
HOF VAN BEROEP GENT 17 JANUARI 2017

BIJZONDERE OVEREENKOMSTEN**Lening – Lening op interest****BANK- EN KREDIETWEZEN****Algemeen – Verbintenissen uit overeenkomst – Grondpijlers – Verzaking**

De vrijheid om het krediet op te nemen, die de kwalificatie als lening uitsluit, moet afzonderlijk worden beoordeeld voor elk van de investeringskredieten die deel uitmaken van een kaderkrediet.

Het investeringskrediet bestemd om vijf vorige kredieten terug te betalen, zonder dat de kredietnemers het tijdstip van de opname kunnen kiezen, noch de mogelijkheid hebben om het aangezuiverde deel van het krediet opnieuw te gebruiken, maakt een lening uit in de zin van artikel 1907bis van het Burgerlijk Wetboek.

Er kan a posteriori afstand worden gedaan van de bescherming van artikel 1907bis BW. De bedoeling om afstand te doen van deze bescherming kan niet worden afgeleid uit het enkele feit dat de kredietnemer na schriftelijk te hebben geprotesteerd uiteindelijk heeft betaald teneinde de handhaving van de hypothecaire inschrijvingen te verkrijgen.

CONTRATS SPÉCIAUX**Prêt – Prêt à intérêt****BANQUE ET CRÉDIT****Général – Obligations conventionnelles – Fondements – Renonciation**

La liberté de prélèvement du crédit propre à exclure la qualification de prêt doit être appréciée isolément pour chacun des crédits d'investissement logés dans l'ouverture de crédit-cadre.

Le crédit d'investissement destiné à rembourser cinq précédents crédits, sans que les crédits aient la possibilité de choisir l'époque du prélèvement, ni la possibilité de réutiliser unilatéralement la partie apurée du crédit constitue un prêt auquel s'applique l'article 1907bis du Code civil.

Il est possible de renoncer a posteriori à la protection de l'article 1907bis du Code civil. L'intention de renoncer à la protection ne peut pas être déduite du seul fait qu'après avoir protesté par écrit, l'emprunteur a finalement payé en vue d'obtenir la mainlevée des inscriptions hypothécaires.

X./X.**Zet.: E. Dursin (alleenrechtsprekend raadsheer)****Zaak: 2015/AR/510**

(...)

II. Beoordeling

(...)

2. Het geschil vindt zijn oorsprong in een “kredietcontract” van 27 oktober 2009 tussen (...) en (...) als “kredietnemers” en (...).

2.1. In dit kredietcontract werd verwezen naar een kredietopening omschreven in een kredietcontract van 8 april 2009 (dat niet voorligt). De kredietopening van 27 oktober 2009 werd bepaald op 300.000 EUR en diende te worden opgenomen onder de vorm van een investeringskrediet voor het zelfde bedrag, bestemd voor het consolideren van andere kredieten. Er werd bedongen dat de kredietnemers het krediet moesten opnemen binnen een periode van 2 maanden vanaf de ondertekening van het kredietcontract. Het krediet moest terugbetaald worden in 120 gelijke maandelijkse betalingen vanaf 1 maand na de eerste opneming ervan. Er was een vaste rente van 4,38% per jaar verschuldigd op het uitstaand kapitaalsaldo op elke kapitaalvervaldag. Uit de aflos-

singstabel blijkt dat de maandelijks te betalen som 3.100,77 EUR bedroeg. Het kredietcontract bepaalde verder onder meer dat na de ondertekening ervan, vijf bestaande kredieten (een exploitatiekredietlijn en vier investeringskredieten) beëindigd werden en onmiddellijk dienden aangezuiverd te worden.

Artikel 20.5., a) van de op het kredietcontract toepasselijke algemene kredietvoorwaarden bepaalde dat investeringskredieten met een vaste rentevoet niet vrijwillig vervroegd terugbetaald konden worden.

