

3. HOF VAN BEROEP BRUSSEL 9 MEI 2016

BANK EN KREDIETWEZEN

Bankverrichtingen – Algemeen – Kredietopening/lening – (Geen) recht op vervroegde terugbetaling – Funding loss-vergoeding – (Geen) rechtsmisbruik – (Geen) strafbeding

De “funding loss”-clausule in een investeringskredietovereenkomst is een standaard bankpraktijk die niet in strijd is met de openbare orde, noch een onwettige oorzaak heeft. Het is evenmin een strafbeding.

De klant die bij ontvangst van de afrekening geen aanvullende informatie heeft gevraagd en definitief akkoord ging met de afrekening funding loss, kan later niet voorhouden incorrect geïnformeerd te zijn.

De bank die betaling van de overeengekomen funding loss-vergoeding vordert, begaat geen rechtsmisbruik, zelfs indien het aldus gevorderde bedrag overeenkomt met meer dan 30% van het resterende saldo in kapitaal en wordt berekend op basis van een vervanging op de interbancaire markt en niet op basis van de rente die zou kunnen worden verkregen in het kader van kredietverlening aan nieuwe klanten.

BANQUE ET CRÉDIT

Opérations bancaires – Généralités – Ouverture de crédit/prêt – Droit à rembourser de manière anticipée (non) – Indemnité de funding loss – Abus de droit (non) – Clause pénale (non)

La clause de funding loss contenue dans un contrat de crédit d'investissement est une pratique bancaire usuelle qui n'est ni contraire à l'ordre public ni n'a une cause illicite. Elle n'est pas davantage une clause pénale.

Le client qui à la réception du décompte, n'a pas demandé d'informations complémentaires et qui a au final marqué son accord sur le décompte de funding loss, ne peut ultérieurement soutenir ne pas avoir été correctement informé.

Ne commet pas d'abus de droit, la banque qui demande le paiement de l'indemnité de funding loss convenue, même si le montant ainsi réclamé correspond à plus de 30% du solde restant dû en capital et s'il est calculé sur la base d'un remplacement dans le marché interbancaire et non sur la base des intérêts qui pourraient être obtenus dans le cadre de crédits consentis à de nouveaux clients.

BNP Paribas Fortis NV / A.D.L.

Zet.: B. Lybeer (voorzitter)

Pl.: Mrs. D. Van Der Mosen, T. Peeters en J. Van Peteghem

Zaak: 2014/AR/2586

Gelet op het vonnis dat, na tegenspraak, op 1 oktober 2014 werd uitgesproken door de Nederlandstalige rechtbank van eerste aanleg te Brussel, beslissing waarvan geen akte van betekening wordt overgelegd.

Gelet op het verzoekschrift tot hoger beroep dat, tijdig en regelmatig naar de vorm, op 1 december 2014 werd neergelegd op de griffie van het hof.

Gehoord de raadslieden van de partijen in hun mondelinge uiteenzetting op de openbare terechtzitting van 18 april 2016.

Procedurevoorgaanden en voorwerp van het hoger beroep

1. Op 4 september 2013 liet geïntimeerde appellante dagvaarden voor de eerste rechter.

In haar laatste conclusie vorderde zij dat appellante zou worden veroordeeld tot het terugbetalen aan haar van de som van 26.301,24 EUR, vermeerderd met de verwijlinterest vanaf 28 januari 2013 en de gerechtelijke interest vanaf de datum van de dagvaarding, alsook in de kosten.

2. Appellante vroeg dat deze eis als ongegrond zou worden afgewezen en dat geïntimeerde zou worden veroordeeld in de kosten.

3. In het bestreden vonnis wordt de vordering van geïntimeerde ingewilligd tot belope van de hoofdsom van 26.301,24 EUR en de verwijlinterest aan de wettelijke rentevoet vanaf de datum van de dagvaarding tot de dag van de volledige betaling en wordt appellante veroordeeld in de kosten en tot het betalen van een rechtsplegingsvergoeding van 2.200 EUR aan geïntimeerde.

4. Appellante vraagt dat deze beslissing teniet zou worden gedaan, dat de eis van geïntimeerde ongegrond zou worden verklaard en dat deze zou worden veroordeeld in de kosten van beide aanleggen.

5. Geïntimeerde vraagt dat het hoger beroep van appellante ongegrond zou worden verklaard, dat dit vonnis zou worden bevestigd en dat appellante zou worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep.

Overzicht van de relevante feiten

6. Appellante kende op 21 juni 2011 aan geïntimeerde en haar echtgenoot een kredietopening voor beroepsdoeleinden toe van 200.000 EUR, die moest worden opgenomen onder de vorm van twee investeringskredieten:

– een investeringskrediet met nummer 245-6562627-85 voor een bedrag van 160.000 EUR en een looptijd van 20 jaar, bestemd voor de gedeeltelijke financiering van de aankoop van een handelsgelijkvloers in een onroerend goed in oprichting te Bornem; en

– een investeringskrediet met nummer 245-6562528-86 voor een bedrag van 40.000 EUR en een looptijd van 10 jaar, bestemd voor de financiering van de inrichting van dit handelspand als bloemenwinkel.

