



**Torenhoge funding loss- of  
wederbeleggingsvergoedingen ?  
Hoe banken dwingende rechtsregels (trachten te) omzeilen ...**

**BERA, 7 december 2019**

Luc STOLLE  
Advocaat aan de balie te Gent

1

**Historische terugblik voor een  
goed begrip van de problematiek**

2

## 1929: financiële + economische crisis

- Keynesiaanse oplossing: geld drukken (QE) + lage interesten “to boost” economie (vooral de oorlogseconomie)
- Papieren geld verliest waarde (Weimarrepubliek) – Crash Wall Street
- Gevolgen van monetaire politiek: concurrentievervalsing tussen bedrijven die voor én na de wijziging van de monetaire politiek leenden
- Sommige bedrijven moeten desinvesteren
- Wetgever 1934 voert art. 1907bis B.W. in: **obstakels tot terugbetaling leningen op interest wegwerken door beperking van de omvang van wederbeleggingsvergoedingen**

## Art. 1907 bis B.W. voor leningen op interest

*“Bij gehele of gedeeltelijke terugbetaling van een lening op interest kan in geen geval van de schuldenaar, buiten het terugbetaalde kapitaal en de vervallen interest, een vergoeding voor wederbelegging worden gevorderd, groter dan zes maanden interest, berekend over de terugbetaalde som en naar de in de overeenkomst bepaalde rentevoet.”*

**Art. 1907bis B.W. is dwingend recht = economische openbare orde**

## 2008: opnieuw financiële + economische crisis

- Opnieuw Keynesiaanse oplossing: geld drukken (QE) + lage interesten
- Opnieuw dezelfde problematiek inzake concurrentievervalsing - desinvesteringen
- Banken vermarkten hun vorderingen op internationale beleggingsmarkt (*Collateral Debt Obligations* – ratings)
- Banken maakten van leningen “investeringskredieten” die geopend werden in het kader van een “kredietopening” om 1907bis B.W. uit te schakelen (eerste hindernis)
- Verbod op vervroegde terugbetaling (tweede hindernis)
- Wetgever grijpt in met KMO-financieringswet van eind 2013 – 3 ingrepen daar waar de banken art. 1907bis B.W. omzeilen !!

5

## KMO-financieringswet van december 2013

- Artikel 1907bis B.W. wordt bevestigd voor wat leningen betreft
- Drie ingrepen:
  - 1) Vervroegde terugbetaling van andere ondernemingskredieten kan niet aan voorwaarden worden verbonden
  - 2) Slechts een wederbeleggingsvergoeding van 6 maanden interest
  - 3) Verplichting om een krediet voor te stellen dat het best aanleunt bij het doel van het krediet (bevestiging van een algemene zorgplicht)

6

# Wanneer doet de problematiek zich voor ?

7

## Voor welke financieringen ?

- **Datum aangaan van de financiering**
  - tot en met 9 januari 2014
  - vanaf 10 januari 2014
- **Enkel voor bedrijfsmatige investeringen**
  - vennootschappen
  - Handelaar - eenmanszaken

8

## Situaties zijn divers ...

- **Herfinanciering met oog op beperking financiële lasten**
- **Vervroegde terugbetaling van kredieten met overtollige liquiditeiten**
  - geen interestopbrengst – negatieve interest
  - gelddeposito's onderhevig aan bankrisico
- **Gedwongen of vrijwillige verkoop van een investeringsgoed (bijv. onroerend goed) waarvoor nog een lening loopt**
  - genereren van liquiditeiten
  - verhuis
  - bij liquidatie/faillissement
- **Borgstellers van failliete bedrijven staan borg voor “accessoria”**