2.2. In een kredietcontract van 14 september 2010 werd bedongen dat de kredietopening, omschreven in het kredietcontract van 27 oktober 2009, bepaald werd op 291.789,29 EUR. Daarvan betrof 281.789,29 EUR het investeringskrediet van initieel 300.000 EUR en waarop de vroeger overeengekomen modaliteiten van toepassing waren, en 10.000 EUR een nieuw investeringskrediet, bestemd voor het financieren van de aankoop van bedrijfsuitrusting. Ook dit krediet moest opgenomen worden binnen 2 maanden. Het diende terugbetaald te worden door middel van 60 gelijke maandelijkse betalingen, te beginnen vanaf 1

maand na de eerste opneming ervan. De rente op het uitstaande kapitaalsaldo op iedere kapitaalvervaldag bedroeg 4,63% per jaar. Ook hier gold een vaste rentevoet voor de volledige looptijd van het krediet en bepaalde artikel 20.5., a) van de toepasselijke algemene kredietvoorwaarden dat vrijwillige vervroegde terugbetaling niet toegelaten was.

2.3. Tot zekerheid van diverse kredieten die toegestaan waren aan (...) en (...) werden hypothecaire inschrijvingen genomen ten voordele van (...) op hun onroerend goed te (...). Met een brief d.d. 7 november 2011 van hun notaris vroegen (...) en (...) aan (...) een afrekening te willen maken van de sommen die zij verschuldigd waren en te laten weten of zij bereid was handlichting te verlenen van haar hypotheek.

Verwijzend naar een brief d.d. 17 november 2011 van (...) die niet voorligt, vroeg de notaris van (...) en (...) haar of de bank nogmaals wilde bevestigen dat zij akkoord ging met handlichting indien op 24 november 2011 op grond van het krediet van 27 oktober 2009 een bedrag van 276.825,39 EUR zou worden betaald en 8.524,03 EUR op grond van het krediet van 14 september 2010. Daarvan had respectievelijk 23.317,12 EUR en 455,83 EUR betrekking op herbeleggingsvergoeding.

2.4. In een bericht van 23 november 2011 aan de *ombudsdienst* van (...) vroeg (...) of het bedrag van de wederbeleggingsvergoeding, dat naar zijn zeggen volgens de *interbankenombudsdienst* zeer hoog was, kon verminderd worden. In een brief van 5 december 2011 zette (...) uiteen dat het investeringskrediet niet vervroegd terugbetaalbaar was, doch dat zij bereid was in te gaan op de vraag tot vervroegde terugbetaling tegen een vergoeding voor de gederfde inkomsten uit de overeenkomst, namelijk de actuariële wederbeleggingsvergoeding. Zij stelde dat zij geen korting om commerciële redenen kon geven op deze vergoeden aangezien het niet de bedoeling was van (...) en (...) om de cliëntrelatie met (...) te behouden.

2.5. (...) liet bij brief van 3 januari 2012 aan de notaris van (...) en (...) weten dat zij bereid was handlichting te verlenen, mits alle kredieten volledig terugbetaald waren. Uit de bijgevoegde afrekening per 11 januari 2012 bleek dat zij, naast het saldo in kapitaal en de interesten, met betrekking tot de investeringskredieten, toegestaan met de voormelde *kredietcontracten* van 27 oktober 2009 en 14 september 2010, een herbeleggingsvergoeding in rekening bracht van respectievelijk 25.846,05 EUR en 466,37 EUR. Zij legt uittreksels voor waaruit blijkt dat de terugbetaling van de beide kredieten, met inbegrip van deze wederbeleggingsvergoedingen, geboekt werd op 13 januari 2012.