Deze kredietopening kaderde in de zelfstandige activiteit van geïntimeerde die op dat ogenblik was ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen met als activiteit: detailhandel in bloemen, planten, zaden en kunstmeststoffen.

7. In het kader van deze kredietopening werd onder meer het volgende bedongen.

Elke opneming van het krediet zou gebeuren op basis van een kopie van de bewijsmiddelen of facturen van de investering, vergezeld van een instructie van de kredietnemer of op basis van het betalingsbewijs, indien de facturen reeds zouden betaald zijn. De opnemingsperiode zou worden afgesloten op 1 januari 2012, datum waarop het krediet volledig opgenomen moest zijn.

Indien het krediet niet of niet volledig was opgenomen op het einde van de opnemingsperiode, of indien de kredietnemer afstand zou doen van het krediet of de vereiste zekerheden niet zou verstrekken binnen de gestelde termijnen, zou hij een vergoeding verschuldigd zijn aan de bank, waarvan de modaliteiten waren opgenomen in de clausule “wederbeleggingsvergoeding”, alsook administratieve kosten, zoals bepaald in de clausule “kosten”.

Er werd bedongen dat de terugbetalingsperiode een aanvang zou nemen na de opnemingsperiode, dit is uiterlijk op 1 januari 2012.

De kredietnemer kon het krediet slechts geheel of gedeeltelijk vervroegd terugbetalen op elke interestvervaldag met een onherroepelijk voorbericht bij aangetekend schrijven en dit minstens 30 dagen voor de datum van de interestvervaldag. In dat geval zou hij aan de bank een vergoeding verschuldigd zijn die zou worden berekend, zoals beschreven onder de clausule “wederbeleggingsvergoeding”, alsook administratiekosten, zoals bepaald in de clausule “kosten”.

De kredietnemer zou een maandelijke reserveringsprovisie van 0,10% verschuldigd zijn op het niet-opgenomen gedeelte van het krediet vanaf de datum van de ondertekening van het contract, waarvan de betaling zou samenvallen met de interestvervaldag.

Wat de wederbeleggingsvergoeding betreft, werd bepaald dat deze als volgt zou worden berekend:

“a) voor iedere vervaldag die werd vastgesteld na een vervroegde terugbetaling of een verzaking zal een afrekening worden opgemaakt op basis van de volgende elementen:

– bedrag: het bedrag van de betrokken vervaldag;

– duur: periode die begint op het ogenblik waarop genoemde gebeurtenis zich voordoet en die eindigt op de vervaldag in hoofdsom;

– interestvoet: verschil tussen het rentetarief van het krediet en de rente op de interbancaire markt voor een deposito met dezelfde kenmerken. De in aanmerking genomen interbancaire rentevoet is het kleinste van (i) de interbancaire rente die geldt op de datum van de vastlegging van de rentevoet van het krediet en (ii) de interbancaire rentevoet die geldt op de datum dat de wederbeleggingsvergoeding wordt berekend;

– actualisering: het aldus verkregen resultaat zal worden geactualiseerd op grond van de rentevoet van het deposito zoals hierboven beschreven;

b) het totaal van de geactualiseerde afrekeningen per vervaldag in hoofdsom is het bedrag van de verschuldigde wederbeleggingsvergoeding.

Indien het vervroegd terugbetaalde bedrag of het niet opgenomen bedrag slechts een deel van het krediet betreft en niet de totaliteit, zal de som van de geactualiseerde resultaten proportioneel aangepast worden. (...)”

8. Het volledige bedrag van het investeringskrediet van 160.000 EUR en een bedrag van 7.887,50 EUR van het krediet van 40.000 EUR werden op 2 augustus 2011 onder de vorm van een bankcheque opgenomen naar aanleiding van de voorlopige oplevering van het handelspand.

Het saldo van het investeringskrediet -86 werd ten belope van 20.000 EUR opgenomen op 23 augustus 2011 en ten belope van 12.112,50 EUR op 12 september 2011.

9. Op 20 september 2011 ging appellante akkoord met de door de kredietnemers gevraagde verhoging van de kredietopening met een kaskrediet van 5.000 EUR.

10. De verbintenissen van de kredietnemers werd gewaarborgd door een hypotheek ten belope van 77.000 EUR in hoofdsom op voormeld handelspand van geïntimeerde en van haar echtgenoot en door een hypotheecaire volmacht ten belope van 143.000 EUR in hoofdsom op dit onroerend goed en op alle andere onroerende goederen waarvan de kredietnemers eigenaar zouden zijn op het ogenblik van de uitvoering van de volmacht.

11. In juli 2012 stelde geïntimeerde na het overlijden van haar echtgenoot dit handelspand te koop en verkocht zij dit onroerend goed bij onderhandse akte van 31 oktober 2012 voor de prijs van 200.000 EUR.

