



Verdienstelijk in recht

© Copyright MERITIUS® Gent

## In dit nummer

**Refunding is loosing ? .....1****Dan maar in de clinch met jouw bank ?.....1****Onredelijkheid dwong de wetgever tot (laattijdig) ingrijpen.....2****De nieuwe Wet stelt geen einde aan de funding loss-saga !.....2****Wat met kredieten die zijn afgesloten vóór 10 januari 2014 ?.... 3****Bank heeft ook nieuwe verplichtingen bij kredietverstrekking... 3****Ook informatieplicht bij kredietweigering ..... 4****Tenslotte: over de Gedragscode .....4**

## Funding loss: handen omhoog of discussiëren ?

Luc STOLLE en Philippe VANDEN POEL

### Refunding is loosing ?

Zoals iedereen weet is een wederbeleggingsvergoeding een vergoeding die verschuldigd is wegens de vervroegde terugbetaling van een krediet en meer bepaald omwille van het feit dat de kredietgever (de bank) vroeger dan gepland een nieuwe bestemming of belegging moet vinden voor de terugbetaalde gelden. De vergoeding is o.m. het gevolg van het feit dat de bank gedurende een bepaalde periode renteopbrengsten moet derven en onverwachte administratiekosten moet dragen.

### Dan maar in de clinch met jouw bank ?

In sommige (en de meest gunstige) gevallen ontdekten de moedige ondernemers dat hun kredietovereenkomst geen rechtsgrond bood voor het aanrekenen van de geclaimde vergoedingen. In andere gevallen zochten ze naar juridische argumentaties om de bank op betere gedachten te brengen.

Tot voor kort poogde men de *funding loss*-aanspraken van de bank te counteren op basis van twee bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek. Vooreerst is er art. 1907*bis* BW dat stelt: "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." Eenvoudig verwoord: de wederbeleggingsvergoeding kan maximaal zes maanden interest bedragen, te berekenen op het terugbetaalde kapitaal.

Maar dit wettelijk plafond geldt, aldus de meer-

Extreem hoge wederbeleggingsvergoedingen – vaak *funding losses* genoemd – waren de laatste jaren een doorn in het oog van vele ondernemers die hun schulden wilden herfinancieren tegen steeds lagere interestvoeten. Het idee om over te stappen naar een financiële instelling die hen voordeligere financieringsvoorwaarden had voorgesteld, werd evenwel vaak in de kiem gesmoord op het moment dat de initiële kredietgever de *funding loss*-berekening voorlegde.

derheid van de rechtspraak, enkel voor leningen op interest, zijnde kredieten waarvan het kredietbedrag, samen met de verschuldigde interest, in periodieke schijven wordt terugbetaald. Art. 1907*bis* BW is m.a.w. niet van toepassing op zgn. kredietopeningen of kredieten waarbij de kredietgever aan de kredietnemer een bedrag ter beschikking stelt dat laatstgenoemde gedurende de looptijd van het contract kan opnemen, terugbetalen en heropnemen. Bovendien werd er in de rechtspraak gebakkeleid over de vraag of art. 1907*bis* BW ook geldt wanneer de vervroegde terugbetaling door de kredietovereenkomst is uitgesloten of zelfs wanneer deze niet expliciet door de overeenkomst is toegestaan. In dat geval baseren de anti-*funding loss*-strijders zich vaak op art. 1231 BW dat inhoudt dat de rechter zgn. strafbedingen kan matigen. Strafbedingen zijn bedingen die vergoedingen voorzien in geval een partij een overeenkomst (in de regel van bepaalde duur) vroegtijdig verbreekt.



**De regels met betrekking tot de vervroegde terugbetaling van het krediet traden in werking op 10 januari 2014. Het meest teleurstellende element voor de KMO's is dat de nieuwe regels pas van toepassing zijn op kredietovereenkomsten die afgesloten werden na 10 januari 2014. Men kan zich dan ook de vraag stellen of de nieuwe Wet haar doel niet mist.**



## Onredelijkheid dwong de wetgever tot (laattijdig) ingrijpen

Maar natuurlijk kenden ook de kredietgevers deze "tegenargumenten". Ze namen in hun contracten dan ook steevast bepalingen op die het hen mogelijk maakten de klant te overtuigen het krediet toch maar niet te verbreken.