**OBSTAKEL 1**  
**voor kredieten van voor 10.01.2014**  
**“HET KWALIFICATIEVRAAGSTUK”**

## Lening op interest vs. kredietopening

- **Vervroegde terugbetaling van een “lening op interest”:** maximaal 6 maanden interest op het vroegtijdig terugbetaalde kapitaal.
  - bijv. contractuele interest 4 %
  - op bepaald moment betaalt de kredietnemer 200.000 euro terug
  - wederbeleggingsvergoeding 1907bis B.W.:  $200.000 \times 4 \% : 6/12 = 4.000$  euro
- **Vervroegde terugbetaling van een zgn. “kredietopening”:** wettelijke beperking van art. 1907bis B.W. geldt niet
  - Funding loss – geactualiseerd interestverlies
- **Onderscheid bevestigd door Grondwettelijk Hof d.d. 07.08.2013**

## Lening op interest vs. kredietopening

- **Praktijk van (alle) banken:** *“een investeringskrediet in het kader van een kredietopening”*
- **MAAR de kredietnemer is niet gehouden aan deze kwalificatie en kan aan de rechter de herkwalificatie vragen**
  - indien het contract formeel werd benoemd als een “kredietopening” of als “gebruiksvorm van een kredietopening” of als “investeringskrediet”, dan nog kan de rechter, op basis van de analyse van de rechten en plichten van partijen, oordelen dat het toch gaat om een lening op interest (zie ook Grondwettelijk Hof d.d. 07.08.2013)

## Lening op interest vs. kredietopening

- **Lening (art. 1892 B.W.)**
  - *“Verbruiklening is een contract waarbij de ene partij een zekere hoeveelheid zaken die door het gebruik teniet gaan, aan de andere partij **afgeeft**, onder verplichting voor deze om aan de eerstgenoemde evenzoveel van gelijke soort en hoedanigheid **terug te geven**.”*
- **Essentiële criteria**
  - Zakelijke overeenkomst – *traditio*
    - *Klassieke leer: het betreft een zakelijk overeenkomst die tot stand komt bij de overdracht van zaak (geldlening: som geld)*
    - *Moderne leer: stapt af van het zakelijk karakter*
  - eenzijdige overeenkomst: eenmaal bedrag is overhandigd, geldt nog enkel de verplichting om het bedrag terug te betalen volgens afspraak

13

## Lening op interest vs. kredietopening

- **Er is altijd een termijn tussen bankbezoek en notarisbezoek/voltooiing van de bouw**
  - **krediet m.b.t. aankoop met onmiddellijke betaling:**
    - de onderhandse ondertekening van de bankdocumenten én
    - de *traditio* die tot stand komt bij de voldoening van de voorwaarden (meestal bij notaris n.a.v. ondertekening van de akten m.b.t. aankoop, zekerheidsstelling, voorlegging aankoopfactuur)
  - **krediet m.b.t. bouw/verbouwingskrediet:**
    - Overdracht in schijven n.a.v. de voorlegging van aannemingsfacturen

14

## Klassieke leer van DE PAGE, H.

*“Het meest markante gevolg van het zakelijk karakter van de leningsovereenkomst is dat, zolang er geen afgifte is van het uitgeleende goed, er geen leningsovereenkomst is maar slechts een **belofte tot leningsovereenkomst**. De overeenkomst waarin men er zich toe verbindt om iemand, die dit aanvaardt, een goed te geven om er zich van te bedienen, is **een synallagmatische belofte tot leningsovereenkomst** en geen leningsovereenkomst. Die belofte tot leningsovereenkomst komt, als afzonderlijk contract, **ten einde door de overdracht van de zaak en het is op dat moment dat de leningsovereenkomst in de plaats ervan komt.**”*

DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil*, V, Brussel, Bruylant 1941, 122

## Lening op interest vs. kredietopening

- **Kredietopening (geen wettelijke definitie – Cass. 27 oktober 2011)**
  - een rekening-courant-relatie waarbij een bepaalde kredietlijn wordt toegestaan en die **op elk ogenblik, tijdens de uitvoering van de overeenkomst, naar vrije keuze** van de houder van de rekening, een **willekeurige debet- of creditstand** kan vertonen en waarbij de kredietgever zijn kredietvermogen ter beschikking stelt van een kredietnemer die er een beroep kon op doen zoals en wanneer hij dat nodig acht.
- **Kenmerken**
  - consensuele overeenkomst: R/C-verhouding binnen vastgesteld kader
  - wederzijdse overeenkomst
  - Bijv. kas-, waarborg-, documentair-, wentelkrediet e.d.m.



