

DE FUNDING LOSS BLIJFT ONDER VUUR !

Luc STOLLE, advocaat

Kredietcrisis 2008 was aanleiding voor de funding loss-discussie

1

Veronderstel eens: u bent een ondernemer die vooruit wil en u beslist een bedrijfspand te kopen teneinde de groei én de toekomst van uw bedrijf te verzekeren. U heeft evenwel onvoldoende middelen om uw project te financieren en u stapt naar één van uw belangrijkste partners-in-business, uw bank. U zet uw bankier uw plannen uiteen en u vertelt hem dat u graag bedrag “x” zou willen lenen. Een paar weken later zit u wederom in het regionaal bankkantoor waar men u uitlegt dat de bank bereid is u een investeringskrediet toe te kennen tegen een interest van 5 %. U bent gelukkig en u tekent de voorgelegde documenten. U kunt starten met uw project. Hoera!

De inkt van de notariële koopakte is evenwel nog niet opgedroogd of er gebeurt iets merkwaardigs. Het begint met Freddie Mac en Fannie Mae en eindigt met het failliet van Lehman Brothers, Bear Stearns, en dichterbij ... van Fortis en Dexia. Plots leest en hoort u het overal: banken hebben zich te ver gewaagd bij het verschaffen van hypotheeken en het engineeren van financiële producten. Wat volgt is een kredietcrisis die de ganse wereldeconomie en zelfs staten op hun grondvesten doet daveren.

Finaal lijkt er maar één oplossing te zijn om de wereldeconomie én de banken terug op de sporen te zetten: de centrale banken drukken massaal geld en beslissen dat dit geld via de bankensector in de economie zal worden geïnjecteerd tegen historisch lage rentes.

Een vijftal jaar later wordt u zich meer en meer bewust van een probleem waarmee uw onderneming te kampen krijgt: een aantal van uw concurrenten hebben later dan uzelf en tegen veel lagere rentetarieven geïnvesteerd.

U beseft dat de hoge kredietlasten uw concurrentiekracht aantasten en dat u finaal nog alleen werkt om de komende jaren ... de bank terug te betalen. Gedwongen door de omstandigheden stapt u naar uw bankier, maar daar krijgt u een “njet”: u krijgt geen lagere interesten en bij de vervroegde terugbetaling van uw lening om ze bij een andere bank te herfinancieren, wordt u een immense wederbeleggingsvergoeding aangerekend: het bedrag van de zogenaamde funding loss is namelijk ongeveer gelijk aan alle interest die u tot de einddatum van uw lening zou moeten betalen.

De reddingsoperatie voor de mondiale banksector lijkt finaal uw ondergang te worden. Dit kan toch niet de bedoeling zijn ?

Dan maar juridisch advies inwinnen ...

Wanneer u een advocaat raadpleegt, krijgt u te horen dat het Hof van Cassatie in 2011 en in 2013 een andere mening was toegedaan dan uw bankier. In de betreffende arresten onderschreef het hoogste Belgische rechtscollege het standpunt van het Hof van Beroep te Brussel. Dit standpunt kwam erop neer dat een investeringskrediet, toegekend in het kader van een zogenaamde kredietopening, als een lening moet worden gekwalificeerd en dat, als gevolg daarvan, artikel 1907bis B.W. van toepassing is. Dat artikel stelt dat de bank, bij gehele of gedeeltelijke terugbetaling van een lening op interest, in geen geval van de schuldenaar een wederbeleggingsvergoeding kan vorderen die groter is dan zes maanden interest.

Kort nadat u deze argumenten heeft voorgelegd aan uw kantoordirecteur, krijgt u een brief van het hoofdkantoor uit Brussel

met het argument dat uw investeringskrediet wel degelijk een kredietopening uitmaakt en dat artikel 1907bis B.W. niet van toepassing is.

Finaal beslist u – net zoals menig ander ondernemer – het meningsverschil voor te leggen aan de rechtbank.

Het verschil tussen lening op interest en kredietopening

2

Ondertussen zijn er inderdaad diverse uitspraken geveld. De rechtbank (veelal de rechtbank van koophandel te Brussel) erkent dat artikel 1907bis B.W. enkel van toepassing is op leningen en niet op kredietopeningen. Zij bevestigt evenwel de cassatierechtspraak die stelt dat investeringskredieten die werden toegekend in het kader van een kredietopening gekwalificeerd moeten worden als leningen op interest zodat artikel 1907bis B.W. weldegelijk van toepassing is.

De rechtbank wijst op een aantal fundamentele verschillen tussen een kredietopening en een lening op interest. Uitgaande van de definitie van verbruiklening in het Burgerlijk Wetboek (art. 1892) bevestigt zij dat een lening een reëel contract is dat slechts tot stand komt als de uitgeleende som wordt overhandigd. De lening is ook een

eenzijdig contract: na afgifte van het kapitaal heeft slechts de leningnemer nog één verplichting te vervullen, namelijk het terugbetalen van het geleende kapitaal en de verschuldigde interest op de afgesproken tijdstippen.