Appellante beweert dat zij hiervan niet op de hoogte was.

Volgens geïntimeerde was de bankdirecteur van het filiaal van appellante te Belsele, die de vertrouwensman was van geïntimeerde en van haar echtgenoot, perfect op de hoogte van al hetgeen op financieel en handelsgebied is gebeurd na het overlijden van haar echtgenoot en had hij sedert midden 2012 kennis van de verkoop van het onroerend goed, de stopzetting van de handelsactiviteiten en de vervroegde terugbetaling van de kredieten.

12. Appellante houdt voor dat haar kredietdienst pas op 18 januari 2013 een e-mail ontving van het notaris kantoor met de mededeling dat de authentieke akte zou worden verleend op 28 januari 2013 en met het verzoek om de zekerheden vrij te geven en dat haar bankkantoor te Belsele, waar geïntimeerde klant was, deze brief ontving op 21 januari 2013.

Zij voegt eraan toe dat zij snel actie heeft ondernomen om het verlijden van de authentieke akte toch nog te kunnen laten doorgaan.

Zij beweert vervolgens dat haar bankkantoor te Belsele mondeling aan geïntimeerde heeft meegedeeld dat de “funding loss-vergoeding” op basis van een voorlopige raming ongeveer 70.000 EUR zou bedragen (volgens geïntimeerde was er sprake van een bedrag van 100.000 EUR) en dat uit de afrekening van de notaris bleek dat geïntimeerde de ingevolge de vervroegde terugbetaling van de kredieten verschuldigde bedragen niet volledig kon dekken met de verkoopopbrengst (er was een tekort van 35.624,69 EUR), zodat zij bij appellante een aanvraag indiende met het oog op het bekomen van een tijdelijk krediet.

13. Hoewel de verschuldigde “funding loss-vergoeding” volgens appellante 52.233 EUR bedroeg voor het eerste krediet (-85) en 5.756 EUR voor het tweede (-86), bevestigde zij op 25 januari 2013 dat zij bij wijze van commerciële tegemoetkoming bereid was om het bedrag van beide vergoedingen te verminderen tot ongeveer 35.000 EUR in het totaal.

Op dezelfde dag bezorgde zij de afrekening aan de notaris, waarvan zij een kopie stuurde naar geïntimeerde. Deze brief vermeldt uitdrukkelijk dat appellante slechts akkoord gaat met de volledige doorhaling van de hypothecaire inschrijving en met de vrijgave van de hypothecaire volmacht voor zover beide investeringskredieten conform de bijgevoegde afrekeningen worden terugbetaald. In deze afrekening wordt voor het investeringskrediet -85 een “funding loss-vergoeding” vermeld van 31.387,11 EUR en voor het investeringskrediet -86 een “funding loss-vergoeding” van 3.891,43 EUR. In deze brief wordt eveneens aangegeven dat de daadwerkelijke betaling van die bedragen als bewijs zal gelden dat de kredietnemers onherroepelijk instemmen met de in deze brief opgenomen voorwaarden.

Geïntimeerde beweert dat dit schrijven van appellante pas werd verstuurd op 29 januari 2013, derhalve daags na het verlijden van de authentieke akte.

Het door appellante aangerekende totaalbedrag ingevolge de vervroegde terugbetaling van de investeringskredieten werd, met inbegrip van de volgens appellante verschuldigde “funding loss-vergoedingen”, opgenomen in de “afrekening voor de verkoper” van het notaris kantoor.

14. Op 28 januari 2013 sloot geïntimeerde een kredietovereenkomst af met appellante, waarin deze haar een tijdelijk krediet toekende van 67.000 EUR.

Nadien bleek dat geïntimeerde naast de verkoopopbrengst beschikte over een btw-tegoed van 42.000 EUR, zodat zij het tijdelijk krediet niet moest opnemen en de notaris op 30 januari 2013 haar na het verlijden van de authentieke akte een positief saldo van 6.375,31 EUR kon overmaken.

Beide investeringskredieten werden terugbetaald conform de afrekening van appellante.

15. Op 12 februari 2013 schreef de raadsman van geïntimeerde appellante aan met de mededeling dat zijn cliënte niet akkoord ging met de aangerekende “funding loss-vergoeding” en daarvan een concrete en volledige berekening opvroeg.

De ombudsdienst van appellante antwoordde op 28 februari 2013 dat zij op dit verzoek niet zou ingaan, waarna geïntimeerde op 4 september 2013 overging tot dagvaarding.

Bespreking

16. Appellante zet uiteen dat het doel van de wederbeleggingsvergoeding – die volgens haar eerder een “funding loss-vergoeding” is – erin bestaat het rendementsverlies en mogelijk werkelijk verlies van de kredietgever, dat wordt veroorzaakt door de vervroegde terugbetaling van het krediet door de kredietnemer, te vergoeden.

