

RECHTSLEER

DOCTRINE

Nieuw wettelijk kader voor kredieten aan KMO's (WKF)

Diederik Bruloot¹ en Michiel De Muynck²

1. Situering	304
A. KMO-financiering: de cijfers	304
B. KMO-financiering: enkele beleidsopties	306
<i>i. Overheidsinitiatieven m.b.t. alternatieve financieringsbronnen</i>	306
a. Directe overheidsfinanciering van KMO's	306
b. Bevordering van een market-based financieringsmodel voor KMO's	307
c. Fiscale sturing	308
<i>ii. Bevorderen van de toegang voor KMO's tot klassieke bankfinanciering</i>	308
a. Reduceren informatieasymmetrieën	308
b. Credit enhancement	309
C. Ratio legis van de nieuwe wettelijke regeling	310
2. Toepassingsgebied	310
A. Ratione personae	310
<i>i. Kredietgever</i>	310
<i>ii. Kredietbemiddelaar</i>	311
<i>iii. Onderneming</i>	312
a. Kwalitatief criterium	312
b. Kwantitatieve criteria	316
B. Ratione materiae	318
C. Ratione temporis	320
D. Ratione loci	320
3. Gedragsregels en informatie	321
A. Zorgvuldigheidsverplichting	321
B. De verplichting om informatie in te winnen	322
<i>i. Plicht voor kredietgevers/kredietbemiddelaars om informatie in te winnen</i>	322
<i>ii. Verplichting voor ondernemingen/stellers van een persoonlijke zekerheid tot het verstrekken van informatie</i>	324
C. Toelichtingsverplichting	324
D. Overhandiging exemplaar van de kredietovereenkomst en een gestandaardiseerd informatiedocument	325
E. Adviesverplichting	326
F. Informatieverstrekking bij kredietweigering	327
4. Vervroegde terugbetaling	328
A. Situering	328
<i>i. Artikel 1907bis BW</i>	328
<i>ii. Twistpunten</i>	329
B. Principieel recht op vervroegde terugbetaling	331
C. Beperking wederbeleggingsvergoeding	332
<i>i. Uitgangspunt</i>	332
<i>ii. Afwijkingen</i>	333
5. Onrechtmatige bedingen	335
6. Handhaving	336
7. Besluit	337

¹ Docent, Instituut financieel recht, UGent.

² Vrijwillig postdoctoraal medewerker, Instituut financieel recht, UGent.

SAMENVATTING

De wet van 21 december 2013 betreffende diverse bepalingen inzake de financiering voor kleine en middelgrote ondernemingen (WKF) creëert een nieuw wettelijk kader voor kredietovereenkomsten aangegaan door ondernemingen bij professionele kredietgevers. Het belang van de WKF mag allerminst worden onderschat. De impact van de WKF is vergelijkbaar met wat de wet consumentenkrediet (WCK) voor kredieten aangegaan door consumenten heeft betekend.

Naast een duiding van de nieuwe regeling tegen haar ruimere beleidsmatige achtergrond, wil deze bijdrage de lezer een kritische analyse bieden van de WKF alsook een antwoord geven op diverse interpretatievragen.

RÉSUMÉ

La loi du 21 décembre 2013 relative à diverses dispositions concernant le financement des petites et moyennes entreprises (LFP) crée un nouveau cadre juridique pour les contrats de crédit conclus par des entreprises avec des prêteurs professionnels. L'importance de la LFP ne peut être sous-estimée. L'impact de la LFP est comparable à ce que la loi relative au crédit à la consommation (LCC) a signifié pour les prêts contractés par les consommateurs.

En plus de situer le nouveau régime dans le contexte plus général des initiatives promouvant le financement des PME's, cette contribution entend offrir au lecteur une analyse critique de la LFP ainsi que des réponses à plusieurs questions d'interprétation.