Een kredietopening daarentegen is een consensuele en wederkerige (kader)overeenkomst waarbij een kredietinstelling aan een kredietnemer een kredietfaciliteit ter beschikking stelt. In het betreffende contract wordt de omvang van de kredietfaciliteit en de vergoeding (een interest of een commissie) bedongen. De kredietnemer krijgt een persoonlijk recht om, op zijn verzoek, wanneer hij dat wil en in de mate dat hij dat wil, gebruik te maken van de door de kredietovereenkomst toegekende kredietruimte.

De belangrijkste onderscheidingscriteria

Met de beide definities voor ogen besluit de rechtbank dat het haar voorgelegde investeringskrediet een lening op interest uitmaakt. Zij doet dat op basis van o.m. de volgende overwegingen.

Vooreerst stelt de rechtbank vast dat er geen sprake is van een vrije opneembaarheid van de fondsen. Dit blijkt onder meer uit de verplichte aanwending van het kredietbedrag (*in casu* de betaling van de aankoopprijs van een onroerend goed), het feit dat er een vrij korte opnemingsstermijn werd voorzien, het feit dat de niet- of niet-tijdige opneming werd gesanctioneerd door aanrekening van een verzakingsvergoeding (vaak berekend op dezelfde wijze als de

wederbeleggingsvergoeding) en het feit dat een hypotheek op het goed diende te worden verleend (hetgeen wederom de verplichte voorafgaande aankoop van het onroerend goed impliceerde).

Ook kredieten voor bijvoorbeeld de oprichting van een gebouw dienen te worden gekwalificeerd als leningen op interesten, en dit niettegenstaande ze op termijn en in schijven opgenomen dienen te worden.

Ten tweede stelt de rechtbank vast dat het krediet dient te worden terugbetaald volgens een strikte afbetalingsregeling. Volgens de rechtbank vormt zulks een duidelijke

aanwijzing voor de kwalificatie als leningovereenkomst.

Ten derde beschikt de kredietnemer niet over de mogelijkheid om de terugbetaalde bedragen weder op te nemen zonder uitdrukkelijk en nieuw akkoord daartoe van de bank. De rechtbank wijst erop dat er aldus geen sprake was van een rekeningcourant-verhouding waarbij een bepaalde kredietlijn wordt toegestaan 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 kan op doen zoals en wanneer hij dat nodig acht.

Tenslotte wijst de rechtbank er nog op dat het betreffende investeringskrediet voorzag in een reserveringscommissie die enkel bedongen was in afwachting van het moment dat het volledige kredietbedrag was opgenomen en de door de bank gereserveerde zaak, namelijk het leenbedrag, volledig is overgemaakt aan de kredietnemer. Fijnzinnig wijst de rechtbank er ook op dat een dergelijke reserveringscommissie moet worden onderscheiden van een zogenaamde kredietopeningsprovisie, die geldt gedurende de volledige duur van de toekenning van de kredietfaciliteit bij een kredietopening.

3

De meeste rechtbanken en hoven volgen de stelling van het Hof van Cassatie

Op basis van de voorgaande criteria kwalificeerde de Brusselse handelsrechter het investeringskrediet als een lening op interest waarop artikel 1907bis B.W. van toepassing is.

Deze rechtspraak is ondertussen bevestigd door verschillende rechtbanken. Ook diverse kamers van het Hof van Beroep te Brussel en de Hoven van Beroep te Luik en Mons passen de initiële cassatierechtspraak consequent toe. Hier en daar is er nog steeds een

rechtscollege, zowel op het niveau van eerste aanleg, als in hoger beroep, dat een andere mening is toegedaan. Veelal zijn de afwijkende uitspraken gebaseerd op de foutieve overweging dat een min of meer korte opnemingsstermijn – die bij quasi elk krediet voorkomt, zelfs bij particuliere leningen – wijst op een kredietopening. Dergelijke korte opnemingsstermijn impliceert echter duidelijk geen rekening-courant gedurende de ganse duurtijd van het krediet.

Wat met kredietcontracten die de vervroegde terugbetaling verbieden ?

Het is evenwel kort door de bocht om te zeggen dat voortaan alle investeringskredieten vroegtijdig kunnen worden terugbetaald tegen betaling van een funding loss-vergoeding die gelijk is aan zes maanden interest.

Dat is het geval voor investeringskredieten die de vervroegde terugbetaling toestaan, maar

niet voor investeringskredieten die de bank de mogelijkheid bieden om de terugbetaling te weigeren. In de laatste gevallen kunnen de banken de kredietnemer wel dwingen het krediet tot de einddatum te respecteren en tot deze datum de “hoge” interest te betalen. Alles zal dus afhankelijk zijn van de bepalingen van het indertijd ondertekende contract en de daarbij horende algemene voorwaarden.