Teneinde aan de kredietnemer een financiering te kunnen toestaan, zal de kredietgever immers zelf op de interbankenmarkt een financiering moeten aangaan tegen een bepaalde rentevoet (externe “funding”).

De kredietgever zal bij het bepalen van de interestvoet van het krediet rekening houden met de interesten die hij zelf op de interbankenmarkt verschuldigd is. In de veronderstelling dat het krediet tot op de eindvervaldag een normaal verloop kent, is de kredietgever zeker van een welbepaalde marge, zijnde het verschil tussen de interesten die hij op de interbankenmarkt moet betalen en de interesten die hij van de kredietnemer zal ontvangen.

Indien de kredietnemer het krediet te vroeg terugbetaalt, zal de kredietinstelling de financiering op de interbankenmarkt verder moeten aflossen tegen de afgesproken rentevoet, terwijl zij de in de kredietovereenkomst bedongen interesten niet meer ontvangt en – bij herbelegging van de vervroegd terugbetaalde hoofdsom tegen een lagere interestvoet – bijgevolg een rendementsverlies lijdt evenals een werkelijk verlies, indien de interestvoet waaraan de kredietgever op de

interbankenmarkt herbelegt lager is dan de rentevoet die de kredietgever op haar externe financiering op de interbankenmarkt verschuldigd is.

Daar waar vroeger het verlies aan interesten, veroorzaakt door de tijd die de kredietgever nodig had om het vervroegd ontvangen kapitaal te herbeleggen, centraal stond – waarbij deze tijdelijke improductiviteit van het kapitaal dan diende vergoed te worden door middel van een wederbeleggingsvergoeding – zal dit kapitaal in de huidige financiële context quasi onmiddellijk herbelegd worden op de interbankenmarkt, maar kunnen de voorwaarden voor herbelegging minder gunstig zijn. Het verlies van de kredietgever bestaat bijgevolg uit het verbroken evenwicht tussen het krediet en de “funding” van het krediet, aangezien hij de contractueel afgesproken interesten niet meer ontvangt maar wel nog verder de interesten op zijn financieringsbron moet betalen.

De schade die het gevolg is van deze vervroegde terugbetaling bestaat bijgevolg uit het verschil tussen de interesten voortgebracht door de herbelegging van het vervroegd terugbetaalde krediet en de interesten aan het tarief van dat krediet, die niet meer worden ontvangen. De “funding loss-vergoeding” stemt overeen met de som van de toekomstige verliezen die op dat ogenblik geactualiseerd worden.

De “funding loss-vergoeding” compenseert met andere woorden de winst die de kredietgever derft en mogelijks het verlies dat hij lijdt. Voor zover de opbrengst van de herbelegging van het krediet hoger is dan of gelijk is aan de kost van de “funding”, zal de vervroegde terugbetaling slechts tot een winstderving leiden (het verschil tussen de interestvoet van het krediet en die waaraan herbelegd kan worden). Indien de opbrengst van de herbelegging lager is dan de kost van de “funding”, wat de laatste jaren door de dalende rentevoeten steeds meer het geval is, leidt de vervroegde terugbetaling niet alleen tot een winstderving maar bovendien tot een verlies voor de kredietgever.

De herbelegging op de interbankenmarkt van het kredietbedrag na de vervroegde terugbetaling ervan is een duidelijke bankpraktijk, zodat niet moet worden bewezen dat appellante dit effectief heeft herbelegd.

Niet alleen het principe van de “funding loss-vergoeding” is een bancaire praktijk, maar ook de berekening van deze vergoeding op basis van het verschil tussen de contractuele interestvoet en de interbancaire interestvoet geldend op het ogenblik van de vervroegde terugbetaling. Hierbij wordt op dat moment het verschil berekend tussen de inkomsten die het vervroegde terugbetaald kapitaal normaal gezien voor de kredietgever zou hebben opgeleverd en de inkomsten die het vervroegd terugbetaalde kapitaal bij wederbelegging op de interbankenmarkt opbrengt. Deze vergoeding is gesteund op een actuariële berekeningsmethode die uitgaat van een aantal objectieve parameters, zoals het bedrag, de looptijd en de interestvoet van het krediet.

Appellante besluit dan ook dat de “funding loss-vergoeding”

een onbetwistbare economische grondslag heeft, wordt berekend aan de hand van objectieve parameters en ertoe strekt het bij vervroegde terugbetaling door de bank geleden verlies ingevolge de verbreking van het door de bank gecreëerde evenwicht tussen krediet en “funding” te herstellen. Het komt neer op een geactualiseerde afrekening van het verschil tussen de contractuele en de reële bruto-opbrengsten van het kredietbedrag op basis van de nog terug te betalen kredietbedragen, de resterende looptijd, de contractuele interestvoet en de reële marktrente. Hoe vroeger het krediet wordt terugbetaald, hoe hoger deze vergoeding kan oplopen.

Deze vergoeding is een gebruikelijke bankpraktijk.