1. SITUERING

1. Deze bijdrage wil de lezer een diepgaande analyse bieden van de wet van 21 december 2013 betreffende diverse bepalingen inzake de financiering voor kleine en middelgrote ondernemingen (de WKF)³. Naast het duiden van de tussenkomst van de wetgever tegen een ruimere beleidsmatige achtergrond, wordt getracht een aantal pistes ter verbetering en verduidelijking van de huidige wettekst aan te reiken. De impact van de WKF mag hierbij niet worden onderschat: de WKF creëert een geheel nieuw wettelijk kader voor kredietovereenkomsten aangegaan door ondernemingen bij professionele kredietgevers. Deze omkadering is vergelijkbaar met wat de wet consumentenkrediet (WCK)⁴ in het verleden voor kredieten aangegaan door consumenten heeft gedaan.

2. Hoewel de aanleiding voor de WKF zonder twijfel de noodzaak is geweest om een oplossing te bieden voor een

aantal aanslepende problematieken in het kader van ondernemingskredieten, en in het bijzonder de kwestie van de wederbeleggingsvergoedingen, werd de WKF door haar stellers uiteindelijk gepromoot als een instrument ter bevordering van de financiering van kleine en middelgrote ondernemingen (KMO's). Om die reden wordt hierna eerst getracht inzicht te bieden in de problematiek van de KMO-financiering, alvorens de bepalingen van de WKF te analyseren.

A. KMO-financiering: de cijfers

3. Het maatschappelijk belang van KMO's kan nauwelijks worden overschat. België telt 511.726 ondernemingen die voldoen aan de – weliswaar erg ruime⁵ – Europese KMO-definitie⁶. Dit komt neer op 99,8% van alle Belgische

³ BS 31 december 2013. Zie voor eerder verschenen commentaren bij de WKF: D. BLOMMAERT en C. ALTER, "La responsabilité du banquier dispensateur de crédit. Principes généraux et premier commentaire de la loi relative au financement des P.M.E." in F. ROZENBERG (ed.), *Les responsabilités en matière commerciale. Actualités et perspectives*, Brussel, Anthémis, 2014, 62-87; D. BRULOOT en M. DE MUYNCK, "New rules for SME lending in Belgium", *Journal of International Banking Law and Regulation* 2014, 365-369; J.-P. BUYLE en L. CLOQUET, "La loi du 21 décembre 2013 concernant le financement des PME", *Bank Fin.R.* 2015, 251-266; M. DE MUYNCK en D. BRULOOT, "Nieuwe regels voor kredieten aan KMO's", *Juristenkrant* 2014, afl. 281, 2; E. JANSSENS, "Hoge wederbeleggingsvergoedingen voor KMO's aan banden gelegd", *Balans* 2013, afl. 709, 1-5; Y. VAN WASSENHOVE, "Kredietverlening aan KMO's – Nieuw wettelijk kader", *NJW* 2014, 626-637; M. WEINBERGER, "Funding loss... in translation", *Bank Fin.R.* 2014, 24 et seq.

⁴ Wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet (BS 9 juli 1991); hierna "WCK". Merk op dat de WCK met ingang van 1 april 2015 werd opgeheven en vervangen door het inhoudelijk grotendeels daarmee overeenstemmende Hoofdstuk 1 "Consumentenkrediet" van Titel 4 "Kredietovereenkomsten" van Boek VII "Betalingen- en kredietdiensten" van het Wetboek van economisch recht; hierna "WER"; zie art. 2, 1° van het koninklijk besluit van 19 april 2014 tot bepaling van de inwerkingtreding van de wet van 19 april 2014 houdende invoeging van Boek VII "Betalingen- en kredietdiensten" in het Wetboek van economisch recht [...] (BS 28 mei 2014).

