

Risicoloos procederen rond funding loss?

In zijn recent gepubliceerde arrest van 29 januari 2018 beperkt het hof van beroep te Bergen een funding loss-vergoeding van een kleine 260.000,00 EUR tot een fractie daarvan. Na het arrest van het Hof van Cassatie van 24 november 2016, is dit opnieuw een belangwekkende uitspraak in het voordeel van de leningnemer (zie over dit cassatiearrest onze [eerdere nieuwsbrief](#)).

Feiten. Een onderneming ging in januari 2010 een (hypothecaire) lening aan voor een ruime 600.000,00 EUR op 25 jaar maar wilde deze vervolgens in februari 2014 alweer terugbetalen. De bank antwoordde met de berekening van de hierboven vermelde, hoge funding loss-vergoeding. De vennootschap betwistte het bedrag van de vergoeding met verwijzing naar art. 1907bis BW, dat bepaalt dat de wederbeleggingsvergoeding bij vervroegde terugbetaling van een lening op interest maximaal het equivalent van zes maanden interest kan bedragen.

Toen men niet tot een akkoord kwam, dagvaardde de onderneming de bank. Zij verzocht de rechtbank (onder meer) om vast te stellen dat de wederbeleggingsvergoeding wel degelijk onderworpen was aan art. 1907bis BW. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep haalde de onderneming haar slag thuis.

De ontvankelijkheid - risicoloos procederen?

"Reeds verkregen en dadelijk belang"? Opmerkelijk is dat de lening tijdens de procedure gewoon bleef verder lopen en de onderneming deze dus ook bleef afbetalen.

De bank trachtte daar een argument uit te putten om de vordering onontvankelijk te doen verklaren. Volgens de bank had de onderneming nog niet besloten of zij de lening daadwerkelijk vervroegd zou terugbetalen. Een vordering die wordt ingesteld met als enig doel de rechter een standpunt te laten innemen over een toekomstig en onzeker geschil, is in België principieel onontvankelijk. Dit is de vereiste van het "reeds verkregen en dadelijk belang", wat volgens de bank aldus niet voorhanden was.

Het hof volgde die redenering niet. Het was, aldus het hof, precies aan het "exorbitant" (sic) hoge bedrag van de funding loss-vergoeding te wijten dat de onderneming de lening nog niet had terugbetaald. Er zou dus wel degelijk reeds een geschil bestaan hebben (zodat het geschil niet louter toekomstig is), dat ertoe leidde dat de onderneming haar lening nog niet had kunnen herfinancieren. Allicht was vrijgave van de bestaande hypotheek juist nodig voor herfinanciering. De vordering was aldus ontvankelijk.

Risicoloos procederen? Als de onderneming inderdaad nog kon beslissen om toch niet over te gaan

tot vervroegde terugbetaling, hield het voeren van een procedure geen risico in voor de onderneming: kreeg zij gelijk, dan kon zij herfinancieren; kreeg zij ongelijk, dan kon zij er nog steeds voor kiezen om toch maar niet vervroegd terug te betalen.

Pertinent is evenwel de vraag in hoeverre bovenstaande (cirkel?)redenering van het hof nog zou opgaan indien de bank wel degelijk gerechtigd zou zijn geweest om de hoge funding loss-vergoeding aan te rekenen. Vraag is ook of de onderneming in dat geval effectief nog de keuzevrijheid zou hebben. Tot slot is het ook niet zeker of andere hoven en rechtbanken eveneens zouden oordelen dat er in deze gevallen sprake is van een reeds verkregen en dadelijk belang.

Ook indien bovenstaande vragen positief zouden worden beantwoord, moet er nog rekening mee worden gehouden dat elke procedure tijd in beslag neemt. In dit concrete geval werd gedagvaard in september 2015. In oktober 2016 volgde er een vonnis en, zoals vermeld, werd het arrest in hoger beroep geveld in januari 2018. Pas daarna kon de onderneming haar lening effectief herfinancieren.

Geen terugbetaling van de interesten lopende de procedure. In deze zaak vorderde de onderneming ook terugbetaling van door haar betaalde interest sedert haar eerste aanmaning, aangezien zij, zonder het geschil, de lening op dat ogenblik zou hebben terugbetaald. Deze vordering wees het hof wel af, omdat de onderneming de interest in uitvoering van een overeenkomst betaalde, waarvan de geldigheid niet werd betwist en waarvan zij ook niet de voortijdige ontbinding vorderde.

De gegrondheid – lening op interest?

