worden beschreven, inclusief de risico's die daaraan verbonden zijn.
- Aan de ouders voldoende en juiste (schriftelijke) informatie verstrekken omtrent de fiscale aspecten van de familielening.
- Aan de ouders voorstellen om zekerheid te doen stellen door het kind of een derde en/of dat er een hoofdelijke aansprakelijkheidsbepaling in de familielening opgenomen wordt, om het kredietrisico die de ouder loopt te voorkomen of te mitigeren.
- Het belang van de ouders in gedachten houden en objectiviteit bewaren.
- Schriftelijke vastlegging van de communicatie met de ouders.

Conclusie

De vraag hoe de financieel planner een opdracht om over een familielening te adviseren het best zou kunnen uitvoeren, is niet eenduidig te beantwoorden. De financieel planner zal allereerst bij iedere dergelijke opdracht zich bewust moeten zijn van het feit dat er in zulke situaties veelal emotionele overwegingen ten grondslag liggen aan de beslissing om een lening te verstrekken. Daarnaast dient de financieel planner vervolgens rekening te houden met de op hem rustende zorgplicht, waaronder met name de onderzoeksplicht en informatie- en waarschuwplicht jegens zijn cliënt, zijnde de ouders. Van groot belang is dat de financieel planner zijn objectiviteit bewaart en in zekere zin de familielening beoordeelt als ware het een normale, zakelijke lening. Op deze wijze geeft de financieel planner adequate invulling aan zijn (uitgebreide) civielrechtelijke zorgplicht. De financieel planner doet er voorts verstandig aan om alle communicatie met zijn cliënt schriftelijk vast te leggen en om bij enige twijfel contact met diens compliance officer op te nemen voordat hij enige stap onderneemt.

⁴ Accountantskamer 30 oktober 2017, ECLI:NL:TACAKN:2017:72, r.o. 4.13.