⁵ Volgens de Europese definitie, kwalificeren als KMO: ondernemingen waar (i) minder dan 250 personen werkzaam zijn en (ii) waarvan de jaaromzet 50 miljoen euro of het jaarlijkse balanstotaal 43 miljoen euro niet overschrijdt. Zie art. 2 van de bijlage bij de aanbeveling 2003/361/EG van de Europese Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen, *Pb.L.* 20 mei 2003, afl. 124, 35. Merk op dat in de WKF een engere KMO-definitie wordt gehanteerd.

⁶ Zie EUROPEAN COMMISSION, "DG Enterprise and Industry", *SBA Fact Sheet 2013 Belgium*, p. 2.

ondernemingen⁷. Deze groep van KMO's, goed voor 68,9% van de totale tewerkstelling door ondernemingen in België, staat in voor bijna 2/3 van de totale toegevoegde waardecreatie in België. Na een beperkte terugval in 2011 vertonen deze cijfers, in absolute termen, bovendien een positieve trend.

4. De beschikbaarheid van voldoende financieringsmiddelen voor KMO's is een welbekend pijnpunt. Het doorgaans eerder beperkt eigen vermogen van KMO's verklaart waarom deze categorie van ondernemingen in belangrijke mate op schuldfinanciering is aangewezen. Onder meer (1) de beperkte mogelijkheden om zekerheden te stellen⁸ en (2) de verhoudingsgewijs hoge monitoring- en administratiekosten voor kredietverleners in het kader van KMO-financiering hebben veelal een negatieve impact op de kredietbereidheid⁹.

5. Obstakels inzake KMO-financiering zijn structureel onvermijdelijk. Het gunstige kredietklimaat voorafgaand aan de financiële crisis vanaf 2008, heeft deze problematiek echter gedurende enkele jaren onderdrukt. Sinds het uitbreken van de financiële crisis hebben de grote stijgingen in het kredietvolume die daarvoor jaar na jaar vielen op te tekenen, plaats gemaakt voor een stagnering. Daarnaast werd, ondanks de substantiële rentedaling, een aanzienlijke verstrenging van de kredietvoorwaarden vastgesteld. De verstrenging van de kredietvoorwaarden blijkt niet alleen uit analyses gebaseerd op de perceptie van ondernemingen¹⁰, maar wordt ook bevestigd door studies van de NBB¹¹. Elementen die daarbij in het bijzonder worden genoemd, zijn voornamelijk kwalitatief van aard, zoals de waarborgen die worden geëist, bijkomende (onderzoeks-)kosten die worden aangerekend of de omvang van de verleende kredieten die wordt beperkt.

Merk evenwel ook op dat deze verstrenging niet alleen kan worden toegeschreven aan gewijzigde omstandigheden langs de aanbodzijde van de kredietmarkt, maar ook het

gevolg is van wijzigingen langs de vraagzijde, zoals de toegenomen vraag naar financiering voor werkkapitaal ("*working capital*"), zoals bijvoorbeeld kaskredieten en *straight loans* op korte termijn, ten nadele van (lange termijn) financiering voor investeringen in nieuwe bedrijfsactiva.

6. Voornoemde pijnpunten, die zich strikt genomen ten aanzien van alle KMO's manifesteren, tekenen zich (verhoudingsgewijs) het sterkst af ten aanzien van zgn. micro-ondernemingen. Dit zijn – opnieuw volgens de Europese definitie – ondernemingen waar minder dan 10 personen werkzaam zijn en waarvan de omzet of het jaarlijkse balanstotaal niet meer dan 2 miljoen euro bedraagt¹². Verder blijken ook de – vanuit economisch oogpunt nochtans cruciale – innovatieve KMO's met hoog potentieel (zoals *start-ups* op het gebied van IT en R&D) disproportioneel te worden getroffen¹³.

7. Een laatste, nauw met de financiële crisis verweven gegeven dat een belangrijke impact lijkt te hebben op de financiering van KMO's, zijn de sinds 2008 gevoelig verstrengde kapitaalvereisten voor banken. Voor de precieze impact van de Basel III-normen, de nieuwste generatie van vereisten op het gebied van reglementair kapitaal ("*regulatory capital*"), kan worden verwezen naar de gespecialiseerde literatuur ter zake¹⁴. Samengevat komt het echter op het volgende neer.