3. De betwisting betreft het bedrag van de aangerekende *funding loss* of wederbeleggingsvergoeding op het krediet van 27 oktober 2009. Volgens (...) en (...) gaat het om 26.903,35 EUR. Dit stemt overeen met het resultaat van de actuariële herbeleggingsvergoeding waarvan (...) de gede-

tailleerde berekening voorlegt als haar stavingstuk 9. Volgens de afrekening die (...) met haar brief van 3 januari 2012 overmaakte aan de notaris van (...) en (...) was dit evenwel 25.846,05 EUR. Dit bedrag stemt overeen met hetgeen bij de betaling geboekt werd door (...). (...) en (...) tonen niet aan dat zij meer betaald hebben.

4. (...) en (...) houden in hooforde voor dat op het investeringskrediet van 27 oktober 2009 artikel 1907 *bis* BW van toepassing is, op grond waarvan bij gehele of gedeeltelijke terugbetaling van een lening op interest in geen geval van de schuldenaar, buiten het terugbetaalde kapitaal en de vervallen interest, een vergoeding van wederbelegging kan worden gevorderd, groter dan 6 maanden interest, berekend over de terugbetaalde som en naar de in de overeenkomst bepaalde rentevoet.

5. Volgens (...) en (...) is het kredietcontract van 27 oktober 2009 een lening op interest, terwijl het volgens (...) een krediet(opening) is, waarop artikel 1907 *bis* niet van toepassing is.

6. Het *kredietcontract* van 17 oktober 2009 omschrijft het aan (...) toegestane *investeringskrediet* als een *kredietopening*. Bij vervroegde terugbetaling van een kredietopening kan de kredietinstelling een hogere vergoeding bedingen dan het maximum dat door artikel 1907 *bis* BW wordt vastgesteld.

In artikel 9 van de wet 21 december 2013 betreffende diverse bepalingen inzake de financiering voor kleine en middelgrote ondernemingen is voorzien dat de onderneming die onder de wet valt, te allen tijde het recht heeft om geheel of gedeeltelijk het verschuldigde kapitaalsaldo van een krediet vervroegd terug te betalen, zonder dat dit recht, met uitzondering van de wederbeleggingsvergoeding, afhankelijk kan worden gemaakt van het vervullen van bijkomende voorwaarden. Kan het krediet gekwalificeerd worden als een lening op interest, dan is artikel 1907 *bis* BW toepasselijk, ongeacht de hoogte van het ontleende bedrag. Zo het gaat om een kredietopening, dan bedraagt de wederbeleggingsvergoeding, indien deze is bedongen, maximaal 6 maanden interest, berekend over de terugbetaalde som en naar de in de overeenkomst bepaalde rentevoet, voor ondernemingskredieten waarvan het oorspronkelijke kredietbedrag hoogstens 1 miljoen EUR bedraagt. Deze wet, die pas in werking getreden is op 10 januari 2014 en van toepassing is op kredietovereenkomsten die gesloten worden vanaf de datum van haar inwerkingtreding (art. 16 van de wet), kan niet worden ingeroepen in het voorliggende geval met betrekking tot een kredietcontract van 27 oktober 2009.

7. De kwalificatie die partijen aan de overeenkomst hebben gegeven is niet bepalend. Voor de beoordeling van de vraag of artikel 1907 *bis* BW van toepassing is, moet de rechter nagaan of de overeenkomst de kenmerken van een lening vertoont. De rechtbank kan uit het geheel van de elementen van een bankverrichting besluiten dat de door de bank aan de

verrichting gegeven kwalificatie onjuist is en dat het gaat om een lening en niet om een kredietopening. Indien dit het geval is, dient hij toepassing te maken van de beperking van artikel 1907*bis* BW, die van dwingend recht is.

Artikel 1907*bis* BW heeft een algemene draagwijdte en maakt geen onderscheid naar gelang van de hoedanigheid van de contracterende partijen. Het is bedoeld om alle soorten leningen te regelen, met inbegrip van de leningen die door kredietinstellingen aan ondernemingen worden toegestaan.