17. In de kredietbrief die door geïntimeerde werd ondertekend werd uitdrukkelijk bedongen dat zij de kredieten slechts geheel of gedeeltelijk vervroegd kon terugbetalen op elke interestvervaldag en met een onherroepelijk voorbericht gegeven bij aangetekende brief met postdatum minstens 30 dagen vóór de datum van de interestvervaldag. In dat geval zou zij een vergoeding verschuldigd zijn die berekend zou worden zoals beschreven in de clausule “wederbeleggingsvergoeding”, alsook administratieve kosten, zoals bepaald in de clausule “kosten”.

Het kredietcontract werd afgesloten voor een bepaalde duur. Appellante had bijgevolg het recht om een vervroegde terugbetaling aan bepaalde voorwaarden te onderwerpen.

Hoewel geïntimeerde haar bedoeling om tot vervroegde terugbetaling over te gaan niet minstens 30 dagen voor de interestvervaldag bij aangetekend schrijven ter kennis heeft gebracht van appellante, heeft deze zich hiermee akkoord verklaard op voorwaarde dat er zou worden terugbetaald conform de door haar opgestelde afrekening.

De bedongen “funding loss-vergoeding” heeft een forfaitair karakter, zodat appellante er niet toe gehouden is haar werkelijke schade aan te tonen.

Dat zij bereid is geweest deze forfaitaire vergoeding vrijwillig te verminderen van 57.989 EUR in het totaal tot 35.278,54 EUR in het totaal, zonder aan te geven op basis van welke factoren en criteria dit is gebeurd, impliceert niet dat dit zou wijzen op volkomen willekeur en/of op een gebrek aan transparantie. De eerste rechter heeft dan ook onterecht overwogen dat dit aantoonde dat de gevorderde “funding loss-vergoeding” niet beantwoordt aan de door appellante geleden reële schade en om die reden niet verschuldigd is.

18. In de door geïntimeerde ondertekende kredietbrief werd bedongen dat de verschuldigde “funding loss-vergoeding” zou worden berekend op basis van interbankentarieven.

Dit is redelijk en verantwoord.

Appellante dient dan ook niet te bewijzen tegen welke interestvoet het terugbetaalde kredietbedrag zal worden herbelegd.

Aangezien de interbancaire rentevoet uitdrukkelijk als actualisatierentvoet werd overeengekomen, roept geïntimeerde vruchteloos in dat kredietgevers vervroegd terugbetaalde kredieten in de praktijk aanwenden voor nieuwe cliëntenkredieten en dient er geen rekening te worden gehouden met de interesten die deze nieuwe kredieten zouden kunnen genereren.

19. Dat de door appellante gehanteerde interbancaire rentevoet onbetrouwbaar zou zijn, wordt niet gestaafd en evenmin aannemelijk gemaakt.

De door geïntimeerde voorgelegde krantenartikels over een onderzoek naar gemaakte prijsafspraken en manipulaties van koersen en over een door de Europese Commissie opgelegde boetes in het kader van het Libor en Euribor-schandaal, zijn niet ter zake dienend.

20. Het beding inzake de wederbeleggingsvergoeding in de door geïntimeerde ondertekende kredietbrief is geen strafbeding noch een schadebeding en komt evenmin neer op een schadebeding.

In beginsel kan dergelijke clause niet worden verminderd.

21. Het hof oordeelt bovendien dat geïntimeerde onherroepelijk heeft ingestemd met de betaling van de door appellante aangerekende “funding loss-vergoedingen”. Dit was overigens de voorwaarde voor de vrijgave van de zekerheden zonder de welke de verkoop van het onroerend goed voor vrij en onbelast niet kon doorgaan.

Zij heeft immers de op grond van de door appellante opgestelde “afrekening voor de verkoper” verschuldigde bedragen, waarin de gevorderde “funding loss-vergoedingen” uitdrukkelijk waren vermeld, integraal laten betalen door de notaris, zonder dat zij hierbij enig voorbehoud of bezwaar heeft geformuleerd.

Geïntimeerde werpt ten onrechte op dat zij pas na het verlijden van de authentieke akte kennis heeft genomen van de door appellante opgestelde afrekening en van de bedragen van de gevorderde “funding loss-vergoedingen”.

Appellante houdt voor dat zij slechts 10 dagen vóór het verlijden van de authentieke akte werd ingelicht over de verkoop van het onroerend goed en dit wordt niet weerlegd door geïntimeerde.

In ieder geval werd de “afrekening voor de verkoper” overgemaakt aan de notaris vooraleer de authentieke akte werd verleden, kon geïntimeerde hiervan kennis nemen vooraleer zij deze akte heeft ondertekend en blijkt haar akkoord uit het feit dat de verkoop is doorgegaan en het bedrag van de “funding loss-vergoedingen” door de notaris werd overgemaakt aan appellante.

Indien geïntimeerde vond dat zij niet of onvoldoende was geïnformeerd of niet akkoord kon gaan met het bedrag van de gevorderde vergoedingen, had zij appellante hiervan op

de hoogte moeten stellen of het verlijden van de notariële akte moeten laten uitstellen.