Onder toepassing van de Basel I-normen (1988) volstond het dat kredietinstellingen zich schikten naar de zgn. "Cooke-ratio": de vereiste een eigen vermogen in stand te houden ten belope van 8% van het totale bedrag aan uitstaande kredieten. Met de invoering van de Basel II-standaarden (2007) werd aan het basisprincipe uit Basel I een risicoweging toegevoegd. De onder Basel II in acht te nemen eigenvermogensverplichting, dient naar boven of naar beneden bijgesteld in functie van een (interne of externe) rating¹⁵, en dus het falingsrisico, van de kredietnemers. Voor kredieten aan KMO's geldt evenwel een afwijkende regeling, waarbij in

⁷ Het aandeel van KMO's in het economische leven in België situeert zich overigens net iets boven het Europese gemiddelde.

⁸ H. SWENNEN, "De KMO in het handelsrecht en het economisch recht" in K. RENIERS en M. VANMEENEN (eds.), *Regelgeving op maat van KMO's*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2013, 18. Noteer ook dat veelal persoonlijke waarborgen worden verlangd.

⁹ Kredietinstellingen zijn vandaag sterk aangewezen op de door KMO's neergelegde jaarrekening. Naast het achterhaald karakter, maken deze cijfers veelal niet het voorwerp uit van een audit. De afbouw, in de nasleep van de financiële crisis, van het kantorennetwerk en lokale relatiebeheerders met vaak een duurzame relatie met de KMO's in portefeuille, ten voordele van gecentraliseerd kredietbeheer, kan in deze context geduid worden als een factor m.b.t. de beschikbaarheid van financiering voor KMO's. Zie INSTITUTE OF INTERNATIONAL FINANCE EN BAIN & COMPANY, *Restoring Financing and growth to Europe's SMEs. Four sets of impediments and how to overcome them* 2013, 11.

¹⁰ Zie voor verwijzingen in dat verband *MvT, Parl.St. Kamer* 2013-14, nr. 53-3088/001, 4-5.

¹¹ Zie de maandelijkse en trimestriële gegevens van het Observatorium voor krediet aan niet-financiële vennootschappen zoals beschikbaar op de NBB-website. Zie ook G. JANSSENS, "Hoe kunnen KMO's reageren op Bazel III?", *Bank Fin.* 2013, 385.

¹² Zie art. 2 van de bijlage bij de aanbeveling 2003/361/EG van de Europese Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen, *Pb.L.* 20 mei 2003, afl. 124, 35.

¹³ Zie INSTITUTE OF INTERNATIONAL FINANCE EN BAIN & COMPANY, *Restoring Financing and growth to Europe's SMEs. Four sets of impediments and how to overcome them* 2013.

¹⁴ Zie o.m. D. BALLEGEER, "Basel III: the new capital regime for banks", *Bank Fin. – Rev.banc.fin.* 2011, afl. 3 en de referenties aldaar.

¹⁵ Zie hierover bv. G. JANSSENS, "Hoe kunnen KMO's reageren op Bazel III?", *Bank Fin.* 2013, 384-393; KEFIK, "De impact van Bazel III op de financiering van de KMO's", 2012, beschikbaar op www.cefp.be/nl/eenmalige-studies; OECD, "Basel III and SME Lending: Thematic Focus" in *Financing SMEs and Entrepreneurs 2012: An OECD Scoreboard*, OECD Publishing, 2012.

principe steeds een wegingscoëfficiënt van 75% wordt gehanteerd¹⁶.