Benaming of aard van de vergoeding. Vervolgens diende de rechter ook te oordelen of art. 1907bis BW van toepassing was in dit geval en dus of het bedrag van de wederbeleggingsvergoeding inderdaad beperkt moest worden tot het equivalent van zes maanden interest. Na het cassatiearrest van 24 november 2016 is hiervoor slechts één criterium van belang, en dat is of de lening al of niet kwalificeert als een "lening op interest". De naam of aard van de vergoeding die de bank vraagt, is aldus géén criterium.

Voorheen trachtten de banken artikel 1907bis BW te omzeilen door, bijvoorbeeld, de vergoeding bij vervroegde terugbetaling geen "wederbeleggingsvergoeding" te noemen, welke de term is die het burgerlijk wetboek gebruikt, maar bijvoorbeeld een "funding loss-vergoeding". Voormeld cassatiearrest bepaalt hierover dat art. 1907bis BW van toepassing is op iedere vergoeding die gevorderd wordt naar aanleiding van een vervroegde terugbetaling, ongeacht de naam ervan.

Een ander mechanisme was het simpelweg uitsluiten van vervroegde terugbetaling in de overeenkomst, maar die vervolgens toch toe te staan mits betaling voor de afstand van het recht van de bank. Het Hof van Cassatie sloot ook dit achterpoortje: ook de vergoeding die op dat ogenblik gevraagd wordt, is onderworpen aan art. 1907bis BW.

De vraag of een bank de vervroegde terugbetaling zonder meer kan verbieden, werd niet

behandeld in het cassatiearrest. Ook in het hier besproken geval was dit niet aan de orde. De betrokken bank had immers uitdrukkelijk de vervroegde terugbetaling aanvaard, zij het aan een (te) hoge vergoeding.

Kredietopening vs. lening op interest. Een ander “achterpoortje” betreft wél het nog relevante criterium, namelijk of de lening al of niet kwalificeert als een "lening op interest": de leningsovereenkomst vermeldt dan bijvoorbeeld dat het zou gaan om een "kredietopening" en dus niet om een lening op interest. Op een kredietopening is art. 1907bis BW immers niet van toepassing.

In deze zaak vermeldde de overeenkomst eveneens dat het om een kredietopening ging. De rechter kan de overeenkomst evenwel herkwalificeren als lening op interest, indien hij vaststelt dat de bepalingen en modaliteiten overeenkomen met dergelijke kwalificatie en niet met de kwalificatie als kredietopening. Dat deed de (beroeps)rechter in dit geval.

Vrijheid om het krediet op te nemen. De beroepsrechter merkt op dat het principe van een funding loss-vergoeding zelf ingaat tegen de aard van de kredietopening: bij een kredietopening betaalt de kredietnemer een bepaalde reserveringscommissie omdat de bank een bepaald bedrag ter beschikking moet houden, en hij heeft in ruil daarvoor de vrijheid om het krediet al of niet, geheel of gedeeltelijk, op welk moment ook op te nemen. Die vrijheid bestaat geenszins wanneer de kredietnemer een zeer hoge vergoeding moet betalen wanneer hij wil terugbetalen. Het bestaan van de verplichting tot betaling van een funding loss-vergoeding vormt op zich dus al een argument voor de herkwalificatie.

Een onderdeel van die vrijheid om het krediet al of niet op te nemen, is ook de vrijheid om te kiezen wannéér het krediet wordt opgenomen. De bank wendde ook in deze zaak het argument aan dat de opnameperiode geen vast ogenblik was: de onderneming had welgeteld een maand en drie dagen de tijd om het bedrag op te nemen (indien zij overigens het bedrag niet opnam, was zij eveneens een schadevergoeding verschuldigd). De rechter nuanceert dit criterium: de opnameperiode was dermate kort dat er geen sprake is van de opnamevrijheid die vereist is om te kunnen spreken van een kredietopening.

Besluit

Deze uitspraak schept, na het cassatiearrest van 24 november 2016, alweer een gunstig precedent voor de kredietnemer. Mogelijk zet dit de sluizen (nog wat verder) open voor meer dergelijke zaken. Voor heel wat ondernemingen is de mogelijke (financiële) impact immers groot. Wordt ongetwijfeld vervolgd.

Voor meer informatie over dit onderwerp kan u Dave Mertens en Sophie Deckers (auteurs) contacteren.

Mechelsesteenweg 127A, b1 - 2018 Antwerpen

t. +32 3 260 98 60 | +32 2 790 44 44

Regentschapsstraat 58 bus 8 - 1000 Brussel

info@schoups.be

www.schoups.com