## Lening op interest vs. kredietopening

- **Lening op interest = een momentcontract (DE PAGE)**
  - eerst een voorcontract afsluiten (vaak “investeringskrediet”) = leningsbelofte
  - eenmaal voorwaarden voldaan (bijv. hypotheekstelling) dooft de leningsbelofte uit en komt er een leningsovereenkomst tot stand (zakelijke overdracht / *traditio*)
- **Kredietopening = kadercontract met R/C-verhouding**
  - vrijheid tot opname
  - vrijheid van terugbetaling
  - vrijheid tot wederopname
  - Indien deze elementen niet aanwezig zijn dan vertoont het krediet kenmerken die “*radicaal tegenstrijdig*” zijn met de kenmerken van een kredietopening



17

## Geen vrijheid van opname

- **Wijze van opneming**
  - **aankoopkrediet** : geen reële opnamevrijheid wanneer men het kredietbedrag enkel krijgt bij voldoening voorwaarden binnen korte termijn (hypotheek, aankoopfactuur, ...)
  - **Bouwkrediet**: geen reële opnamevrijheid wanneer de bank het kredietbedrag enkel vrijgeeft in schijven, tegen voorlegging facturen of andere bewijsdocumenten
- **Wat wijst verder op gebrek aan vrijheid van opname ?**
  - verplichte vestiging van hypotheek op het gefinancierde goed
  - reserveringscommissie tijdens de korte opnemingsduur
  - verzakingsvergoeding bij niet op niet-gehele opname van het kredietbedrag

18

## Geen vrijheid van terugbetaling

- **Volgens strikte contractuele regels**
  - vaste periodieke afbetalingen
  - aflossingstabel
- **Laattijdige afbetaling wordt gesanctioneerd met nalatigheidsinterest**
- **Vroegtijdige terugbetaling wordt uitgesloten OF**
- **Vroegtijdige terugbetaling wordt toegestaan mits betaling van een funding loss-vergoeding**



19

## Geen vrijheid van wederopneming

- **Afbetaling leidt tot van rechtswege vermindering van het kredietbedrag (kredietfaciliteit blijft niet bestaan)**
- **Geen autonoom recht van wederopneming, want telkens een nieuwe overeenkomst tussen partijen noodzakelijk omtrent (= nieuw krediet)**
  - doel van wederopneming
  - toepasselijke interest
  - terugbetalingsregels voor wederopgenomen bedrag
  - etc.



20

## Wanneer een lening op interest ?

- **Lening op interest**
  - aankoop van een gebouw
  - aankoop van een gebouw – verbouwingswerken
  - verbouwingswerken
  - afbetalen van voorgaande lening
  - aankoop van duurzame bedrijfsmiddelen
  - ...
  
- **Te vergelijken met de hypothecaire leningen in de particuliere sector**

## Cass. 24 juni 2013

*“In casu was er oorspronkelijk weliswaar een kredietopeningsovereenkomst, maar die werd aangevuld door twee afzonderlijke overeenkomsten betreffende voorschotten op vaste termijn die beide kenmerken van een lening vertonen, aangezien ze beide (1) werden toegestaan door de eenmalige overdracht van een vast bedrag, (2) terugbetaalbaar op vaste termijn met vaste kwartaalaflossingen. Die twee voorschotten waren (3) niet hernieuwbaar en als appellante een nieuw voorschot op vaste termijn had willen verkrijgen in het kader van een kredietopeningsovereenkomst, had daartoe een nieuwe overeenkomst moeten worden gesloten”*