Wat nu vervolgens de precieze impact zal zijn van de nieuwste generatie van kapitaalvereisten, de zgn. Basel III-normen (2009), is het voorwerp van controverse¹⁷. Vanuit de financiële sector komt echter het duidelijke signaal dat de toepassing van de Basel III-normen onvermijdelijk tot een stijging van de kostprijs van krediet zal leiden¹⁸. Basel III zorgt immers zowel voor de invoering van een dubbele liquiditeitsratio¹⁹, als voor een verstrakking van de bestaande kapitaalvereisten. Wat dit laatste betreft zouden in het bijzonder kredieten aan kleine en startende ondernemingen voor de banken minder aantrekkelijk worden. Waar de volledige implementatie van de nieuwe vereisten aanvankelijk was gepland voor 2015, werd begin 2013 beslist dat de nieuwe liquiditeitsvereisten slechts ten volle uitwerking moeten krijgen in 2019. Deze meer geleidelijke introductie zou een gunstige impact moeten hebben op de aanvankelijk verwachte negatieve impact van de nieuwe vereisten op de kredietmarkt²⁰. Noteer echter dat – voor wat België betreft – de wet van 25 april 2014 op het statuut van en het toezicht op kredietinstellingen, gebruik maakte van de in de CRR²¹ voorziene mogelijkheid om de zgn. *phase-in*-periode m.b.t. de *Liquidity Coverage Requirement (LCR)* te verstrengen.

B. KMO-financiering: enkele beleidsopties

8. Hierboven werd aangetoond dat obstakels m.b.t. financiering inherent zijn aan KMO's (*supra*, nrs. 5 *et seq.*). In economieën waar KMO's een cruciale rol vervullen, verdienen deze problemen de nodige beleidsmatige aandacht. Het ingrijpen van de overheid op dit vlak kan echter vrij uiteenlopende vormen aannemen. Nu de Belgische wetgever de WKF uitdrukkelijk voorstelt als een middel om aan de financieringsproblematiek van KMO's te verhelpen, lijkt het ons van belang te duiden welke plaats dit initiatief inneemt in het bredere spectrum van beleidsinitiatieven die in dat opzicht kunnen worden genomen. Met dat doel behandelen we hierna (i) overheidsinitiatieven gericht op de toegang van KMO's tot andere financieringsbronnen dan klassieke bankfinanciering ("alternatieve financieringsbronnen") en (ii) overheidsinitiatieven ter bevordering van de toegang voor KMO's tot klassieke bankfinanciering.

Schematisch kunnen de te bespreken beleidsopties als volgt worden weergegeven:

(i) Overheidsinitiatieven m.b.t. alternatieve financieringsbronnen	a. Directe overheidsfinanciering van KMO's
	b. Bevordering van een market-based financieringsmodel voor KMO's
	c. Fiscale sturing
(ii) Bevorderen toegang voor KMO's tot klassieke bankfinanciering	a. Reductie informatie-asymmetrieën
	b. Credit enhancement

i. Overheidsinitiatieven m.b.t. alternatieve financieringsbronnen

9. Een eerste beleidsmatige techniek ter bevordering van KMO-financiering betreft het aanbieden van alternatieve financieringsbronnen. Een overheid kan daartoe onder meer (a.) overgaan tot directe financiering van KMO's alsook (b.) zgn. *market-based* financiering voor KMO's stimuleren of (c.) aan fiscale sturing doen.

a. Directe overheidsfinanciering van KMO's

10. In het eerste model voorziet een overheid in een diversifiëring van de financieringsbronnen voor KMO's. De overheid biedt KMO's m.a.w. financieringsmogelijkheden naast de bestaande kanalen van kredietverlening door reguliere financiële instellingen. Zowel (1) internationale instellingen (onder meer de Europese Investeringsbank (*EIB*), het Europese Investeringsfonds (*EIF*), de *European Bank for Reconstruction and Development (EBRD)* en de *International Finance Corporation (IFC)*) als (2) nationale en (3) regionale overheden zijn actief in het rechtsreeks verstrekken van financiering aan KMO's. De financiering kan zowel bestaan uit schuldfinanciering als zgn. *equity* initiatieven. Hieronder wordt uitsluitend ingegaan op schuldfinanciering.