Wat met reeds betaalde té hoge funding loss-vergoedingen ?

Er stelt zich nog één cruciale vraag: kunnen reeds in het verleden betaalde funding loss-vergoedingen die de beperking van artikel 1907bis B.W. overschrijden worden teruggevorderd?

Het uitgangspunt is dat artikel 1907bis B.W. van dwingend recht is. De afstand van een bescherming die geboden wordt door een dergelijke wetsbepaling kan, aldus het Hof van Cassatie in een arrest van 26 december 2014, niet worden vermoed. Deze afstand kan slechts worden afgeleid uit feiten of handelingen die voor geen andere uitlegging vatbaar zijn.

Heel specifiek voor wat betreft de verzaking aan de bescherming die geboden wordt door artikel 1907bis B.W. stelde het Brusselse Hof van Beroep tot tweemaal toe (in 2013 en in 2016) dat een kredietnemer niet geacht kan worden te hebben verzaakt aan deze bescherming indien hij daarvan geen kennis had. Het hof was van mening dat de betaling van een wederbeleggingsvergoeding slechts een bekrachtiging van de met artikel 1907bis B.W. strijdige contractuele clause inhoudt (én aldus een verzaking aan het recht om de matiging van de wederbeleggingsvergoeding tot maximum zes maanden te eisen) indien de wil tot bekrachtigen vaststaat en de feiten niet vatbaar zijn voor een andere interpretatie. Het Hof voegde eraan toe dat de wil tot bekrachtigen slechts denkbaar is indien

diegene die deze wil uit, weet had van de te bekrachtigen onregelmatigheid.

Het staat vast dat de banken (die allemaal op eenzelfde manier investeringskredieten trachtten te “verpakken” in een kredietopening) zowel bij het afsluiten van het krediet als bij de terugbetaling ervan in alle talen zwegen omtrent de lopende geschillen waarin zij betrokken waren en waarin zij vaak in het ongelijk waren gesteld. Zij bleven daarentegen verwijzen naar contractuele clausules die hen toestonden exorbitante wederbeleggingsvergoedingen aan te rekenen. Ook bleven ze brieven sturen waarin zij de verplichting tot betaling van de geëiste wederbeleggingsvergoeding én de omvang ervan met hand en tand verdedigden.

Wanneer de bank de kredietnemer een verkeerd beeld heeft voorgehouden omtrent de aard van het krediet en op die manier heeft misleid, kan men bezwaarlijk stellen dat de kredietnemer kennis had van de bescherming van artikel 1907bis B.W.

Hoewel er ook hier andersluidende rechtspraak is, valt er met andere woorden wel degelijk iets te zeggen voor de mogelijkheid om onterecht betaalde wederbeleggingsvergoedingen terug te vorderen binnen de verjaringstermijn van 10 jaar (art. 1304 B.W.).

“In geen geval” is “in geen geval”

Tot slot kan ook nog worden gewezen op het spraakmakend cassatiearrest van 24 november 2016.

Dit arrest handelt over het standpunt van de banken wier contracten de vervoegde terugbetaling verboden. Wanneer deze banken de terugbetaling toch toestonden mits

betaling van een funding loss-vergoeding, hielden zij voor dat deze vergoeding geen wederbeleggingsvergoeding betrof, maar een vergoeding wegens de verzaking aan het recht om de terugbetaling te weigeren.

Dit standpunt is verworpen door het Hof van Cassatie. Het Hof baseerde haar oordeel op de

tekst van artikel 1907bis B.W. dat stelt dat, in geval van vervroegde terugbetaling, de wederbeleggingsvergoeding “in geen geval” hoger mag zijn dan 6 maanden interest. Ook wanneer de bank afweek van de contractuele mogelijkheid om de vervroegde terugbetaling te weigeren is er, zo redeneert het Hof van

Cassatie, sprake van een geval van vervroegde terugbetaling en van een vergoeding waarop de beperking van artikel 1907bis B.W. van toepassing is. Ook deze vergoedingen kunnen, wanneer men de hierboven vermelde verzakingstheorie toepast, (mogelijks) worden teruggevorderd.

L’histoire se répète ?

5

Het bijna een eeuw oude artikel 1907bis B.W. is dus terug van lang weggeweest! Het is door de wetgever ingevoegd in 1934, naar aanleiding van de ineenstorting van het financiële systeem in 1929 en de daaruit voortvloeiende Grote Depressie. De situatie is gelijkend: zowel tijdens de jaren ’20 als tijdens de laatste jaren (sinds 2009) draaiden de geldddruk machines op volle toeren en werd

het geld tegen uitermate lage interesten op de markt “gegoid”. Hopelijk is de herontdekking van artikel 1907bis B.W. geen voorbode voor slechtere tijden, maar blijft, anders dan tijdens de Grote Depressie, de wereldeconomie op volle toeren draaien zonder dat daarvoor een wereldoorlog moet worden uitgevochten.