Geïntimeerde moet dan ook worden geacht onherroepelijk met deze afrekening en met het bedrag van de gevorderde “funding loss-vergoedingen” te hebben ingestemd. Haar houding kan niet anders worden geïnterpreteerd dan als de bevestiging van haar wil om deze afrekening en vergoedingen te aanvaarden.

In die omstandigheden kan zij niet meer vorderen dat de door haar betaalde vergoedingen deels worden terugbetaald omwille van het feit dat zij niet zouden beantwoorden aan reële schade in hoofde van appellante.

22. Gelet op hetgeen werd vastgesteld en overwogen in de vorige randnummers en het feit dat appellante voldoende aantoonde dat de door haar gevorderde “funding loss-vergoedingen” een economische grondslag hebben, oordeelt het hof dat het “funding loss-beding” in de kredietbrief geldig en rechtmatig is, niet strijdig is met de openbare orde en geen ongeoorloofde oorzaak heeft.

Er wordt niet aannemelijk gemaakt dat dit beding aanleiding geeft tot speculatie noch dat het vastgestelde bedrag geen vergoeding kan zijn van de door appellante geleden schade, noch dat het van aard is aan appellante een grotere winst te bezorgen dan het geval zou zijn bij een normale uitoefening van het contract.

23. Geïntimeerde roept ten onrechte in dat er sprake is van gekwalificeerde benadeling vanwege appellante.

Vooreerst wordt niet aangetoond dat er manifest onevenwicht bestaat tussen de overeengekomen verbintenissen.

Verder wordt niet gestaafd dat appellante misbruik heeft gemaakt van de concrete omstandigheden waarin geïntimeerde en wijlen haar echtgenoot zich bevonden om zich een voordeel bij de contractsluiting toe te eigenen.

24. Dwaling is krachtens artikel 1110 van het Burgerlijk Wetboek een oorzaak van nietigheid, wanneer zij de zelfstandigheid betreft van de zaak die het voorwerp van de overeenkomst uitmaakt. Zij moet derhalve essentieel of doorslaggevend zijn en moet betrekking hebben op een element dat de partij er hoofdzakelijk toe bepaald heeft het contract aan te gaan, zodanig dat zonder dit element het contract niet zou zijn gesloten.

Om in aanmerking te komen als wilsgebrek, moet de dwaling bovendien verschoonbaar zijn, hetgeen impliceert dat een redelijk, normaal zorgvuldig en vooruitziend persoon in gelijkaardige omstandigheden zou hebben kunnen dwalen. Dwaling kan bijgevolg geen aanleiding geven tot nietigheid wanneer de dwalende partij lichtzinnig of nalatig was bij het contracteren. Op een contractpartij rust immers de verplichting om zich voldoende te informeren.

Krachtens artikel 1116 van het Burgerlijk Wetboek is bedrog een oorzaak van nietigheid van de overeenkomst,

wanneer de kunstgrepen, door één van de partijen gebezigd, van dien aard zijn dat de andere partij zonder die kunstgrepen klaarblijkelijk het contract niet zou hebben aangegaan. Bedrog wordt niet vermoed, maar moet worden bewezen.

Er moet derhalve sprake zijn van het aanwenden van kunstgrepen of listen, die uitgaan van een medecontractant, met de bewuste bedoeling om de bedrogene te misleiden en aan te zetten tot contracteren, en die doorslaggevend zijn voor het sluiten van de overeenkomst, omdat zonder het bedrog de toestemming niet zou zijn bekomen of het contract onder minder bezwarende voorwaarden zou zijn aangegaan.

De kunstgrepen kunnen ook bestaan uit het bedrieglijk stilzwijgen of verzwijgen van informatie, namelijk indien men de verplichting had te spreken en men bewust of opzettelijk zweeg.

Deze verplichting om te spreken kan voortvloeien uit de wet, de gebruiken, de aard van het contract en de bijzondere omstandigheden waarin de partijen zich bevinden.

Dat geïntimeerde op verschoonbare wijze zou hebben gedwaald of door appellante zou zijn bedrogen wordt niet bewezen.

25. Dat appellante een precontractuele fout heeft gemaakt door onvoldoende, onjuiste, onduidelijke, verwarrende of oneerlijke informatie te verstrekken omtrent de draagwijdte van de op de kredietnemers rustende financiële verplichtingen bij een vervroegde terugbetaling van het investeringskrediet en zich hierbij niet heeft gedragen als een normaal voorzichtig, vooruitziend en redelijk kredietgever, geplaatst in dezelfde concrete omstandigheden, wordt evenmin gestaafd en wordt tegengesproken door het feit dat de wederbeleggingsvergoeding en de berekeningswijze ervan uitdrukkelijk en duidelijk waren bedongen in de kredietovereenkomst.