De wetgever meende evenwel dat de KMO's niet met een dergelijke praktijk gebaat zijn. Dit kan inderdaad nefaste gevolgen hebben voor de kostenstructuur van een KMO en zijn concurrentiepositie in binnen- en buitenland. De wetgever onderkende aldus – zij het rijkelijk laat – dat de gevorderde *funding loss*-vergoedingen vaak de grens van de redelijkheid overschreden en voorzag daarom in de Wet van 21 december 2013 betreffende de financiering voor KMO's in een nieuwe regeling die de bestaande *funding loss*-praktijken aan banden moet leggen (de "Wet").

Het toepassingsgebied van de Wet is beperkt tot kredieten die aangeboden worden aan de KMO's

(incl. vrije beroepers) door kredietgevers in het kader van hun gebruikelijke handel- of beroepsactiviteiten. KMO's moeten begrepen worden als de ondernemingen die gedefinieerd worden in artikel 15 § 2 W.Venn., d.w.z. dat het gaat om ondernemingen die voor het laatste en het voorlaatste boekjaar niet meer dan één van de volgende criteria overschrijden: (1) jaargemiddelde van het personeelsbestand: 50; (2) jaaromzet, exclusief BTW: 7.300.000 euro en (3) balanstotaal: 3.650.000 euro. Een onderneming waarvan het jaargemiddelde van het personeelsbestand meer dan 100 is, is geen KMO.

Aan kredietgeverszijde gaat het om professionele kredietgevers, nl. de kredietgevers die binnen hun "gebruikelijke" activiteiten kredieten verstrekken. Naast banken kunnen ook andere "gebruikelijke" kredietverstrekkers onder de Wet vallen (bv. *private equity*-verstrekkers).

## De nieuwe Wet stelt geen einde aan de *funding loss*-saga !

De Wet voert een maximale wederbeleggingsvergoeding in die geldt voor alle kredietvormen, ongeacht of het gaat om leningen op interest (waar art. 1907*bis* BW van toepassing blijft), dan wel om kredietopeningen. De vergoeding wordt geplafonneerd op maximum 6 maanden interest, te berekenen op het openstaande bedrag op het moment van de terugbetaling.

De Wet voorziet tevens dat de onderneming te allen tijde het recht heeft om het verschuldigde kapitaalsaldo geheel of gedeeltelijk vervroegd terug te betalen, ongeacht of dit in de kredietovereenkomst al dan niet is uitgesloten. De ondernemer dient de kredietgever in voorkomend geval ten minste 10 werkdagen voor de terugbetaling bij een ter post aangetekende brief op de hoogte te brengen van zijn voornemen om het nog verschuldigde kapitaalsaldo geheel of gedeeltelijk te voldoen.

De nieuwe regeling is dan weer enkel van toepassing wanneer het oorspronkelijke kredietbedrag minder dan één miljoen euro bedraagt (het 'kredietbedrag' is de som van alle bedragen die op grond van een kredietovereenkomst beschikbaar worden gesteld). Voor kredieten van meer dan één miljoen euro kan de omvang van de wederbeleggingsvergoeding nog steeds contractueel worden vastgesteld. Daarbij zal de kre-

dietgever evenwel rekening moeten houden met de transparante berekeningsmodaliteiten die in een nieuwe Gedragscode zijn vastgesteld. Het betreft een code die op 16 januari 2014 is ondertekend tussen Unizo, UCM en Febelfin en die bindende kracht werd verleend bij K.B.

Alle bedingen die strijdig zijn met deze nieuwe wettelijke regeling zijn nietig en worden als onbestaande beschouwd. De rechter zal in voorkomend geval de wettelijk voorziene maximumvergoeding (6 maanden interest) toepassen, of – voor kredieten van meer dan 1 miljoen euro – de vergoeding naar billijkheid vaststellen.

Er werden ook een aantal gevallen voorzien waarbij het de kredietgever verboden is om een wederbeleggingsvergoeding aan te rekenen. Dit is bv. het geval wanneer de terugbetaling geschiedt in uitvoering van een verzekeringsovereenkomst die de terugbetaling van het krediet waarborgt, zoals een schuldsaldoverzekering.

De regels met betrekking tot de vervroegde terugbetaling van het krediet traden in werking op 10 januari 2014. Het meest teleurstellende element voor de KMO's is dat de nieuwe regels slechts van toepassing zijn op kredietovereenkomsten die afgesloten werden na 10 januari 2014. Men kan zich dan ook de vraag stellen of de nieuwe Wet haar doel niet mist.