## Rechtspraak omtrent kwalificatievraagstuk

- Enorme ontwikkeling – na ontdekking van “verborgen cassatiearresten” (arresten van 27.10.2011 en 24.06.2013)
- Sommige hoven hebben hun rechtspraak volledig gewijzigd (Luik en Bergen), andere hoven hebben het licht nog niet gezien (in welbepaalde samenstelling)
- Aanzienlijke kentering in Brusselse rechtspraak, zowel bij de ondernemingsrechtbank als bij het Hof (FR als NL)
- Hof van Cassatie 24.11.2016 en 14.03.2019

23

## Klassieke leer bevestigd door diverse hoven

- Brussel 25 november 2009, bevestigd door Cass. 27 oktober 2011
- Brussel 2 maart 2012, bevestigd door Cass. 24 juni 2013
- Brussel 13 mei 2016, bevestigd door Cass. 14 maart 2019
- Brussel 15 november 2017
- Bergen 29 januari 2018
- Gent 17 januari 2018
- Luik 16 maart 2017
- Luik 3 oktober 2018
- Luik 25 oktober 2018
- Gent 29 mei 2019

24

## OBSTAKEL 2 voor kredieten van voor 10.01.2014

### “DE VERBREKINGS- of VERZAKINGSVERGOEDING”

25

#### Wijziging van de strategie van de banken

- **Inschrijving van een contractueel verbod op vervroegde terugbetaling doch de bank toont zich bereid de vervroegde terugbetaling toe te staan op voorwaarde van betaling van een verbrekings- of verzakingsvergoeding (die niet onderworpen is aan 1907bis B.W.)**
- **Bewering van de bank:**
  - de betaalde vergoeding is een voorwaarde / vergoeding in ruil voor de verzaking aan het verbod op vervroegde terugbetaling
  - artikel 1907bis B.W. is niet van toepassing omdat er geen sprake is van een “wederbeleggingsvergoeding” *sensu stricto*.

26

## Hof Beroep Brussel, 2 maart 2012

*“Wanneer de vervroegde terugbetaling van een lening bij overeenkomst is uitgesloten, maar de bank deze niettemin toestaat, kan de bank niet, zonder misbruik te maken van haar recht om de vervroegde terugbetaling te weigeren, deze terugbetaling afhankelijk stellen van de betaling van een wederbeleggingsvergoeding die hoger ligt dan hetgeen artikel 1907bis BW toestaat voor het geval waarin de vervroegde terugbetaling is toegelaten. Artikel 1907bis BW beperkt immers de wederbeleggingsvergoeding, abstractie makend van de wijze waarop deze wordt vastgelegd.”*

**Bevestigd door Cass. 24 juni 2013**



27

## Hof van Cassatie, 24.11.2016 en 14.03.2019

- **Bevestiging dat een vergoeding die wordt gevraagd in geval wordt afgeweken van het contractueel verbod op terugbetaling eveneens een wederbeleggingsvergoeding uitmaakt die onderworpen is aan artikel 1907bis B.W. (dwingend recht)**
- **GEVOLG: de banken weigeren de terugbetaling!!!**
- **MAAR: is het contractuele verbod op vervroegde terugbetaling niet strijdig met de bedoeling van de wetgever van 1934 ?**



28

## OBSTAKEL 3 voor kredieten van voor 10.01.2014

### “NIETIG VERBOD of RECHTSMISBRUIK”

29

### De laatste horde !

- **In hooforde**: het contractueel verbod van vervroegde terugbetaling is nietig want strijdig met de *ratio legis* van artikel 1907bis B.W.
- **Subsidiar**: beroep doen op dat verbod maakt rechtsmisbruik uit !
  - Vergelijking tussen het voordeel van de bank en het nadeel van de kredietnemer
  - Bank heeft geen voordeel noch nadeel (wettelijke schade wordt vergoed !!!)
  - Nadeel van de kredietnemer
    - *Hoge interesten op krediet versus lage interesten op deposito's (muntdevaluatie)*
    - *Faillissementsrisico bij de bank*
    - *Noodzakelijke desinvestering wegens delocalisatie, liquiditeiten creëren, etc.*