Indien zij zich onvoldoende geïnformeerd achtte of indien bepaalde zaken haar onduidelijk leken, kon geïntimeerde op elk ogenblik bij appellante informatie vragen over de omvang van de vergoeding die in dat geval verschuldigd zou zijn, over de berekeningswijze van de “funding loss-vergoeding” en over de begrippen die voorkwamen in dit beding. Appellante wijst er bovendien terecht op dat zij ten tijde van het toekennen van de kredieten onmogelijk kon voorspellen hoe de interbancaire rente zou evolueren.

In ieder geval heeft geïntimeerde uiteindelijk ingestemd met het bedrag van de door appellante aangerekende “funding loss-vergoedingen”, zodat moet worden aangenomen dat zij zich op dat ogenblik voldoende geïnformeerd achtte.

26. Het door geïntimeerde ingeroepen artikel 9 van de wet van 21 december 2013 over de financiering voor kleine en middelgrote ondernemingen is krachtens artikel 16 van deze wet slechts van toepassing op kredietovereenkomsten die werden gesloten ná de datum van haar inwerkingtreding.

Deze bepaling kan bijgevolg niet worden toegepast op de op 21 juni 2011 aan geïntimeerde toegekende kredietopening.

Artikel 1907*bis* van het Burgerlijk Wetboek is niet van toepassing op overeenkomsten van kredietopening, die consensuele, wederkerige overeenkomsten onder bezwarende titel zijn.

In casu kan niet worden voorgehouden dat de door appellante toegekende kredietopening neerkwam op een lening.

27. Ten slotte wordt niet bewezen dat appellante rechtsmisbruik heeft gepleegd bij de uitoefening van haar contractuele rechten.

Een gebrek aan goede trouw in haar hoofde wordt evenmin bewezen.

Zij toont immers voldoende aan dat zij de door haar gevorderde “funding loss-vergoedingen” op basis van objectieve parameters en conform de gebruikelijke bankpraktijk heeft berekend.

Zij heeft niet gehandeld met het oogmerk om geïntimeerde te benadelen, zij heeft gehandeld met een voldoende rechtmatig belang, zij had geen andere voor haar even nuttige maar voor geïntimeerde minder nadelige wijze van uitoefening kunnen kiezen en zij heeft haar rechten niet uitgeoefend op een wijze die voor haar meer voordeel opleverde maar aan geïntimeerde een disproportioneel groter nadeel berokkende.

Dat de “funding loss-vergoedingen” meer dan 30% bedroegen van het totale openstaande kapitaal en werden berekend op basis van de interesten die kunnen worden gegenereerd door de herbelegging van het vervroegd terugbetaald kapitaal op de interbankenmarkt en niet op basis van de interesten die kunnen worden gegenereerd door het toekennen van een nieuw cliëntenkrediet en dat niet wordt uitgegaan van het feit dat de oorsprong van de ter beschikking gestelde kapitalen kunnen voortspruiten uit eigen middelen van appellante, staat hieraan niet in de weg.

Er wordt evenmin bewezen dat het rechtmatig vertrouwen van geïntimeerde werd beschaamd.

28. Het hof besluit dan ook dat de eis van geïntimeerde als ongegrond moet worden afgewezen.

Alle overige ingeroepen middelen, argumenten en feitelijke elementen, waaronder de inhoud van het schrijven van de ombudsdienst van appellante d.d. 28 februari 2013, zijn niet ter zake dienend.

Om deze redenen:

Het hof, rechtdoende na tegenspraak,

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken;

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gegrond.

Doet het bestreden vonnis teniet, behoudens in zoverre de eis van geïntimeerde ontvankelijk werd verklaard.

Opnieuw beslissend,

Wijst deze eis af als ongegrond.

Veroordeelt geïntimeerde in de kosten van beide aanleggen, vastgesteld in haar hoofde op 323,45 EUR en in hoofde van appellante op 210 EUR, en tot het betalen van een rechtsplegingsvergoeding van 2.200 EUR per aanleg aan appellante.

(...)

Note

La banque qui entend réclamer la couverture de la totalité de sa perte en cas de remboursement anticipé est-elle vraiment sujet à critiques?

1. *Les faits (Cour d'appel)*. Des époux contractent auprès d'une banque une ouverture de crédit de 200.000 EUR utilisable sous forme (a) d'un crédit d'investissement de 160.000 EUR remboursable en 20 ans en vue d'acquiescer un rez-de-chaussée commercial et (b) un crédit d'investissement de 40.000 EUR remboursable en 10 ans en vue de financer la transformation dudit local. Le contrat prévoit que chaque prélèvement doit être justifié par une copie d'une pièce probante ou d'une facture et que si le crédit n'est pas intégralement prélevé, si les sûretés ne sont pas constituées ou si le crédit renonce au crédit, une indemnité de *funding loss* (dont la formule est prévue dans le contrat) est due.

L'ouverture de crédit ainsi consentie est intégralement prélevée.

Elle fait par la suite l'objet d'une majoration à concurrence de 5.000 EUR utilisable sous la forme d'un crédit de caisse.