**Aan deze kredietnemers kan enkel de raad worden gegeven om de "uitleg" van de bankier niet blindelings te aanvaarden, maar integendeel deskundige toelichting te vragen omtrent de werkelijke aard van het krediet (lening op interest of kredietopening) en omtrent de inhoud van de kredietovereenkomst.**

## Wat met kredieten die zijn afgesloten vóór 10 januari 2014 ?

Het feit dat de nieuwe regeling slechts van toepassing is vanaf 10 januari 2014 doet inderdaad de vraag rijzen naar het effect en zelfs de zin ervan. Immers, het zijn niet de kredieten die zijn afgesloten na 10 januari 2014 die te duur zijn voor de KMO's, maar wel deze die zijn aangegaan vóór die datum. Voor wat betreft deze laatste kredietovereenkomsten verandert er evenwel weinig of niets: zij blijven m.a.w. in de schemerzone en de rechtsonzekerheid blijft bestaan.

De banken kenden uiteraard de grenzen van het toepassingsgebied van het art. 1907bis BW. Daarom trachtten ze deze ontsnappingsroute vaak te dichteren door de kredietovereenkomsten onrecht te kwalificeren en zelfs te benoemen als "kredietopeningen" zodat zij niet onder de toepassing van het artikel 1907bis BW zouden vallen. Vaak sloot de bank ook de mogelijkheid tot vervroegde terugbetaling uit omdat ze wist dat er in de rechtsleer en de rechtspraak onenigheid bestond over de vraag of art. 1907bis BW in voorkomend geval toepassing kon vinden. Kredietnemers die hun al te duur krediet vroeg-

tijdig willen stopzetten, blijven geconfronteerd worden met dezelfde "oude" argumenten. Aan deze kredietnemers kan enkel de raad worden gegeven om de "uitleg" van de bankier niet blindelings te aanvaarden, maar integendeel deskundige toelichting te vragen omtrent de werkelijke aard van het krediet (lening op interest of kredietopening) en omtrent de inhoud van de kredietovereenkomst.

De praktijk toont aan dat de banken in een aantal gevallen moeten capituleren op basis van hun eigen, vaak oudere overeenkomsten. In andere gevallen dienen de banken de toepassing van art. 1907bis BW te aanvaarden. In laatste orde kan ook nog beroep worden gedaan op de matigingsbevoegdheid van de rechter overeenkomstig artikel 1231 BW.

Het is niet denkbeeldig dat de bank tot betere gedachten kan worden gebracht en dat een redelijke oplossing kan worden onderhandeld. Immers, ook de bank heeft geen zekerheid omtrent de afloop van een eventuele gerechtelijke procedure.

## Bank heeft ook nieuwe verplichtingen bij kredietverstrekking

De Wet beoogt ook een evenwicht te installeren op het moment dat de kredietgever en de kredietnemer omtrent het krediet onderhandelen. In het algemeen moet zij zich zorgvuldig, te goeder trouw en billijk gedragen. Deze verplichting betreft zowel de precontractuele als de contractuele fase.

Verder heeft de wetgever de communicatie tussen de kredietverlener en de kredietnemer willen bijsturen teneinde de ongelijke verdeling van informatie en kennis tussen beiden te "milderen". Zodoende wordt voorzien in een actieve vraagplicht van de bank bij het aangaan van het krediet: de bank die aan een KMO een krediet aanbiedt, moet informatie opvragen teneinde de haalbaarheid van het beoogde project, de financiële toestand, de terugbetalingsmogelijkheden en de lopende financiële verbintenissen van de kredietnemer te kunnen beoordelen. Deze informatie moet gevraagd worden bij de kredietaanvraag en in elk geval vóór het kredietaanbod. Dezelfde verplichting bestaat t.a.v. de persoon die een persoonlijke zekerheid stelt.

In de bovengenoemde Gedragscode wordt ver-

duidelijk om welke vragen het gaat. Zij betreffen o.m. de activiteit, de financiële resultaten en het financieel plan van de onderneming, het doel van het krediet, eventuele uitstaande financieringen op onderneming- en groepsniveau en engagementen die de kredietrelatie kunnen beïnvloeden, bestaande persoonlijke en zakelijke zekerheden en beschikbare activa voor zekerheidsstelling.

Op basis van deze informatie zal de kredietgever moeten onderzoeken welke kredietvorm het best beantwoordt aan de noden van de KMO. Bij miskenning van deze verplichting kan de rechter de kosteloze omzetting van het krediet naar een beter aangepaste kredietvorm bevelen.

Bij de kredietaanvraag moet de kredietnemer tevens een passende schriftelijke toelichting ontvangen waarin de belangrijkste kenmerken van het krediet worden opgesomd. Hij heeft ook het recht om een exemplaar van de ontwerp-kredietovereenkomst te ontvangen, vergezeld van een summier informatiedocument waarin de belangrijkste elementen worden uitgelegd inzake de rechten en plichten van de contractpartijen.