8. Een kredietopening is een consensuele en wederkerige overeenkomst waarbij een kredietinstelling aan een kredietnemer een kapitaal mits een interest ter beschikking stelt dat de kredietnemer in één of meerdere keren kan opnemen. De kredietopening bepaalt een maximumbedrag of kredietlimiet. Tot dit bedrag kan de kredietnemer naar eigen goeddunken geld opnemen. Het terugbetalen gebeurt volgens zijn eigen inzicht, maar de kredietovereenkomst kan, naast de interesten, een bepaalde periodieke minimumafbetaling of een terugbetaling door afname van tegoeden op een bankrekening vooropstellen. Er ontstaat in dat laatste geval tussen de kredietgever en de kredietnemer een rekening-courantverhouding. Bij een kredietopening is dikwijls een *wederopname* mogelijk, waarbij de kredietnemer het gedeelte van het kapitaal dat hij reeds heeft terugbetaald, opnieuw kan opnemen, zolang hij het totale bedrag van de kredietlijn niet overschrijdt.

Een lening is een zakelijke overeenkomst waarbij een persoon (de uitlener) aan een andere persoon (de ontlener) het tijdelijk gebruik van een zaak afstaat, onder de verplichting om deze zaak terug te geven na gebruik of na afloop van de overeengekomen termijn. Wanneer een lening bestaande uit een geldsom mits een vergoeding in geld wordt afgesloten, is er een lening op interest.

De gelijktijdigheid van het ter beschikking stellen van de gelden en het ontstaan van het contract, wegens het zakelijk karakter ervan, moet met soepelheid worden beoordeeld, zoniet sluit men de figuur van de lening uit bij een relatie tussen een kredietnemer en een bank, waar er altijd een zeker tijdsverschil bestaat tussen de contractsluiting en de afgifte van de gelden (vgl. G.L. BALLON, “Over de kwalificatie als lening van een kredietopening t.v.v. een onderneming”, *DAOR*, 2016/4, nr. 6, p. 91).

9. Uit het geheel van de elementen van het krediet, dat het voorwerp uitmaakt van het kredietcontract van 27 oktober 2009, leidt het hof af dat de daaraan gegeven kwalificatie onjuist is en dat het een lening betreft.

Het krediet moest *volledig* opgenomen worden *binnen een periode van 2 maanden* vanaf de ondertekening van het contract. (...) en (...) hadden geen vrijheid om te beslissen, wanneer zij het krediet zouden opnemen voor welke bedragen (beperkt tot de kredietlimiet). Het kredietcontract deed geen rekening-courantverhouding ontstaan, waarbij een bepaalde

kredietlijn werd 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 kon vertonen, en waarbij de kredietgever zijn kredietvermogen ter beschikking stelde van de kredietnemer die daarop een beroep kon doen zoals en wanneer hij dat nodig achtte.

Het bedrag van 300.000 EUR werd voor een bepaalde duur en tegen een vaste interest ter beschikking gesteld van (...) en (...), die het in vaste terugbetalingstermijnen dienden terug te betalen.

Er was weliswaar een eerdere kredietopeningsovereenkomst tussen partijen, maar deze werd aangevuld door het kredietcontract van 27 oktober 2009, waarbij (...) een vast bedrag overdroeg, terugbetaalbaar op vaste termijn met vaste maandelijks aflossingen, zonder mogelijkheid tot hernieuwing. Indien (...) en (...) later opnieuw over ditzelfde of een ander bedrag wensten te beschikken, dan hadden zij daartoe een nieuwe overeenkomst moeten sluiten – zoals trouwens blijkt uit het kredietcontract van 14 september 2010. Het is voor de som, beschikbaar gesteld op grond van het kredietcontract van 27 oktober 2009 die werd toegestaan ingevolge de oorspronkelijke kredietopening, maar ervan onderscheiden is, dat de wederbeleggingsvergoeding wordt gevorderd. Dit kredietcontract vertoont de kenmerken van een leningsovereenkomst, die onder het toepassingsgebied valt van artikel 1907*bis* BW (vgl. Cass. 24 juni 2013, *Bank Fin.R.*2014, 46).