30

## Charleroi 20 juni 2019 – nietigheid !!!

- *“Er moet ook worden opgemerkt dat, volgens de bepalingen van verschillende wetten, het recht op vervroegde terugbetaling van leningscontracten op uitdrukkelijke wijze is erkend. Dit is meer bepaald het geval in de wet van 23 december 2013 (KMO-financieringswet).*
- *Teneinde het bestaan van een impliciet recht op vervroegde terugbetaling in artikel 1907bis B.W. tegen te spreken, stellen bepaalde auteurs vast dat “wanneer hem dat gerechtvaardigd leek, de wetgever niet zou hebben geaarzeld om het recht op vervroegde terugbetaling te erkennen in diverse bijzondere wetsbepalingen”*

## Charleroi 20 juni 2019 – nietigheid !!!

- *Echter blijkt er uit de analyse van de voorbereidende werken betreffende de wet van 23 december 2013 betreffende diverse bepalingen inzake de financiering voor kleine en middelgrote ondernemingen **dat de wetgever dit recht op vervroegde terugbetaling geenszins voorstelt als een van het gemeen recht afwijkende maatregel.***
- ***Het recht op vervroegde terugbetaling vloeit, zoals hierboven gesteld, voort uit de wil van de wetgever, zoals deze reeds bleek bij de invoering van artikel 1907bis in het Burgerlijk Wetboek, om de lener te beschermen.***
- *De wettelijke bepalingen, die dit op uitdrukkelijke wijze bevestigden, herinneren aan het bestaan van een dergelijk recht en modelleren het in specifieke domeinen.”*



## Charleroi 20 juni 2019 - ook rechtsmisbruik !!!

- *“Rekening houdend met deze omstandigheden (...) overschrijdt de weigering van KBC BANK **op manifeste wijze** de limieten van een normale uitoefening van haar recht.”*

## Inhoud van de vordering

- **Vordering tot nietigverklaring van het contractueel verbod tot vervroegde terugbetaling**
  - Dagvaarding noodzakelijk (alleen de rechter kan nietigheid wegens strijdigheid met het dwingend recht uitspreken)
- **Vordering tot afrekening op datum van de dagvaarding**
- **Vordering tot terugbetaling van alle interesten die sedert de dagvaarding onrechtmatig werden betaald.**

## En wat met onrechtmatig betaalde wederbeleggingsvergoedingen ?

35

### Terugvorderen ?

- **Uitgangspunt: art 1907bis B.W. is dwingend recht (geen openbare orde)**
- **Impliceert een betaling (vaak doorstorting via notaris) een afstand van een dwingend recht ?**
- **Bank moet bewijzen dat de terugbetalende kredietnemer met kennis van zaken de te hoge wederbeleggingsvergoeding (vrijwillig) betaalde**
- **Is quasi nooit het geval daar de bank de kredietnemer precies misleidde (foutieve benoeming, contract met funding loss-formule)**

36

## Terugvorderen ?

- Art. 1338 B.W.
- Dat, krachtens artikel 1338, eerste lid, B.W., een akte van bevestiging of bekrachtiging van een verbintenis waartegen de wet een vordering tot nietigverklaring of vernietiging toelaat, slechts geldig is, indien degene die de verbintenis bevestigt of bekrachtigt, kennis heeft van de nietigheid van de verbintenis (Cass. 21 September 1995, RG C930292N).