**Wanneer de kredietaanvraag wordt geweigerd, moet de bank de KMO ook informeren over de essentiële elementen waarop de weigering is gebaseerd of die de risicobeoordeling hebben beïnvloed. Deze informatie moet verstrekt worden op een transparante manier en in een taal die verstaanbaar is voor de onderneming.**

## Ook informatieplicht bij kredietweigering

Wanneer de kredietaanvraag wordt geweigerd, moet de bank de KMO ook informeren over de essentiële elementen waarop de weigering is gebaseerd of die de risicobeoordeling hebben beïnvloed. Deze informatie moet verstrekt worden op een transparante manier en in een taal die verstaanbaar is voor de onderneming.

De belangrijkste redenen voor de weigering moeten aan de KMO worden meegedeeld, zoals daar zijn: onvoldoende informatie en documentatie m.b.t. de financiële toestand van de KMO, het project en de slaagkansen en de terugbetalings-

capaciteit, gebrek aan beschikbare (persoonlijke of zakelijke) zekerheden, gebrek aan eigen inbreng en/of onvoldoende eigen vermogen, enz.

In beginsel kan de kredietgever zich beperken tot een mondelinge toelichting. Op uitdrukkelijke vraag van de KMO, en dit uiterlijk zes maanden na de kredietaanvraag, moet de kredietgever een schriftelijke motivering geven. Dergelijke motivering moet de KMO in staat stellen om ofwel een aangepast kredietdossier in te dienen, ofwel een andere financiële partner te zoeken.

## Tenslotte: over de Gedragscode

De Gedragscode in het kader van de Wet van 21 december 2013, waarvan hierboven sprake, maakt de kredietovereenkomsten voor de KMO's transparanter door deze overeenkomsten voor de ondernemers begrijpelijker te maken. Zoals gezegd werd deze Gedragscode uitgewerkt door de representatieve werknemersorganisaties van de KMO's (UCM en UNIZO) en de representatieve organisatie van de kredietsector (Febelfin). Concreet wordt er verduidelijkt:

(1) welke informatie de kredietverlener aan de ondernemer moet verstrekken op het tijdstip van de kredietaanvraag en op het tijdstip van het

afsluiten van de kredietovereenkomst;

(2) welke informatie er van de ondernemer wordt verwacht;

(3) op welke wijze de wederbeleggingsvergoeding voor kredieten boven 1 miljoen euro berekend moeten worden;

(4) welke informatie de kredietinstelling aan de ondernemer moet geven in geval het krediet wordt geweigerd.

De volledige Gedragscode is te downloaden: <http://www.financieringvanondernemingen.be/sites/default/files/140116%20-%20KMO-gedragscode%20-%20NI.pdf>

## Onze kantoren

### MERITIUS® GENT

Martelaarslaan 402 - 9000 Gent  
Tel. +32 (0)9 269 70 70 - Fax +32 (0)9 269 70 71  
[info.gent@meritius.be](mailto:info.gent@meritius.be)

### MERITIUS® BRUXELLES

Georges Henriiaan 431 - 1200 Bruxelles  
Tel. +32 (0)2 735 91 56 - Fax +32 (0)2 734 35 00  
[info.brussels@meritius.be](mailto:info.brussels@meritius.be)

### MERITIUS® MONS

Rue Ste Gertrude 1 - 7070 Le Roeulx  
Tel. +32 (0)64 66 50 12 - Fax +32 (0)64 67 60 93  
[info.mons@meritius.be](mailto:info.mons@meritius.be)

### MERITIUS® NAMUR

Rue des Aubépines 44 - 5101 Namur (Erpent)  
Tel. +32 (0)81 32 22 70 - Fax +32 (0)81 32 22 79  
[info.namur@meritius.be](mailto:info.namur@meritius.be)

### MERITIUS® ANTWERPEN

Jules Moretuslei 374-376 - 2610 Antwerpen  
Tel. +32 (0)3 825 55 00 - Fax +32 (0)3 825 56 00  
[info.antwerpen@meritius.be](mailto:info.antwerpen@meritius.be)

**Bezoek ook onze website: <http://www.meritius.be>**



MERITIUS is a member of **CYRUS ROSS INTERNATIONAL EEIG**

With member offices in Austria, Belgium, Bulgaria, Denmark, Finland, France, Germany, Great Britain, Hungary, Ireland, Italy, Luxembourg, Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Sweden, Switzerland

[www.cyrusross.com](http://www.cyrusross.com)