A la suite du décès de l'époux exploitant le fonds de commerce, le conjoint revend l'immeuble. A ce moment, la banque réclame le paiement de l'indemnité de *funding loss* contractuellement convenue.

Après l'avoir payée, le conjoint conteste le bien-fondé de la *funding loss* qui lui était réclamé, en invoquant un florilège d'arguments: l'indemnité n'a pas de fondement économique et son mode de calcul n'était pas admissible, son consentement est vicié, la banque a commis un manquement à son devoir d'information et enfin la banque a commis un abus.

Dans son arrêt du 9 mai 2016, la Cour va écarter l'ensemble de ces moyens.

2. *Les faits (tribunal)*. Les faits ayant donné suite au jugement du tribunal de commerce néerlandophone du 10 décembre 2015 sont simples: un client conclut avec sa banque, le 8 avril 2008, une ouverture de crédit utilisable sous forme de crédit d'investissement (2 x 500.000 EUR). Le 2 juin 2009, cette ouverture de crédit est augmentée de 50.000 EUR utilisable sous forme de crédit à terme.

Après avoir demandé une première fois en 2012 les conditions auxquelles la banque accepterait un remboursement anticipé, le client formule la même requête en 2014. Dans les deux cas, la banque lui communique le montant dû en ce compris le *funding loss*.

Mécontent, le client soutient dans un courrier recommandé qu'en cas de remboursement anticipé, il n'est tenu de payer que 6 mois d'intérêts et invite en conséquence la banque à rectifier son décompte. La banque refuse et le client saisit le tribunal sans avoir au préalable remboursé les crédits.

Après avoir constaté que selon les conditions générales du crédit, les crédits à taux fixes – ce qu'étaient les crédits souscrits par le client – ne pouvaient être remboursés volontairement de manière anticipée par le crédit, le tribunal rejette, pour divers motifs, l'application de l'article 1907bis du Code civil et précise que l'indemnité ainsi réclamée n'est pas une clause pénale.

3. *Remboursement anticipé interdit et 1907bis du Code civil*. La décision du tribunal s'inscrit dans la ligne de l'enseignement de la doctrine majoritaire³⁵, bien accueilli par la jurisprudence³⁶, suivant laquelle l'article 1907bis du

³⁵. A. BEECKWEE, « Commentaar bij artikel 1907bis BW », *Bijzondere overeenkomst*, 2016, p. 136, n° 10; J. CATTARUZZA, « Le crédit bancaire », in *Guide juridique de l'entreprise. Traité théorique et pratique*, Livre 45.1, 2015, pp. 41-42; J. CATTARUZZA, « La révision des conditions financières des ouvertures de crédit », in *La banque dans la vie de l'entreprise*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 2005, p. 335; J.-F. ROMAIN, « Le contrat de prêt civil à intérêt en matière bancaire », in *Liber Amicorum A. Bruyneel*, Bruylant, 2008, p. 316; J.-P. BUYLE et B. DESSART, « L'autonomie de la volonté en droit bancaire privé », in *Autonomie de la volonté, liberté contractuelle et contrat d'entreprise – Quel avenir?*, Anvers, Intersentia, 2011, pp. 277-278; D. VERHAEGEN et D. PURNAL, « Vervroegde terugbetaling van commerciële kredieten », in *Liber Amicorum A. Cuypers*, Larcier, 2009, p. 327. *Contra*: C. BIQUET-MATHIEU, « Crédit hypothécaire et crédit d'investissement. Indemnité, frais et pénalités », *Le crédit hypothécaire. Actualités et réponses pour la pratique*, Limal, Anthemis, 2015, p. 153, n° 73; L. VAN DEN STEEN, note sous Gand, 9 avril 2003, *R.W.*, 2005-2006, p. 981, n° 8 et p. 984, n° 22; M.-D. WEINBERGER, « Funding loss ... in translation », *D.B.F.*, 2014/I-II, p. 26, n° 63.

³⁶. Voy. not. Gand, 9 avril 2003, *R.W.*, 2005-2006, p. 978; Anvers, 2 octobre 2003, *R.D.C.*, p. 175; Comm. Bruxelles, 26 juin 2015, *inédit*, A/14/1254; Comm. Bruxelles, 8 septembre 2016, *inédit*, A/15/05411; Comm. Bruxelles, 5 janvier 2016, *inédit*, A/15/00758; Civ. Namur (Div. Dinant), 10 décembre 2015, *inédit*, 15/95/A; Bruxelles, 24 avril 2015, *D.A.O.R.*, 2016/4, n° 120, p. 83; Liège, 10 septembre 2013, *D.B.F.*, 2014/I-II, p. 59; Civ. Bruxelles, 11 décembre 2006, *D.C.*, 2007, p. 630. *Contra*: Bruxelles, 2 mars 2012, *D.B.F.-B.F.R.*, 2014/1-2, pp. 47-52; Bruxelles, 27 septembre 2012, *D.B.F.-B.F.R.*, 2014/1-2, pp. 53-58.