11. **Openbare kredietinstellingen.** Het Belgische bancaire landschap van voor de jaren 1990 vormt een goed voorbeeld

¹⁶ Vanuit kostenperspectief zou het immers niet haalbaar zijn om voor iedere KMO een rating te bepalen. Om te vermijden dat t.a.v. KMO's om die reden steeds de wegingscoëfficiënt van 100% zou worden toegepast, die geldt voor kredietnemers zonder rating, werd voor hen in een afwijking voorzien. Mits aan een aantal voorwaarden is voldaan, waaronder een maximaal kredietvolume van 1 miljoen euro per debiteur, worden KMO-kredieten als retail-kredieten beschouwd. Concreet impliceert dit dat de wegingscoëfficiënt die voor KMO's wordt gehanteerd, in principe steeds 75% bedraagt.

¹⁷ KeFiK, "Meer financiële ademruimte voor KMO's door aanpassing Basel 3 normen? The proof of the pudding is in the eating", 2013, beschikbaar op www.cefip.be/nl/eenmalige-studies; OECD, "Basel III and SME Lending: Thematic Focus" in *Financing SMEs and Entrepreneurs 2012: An OECD Scoreboard*, OECD Publishing, 2012.

¹⁸ G. JANSSENS, "Hoe kunnen KMO's reageren op Bazel III?", *Bank Fin.* 2013, 393.

¹⁹ Met een zgn. Liquidity Coverage Ratio (LCR) voor de korte termijn en een Net Stable Funding Ratio (NSFR) voor de langere termijn.

²⁰ KeFiK, "Meer financiële ademruimte voor KMO's door aanpassing Basel 3 normen? The proof of the pudding is in the eating", 2013, beschikbaar op www.cefip.be/nl/eenmalige-studies.

²¹ Capital requirements regulation; Vo.Parl. en Raad EU nr. 575/2013 van 26 juni 2013, betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van verordening (EU) nr. 648/2012, *Pb.L.* 176, 27 juni 2013.

van bovenstaande benadering. Tot die tijd kende België immers naast zuiver commerciële banken ook “openbare kredietinstellingen” (OKI’s)²². Door het fenomeen van de branchevervaging dat zich sinds de jaren 1970 manifesteerde en als gevolg van externe – niet in het minst Europese – druk, werd eind de jaren 1980 echter besloten deze benadering van het kredietwezen te verlaten. Bij een grote hervorming in 1991 werden alle OKI’s samengebracht onder de koepels van ofwel de ASLK ofwel het Gemeentekrediet²³. Hoewel de overheid ook daarna nog aanwezig bleef, en tot op vandaag blijft²⁴, in het kapitaal van financiële instellingen, is het faciliteren van de financiering van KMO’s in ieder geval niet langer een doelstelling die aan deze aanwezigheid ten grondslag ligt. Merk op dat dit Belgische model ter ondersteuning van de kredietverlening aan KMO’s, dat tot diep in de 20^{ste} eeuw werd gehanteerd, in die periode ook in heel wat andere Europese landen werd toegepast.

12. Nieuwe modellen van overheidsfinanciering voor KMO’s. Sinds het uitbreken van de financiële crisis is er een duidelijke tendens waarbij de overheid – naar analogie met het model uit de vorige eeuw – opnieuw nadrukkelijker de rol van kredietverstrekker op zich neemt.