10. Een clause in een leningscontract, die afwijkt van artikel 1907*bis* BW en een hogere wederbeleggingsvergoeding oplegt in geval van vervroegde terugbetaling, bindt de ontlener niet, tenzij hij bewust afstand doet van de bescherming van deze bepaling door de nietigheid van het beding te bevestigen.

In het voorliggende geval sloot het kredietcontract de vervroegde terugbetaling uit. Daaruit kan niet besloten worden tot de uitsluiting van de kwalificatie van de overeenkomst als lening, nu uit de voorgaande overwegingen blijkt dat zij daarvan alle kenmerken heeft.

Evenmin kan uit deze uitsluiting van een vervroegde terugbetaling afgeleid worden dat (...) en (...) afstand gedaan hebben van de bescherming van artikel 1907*bis* BW. De beschermde persoon kan immers bij de contractsluiting geen afstand doen van de hem door de wet verleende rechtsbescherming.

(...) kan bovendien niet bijgetreden worden waar zij voorhoudt dat de vergoeding die zij heeft aangerekend, niet onder het toepassingsgebied zou vallen van artikel 1907*bis* BW, omdat dit geen wederbeleggingsvergoeding betreft, die verschuldigd is geworden ingevolge een door het contract toegelaten vervroegde terugbetaling, maar wel een vergoeding, waaromtrent de partijen waren overeengekomen na het sluiten van het contract, op het ogenblik dat (...) en (...) vroegen om af te wijken van het verbod op vervroegde terugbetaling

en die hun tegenprestatie vormde voor het akkoord van (...) om af te wijken van dit verbod. De beperking van artikel 1907bis BW geldt immers voor *elke* vergoeding die de lener van de ontleners vordert in geval van vervroegde terugbetaling van de lening (vgl. Cass. 24 november 2016, *TBH* 2017, 886).

11. Uit de voorgaande overwegingen volgt dat (...) wegens de vervroegde terugbetaling van de sommen verschuldigd uit het *kredietcontract* van 27 oktober 2009 slechts een vergoeding wegens wederbelegging of funding loss mocht aanrekenen die niet hoger was dan 6 maanden interesten. (...) en (...) berekenen deze vergoeding op 5.430,19 EUR. (...) betwist dit bedrag *als zodanig* niet.

Uit de voorliggende stukken blijkt dat van de door (...) en (...) uit hoofde van dit kredietcontract terugbetaalde som 25.846,05 EUR betrekking had op de wederbeleggingsvergoeding. (...) en (...) tonen niet aan dat zij meer betaald hebben. Zij hebben aldus recht op terugbetaling van (25.846,05 – 5.430,19 =) 20.415,86 EUR.

(...) kan niet bijgetreden worden waar zij voorhoudt dat (...) en (...) geen terugbetaling zouden kunnen bekomen, omdat zij zonder voorbehoud zouden ingestemd hebben met betaling van de gevraagde vergoeding.

Uit de inhoud van hun schrijven van 23 november 2011 aan de *ombudsdienst* blijkt dat (...) en (...) het niet eens waren met de door (...) gevorderde wederbeleggingsvergoeding. Uit de loutere vaststelling dat zij uiteindelijk het gevorderde bedrag betaalden, omdat (...) alleen onder die voorwaarden handlichting wilde verlenen van haar hypothecaire inschrijvingen, kan niet besloten worden dat zij afstand deden van hun recht om hetgeen zij in strijd met artikel 1907bis BW betaald hadden, terug te vorderen. Boven de hoofdsom kunnen zij aanspraak maken op verwijlinteresten aan de wettelijke rentevoet op grond van de wet van 5 mei 1865 betreffende de lening tegen interest vanaf 29 oktober 2012, datum van ingebrekestelling – als gerechtelijke interest vanaf de dagvaarding – op 20.415,86 EUR.

(...)