37

## Brussel 25 november 2009 (en vele nadien)

*“De omstandigheid dat de leners het voorstel van afrekeningen van (...) voor akkoord ondertekenden belet hen niet het dwingend karakter van artikel 1907bis BW in te roepen na de uitvoering van de terugbetaling van de geleende sommen.*

*Vooreerst (...)*

*Bovendien kan een partij die een nietig beding onwetend te goeder trouw uitvoert, na het vaststellen van de schending van zijn beschermde rechten, de bepaling van dwingend recht inroepen en zijn betaling als onverschuldigd laten gelden.*”

38

# Slotadvies

39

## Slotadvies

- **U kunt vervroegd terugbetalen wanneer contractueel toegestaan of niet uitgesloten – bankcontracten nauwgezet nalezen – voorbehoud maken !!!**
- **Kunt u ook vervroegd terugbetalen wanneer er contractueel verbod is ingeschreven ?**
- **Kunt u reeds betaalde funding loss-vergoedingen terugvorderen ?**
- **Kunnen borgen betaalde funding loss-vergoedingen terugvorderen ?**

40

# Kredieten die dateren vanaf 10.01.2014 KMO-financieringswet

41

## KMO-financieringswet 21 december 2013

**Wet van 21 december 2013 betreffende diverse bepalingen inzake de financiering voor kleine en middelgrote ondernemingen (zgn. "KMO-financieringswet")**

**Enkel van toepassing voor financieringen afgesloten vanaf 10 januari 2014 (maar toch ...)**

42

## Art. 6 KMO-financieringswet

*“De kredietgever en, in voorkomend geval de kredietbemiddelaar zoeken voor de kredietovereenkomsten die zij gewoonlijk aanbieden of waarvoor zij gewoonlijk bemiddelen, het krediet dat qua soort het best is aangepast, rekening houdend met de financiële toestand van de onderneming op het ogenblik van het sluiten van de kredietovereenkomst en met het doel van het krediet”.*

**= algemene zorgvuldigheidsnorm van de professionele kredietverlener die ook voordien gold (precontractuele informatieverplichting)**

## Art. 9 §1 KMO-financieringswet

*“De onderneming heeft te allen tijde het recht om geheel of gedeeltelijk het verschuldigd kapitaalsaldo vervroegd terug te betalen, zonder dat dit recht, met uitzondering van de wederbeleggingsvergoeding als bepaald in § 2, afhankelijk kan worden gemaakt van het vervullen van bijkomende voorwaarden.*

*Hij brengt de kredietgever ten minste tien werkdagen voor de terugbetaling bij ter post aangetekende brief van zijn voornemen op de hoogte.”*

**Besluit: sowieso recht op vervroegde terugbetaling**

## Art. 9 §2, eerste lid KMO-financieringswet

*“In het geval het krediet niet gekwalificeerd kan worden als een lening op interest als bedoeld in artikel 1907bis B.W., bedraagt de wederbeleggingsvergoeding, indien deze is bedongen, maximaal zes maanden interest, berekend over de terugbetaalde som en naar de in de overeenkomst bepaalde rentevoet, voor ondernemingskredieten waarvan het oorspronkelijke kredietbedrag hoogstens 1 miljoen euro (verhoogd tot 2 miljoen euro) bedraagt.”*

**Besluit:** artikel 1907bis B.W. blijft van toepassing én voor nieuwe ondernemingskredieten (niet-leningen) tot 2 miljoen euro blijft de wederbeleggingsvergoeding sowieso beperkt tot 6 maanden interest



45

## Art. 9 §2, tweede lid KMO-financieringswet

*“Voor ondernemingskredieten waarvan het kredietbedrag meer dan 1 miljoen (nu 2 miljoen) euro bedraagt wordt, onverminderd artikel 1907bis B.W., de hoogte van de wederbeleggingsvergoeding contractueel vastgesteld tussen kredietgever en onderneming, met dien verstande dat deze in overeenstemming moet zijn met de berekeningsmodaliteiten hieromtrent vastgesteld in de gedragscode als bedoeld in artikel 10.”*

**Besluit:**

- voor ondernemingskredieten (niet leningen) + 2 miljoen € geldt de gedragscode: de wederbeleggingsvergoeding kan substantieel hoger zijn dan 6 maanden interest
- SPLITS UW KREDIETEN !!!



46



**Martelaarslaan 402**  
**9000 GENT**  
**luc.stolle@squadrat.be**  
**[www.squadrat.be](http://www.squadrat.be)**  
**Tel. 09/269 70 70**