In een *Belgische context* kan in dit opzicht onder meer worden gewezen op de verschillende kredietmogelijkheden via het Participatiefonds²⁵. Deze initiatieven richten zich steeds tot welbepaalde doelgroepen en financieringsbehoeften²⁶. Zo is de *Startlening* bijvoorbeeld een achtergestelde lening van het Participatiefonds ten belope van maximaal 30.000 EUR gericht op bepaalde categorieën van natuurlijke personen (o.a. werkzoekenden en mensen die een leefloon genieten) voor (im-)materiële en financiële investeringen. Bijzonder aan de startlening is onder meer dat er géén waarborgen gevraagd worden en dat de ontleners een bijzondere ondersteuning geniet. Bovendien kan het Participatiefonds in bepaalde gevallen van “onvrijwillige stopzetting” tijdens de eerste 5 jaar (onder meer faillissement, overmacht of

gebrekkige levensvatbaarheid van de onderneming) afstand doen van het opeisbaar saldo. Ook de *Starteolening* en de *Optimeolening* van het Participatiefonds kenmerken zich door een soepel beleid inzake waarborgen (“case-by-case”).

Op *Europees niveau* gaat het in deze context onder meer om de kredieten verstrekt in het kader van het recente COSME-programma²⁷ of de EIB-kredieten verstrekt aan KMO’s.

b. Bevordering van een market-based financieringsmodel voor KMO’s

13. De klassieke benadering waarbij de overheid of een internationale instelling rechtstreeks overgaat tot het aanbieden van krediet, is niet het enige voorbeeld van overheidsinterventie dat erop gericht is om KMO’s toegang te verlenen tot andere financieringsbronnen dan traditionele bankkredieten. Onder meer als gevolg van een aantal Europese initiatieven op dit gebied, maakt ook de bevordering van zgn. “*market-based*” financieringsmechanismen voor KMO’s (als reactie op het, in Europa thans dominante “*institution-based*” financieringsmodel) opgang als model ter bevordering van de financiering van KMO’s.

14. Op *regionaal niveau* kan het durfkapitaalfonds, *Ark-Angels Fund NV* worden vermeld als voorbeeld van een initiatief ter bevordering van de market-based financiering van KMO’s. Deze Belgische Private Privak werd eind 2007 opgericht door BAN Vlaanderen in samenwerking met Arkimedes (het risico-investeringsvehikel van de Vlaamse overheid) en trad van 2007 tot november 2011 op als co-investeringsfonds voor de Vlaamse Business Angels.

Op het *federale niveau* stimuleert ook het Participatiefonds marktfinanciering van KMO’s. De *Business Angel + Lening* van het Participatiefonds betreft bijvoorbeeld een achtergestelde lening voor een bedrag dat maximaal gelijk is aan het

²² OKI’s waren publiekrechtelijke rechtspersonen die geacht werden bepaalde openbare diensten, dan wel diensten van algemeen belang te vervullen op het vlak van de kredietverlening (bij sommigen konden evenwel ook private beleggers in het kapitaal van de rechtspersoon participeren). Sommige van deze openbare kredietinstellingen waren specifiek gericht op de financiering van KMO’s, in het bijzonder de Nationale Kas voor Beroepskrediet (NKBK) en het Nationaal Instituut voor Landbouwkrediet (NILK). Daarnaast bleken ook andere OKI’s een rol te spelen op het vlak van de financiering van KMO’s zoals (voor de grotere ondernemingen) de Nationale Maatschappij voor Krediet aan de Nijverheid (NMKN), (vnl. d.m.v. herstellkredieten), het Centraal Bureau voor Hypothecair Krediet (CBHK) en (via de NMKN) de Algemene Spaar- en Lijfrentekas (ASLK). Zie hierover verder o.m. G. DE CLERCQ, “Juridische problemen in verband met de kredietverlening” in G. SCHRANS en J. GROOTAERT (eds.), *Economisch en financieel recht*, Gent, Gakko, 1972, 172 *et seq.*; P. HANCKÉ, *Bank & beurs*, Deurne, MiM, 1986, 116 *et seq.*; R. VANDER VENNET, “De hervorming van de Belgische openbare kredietsector”, *TEM* 1992, 211-234.

²³ Wet van 17 juni 1991 tot organisatie van de openbare kredietsector en van het bezit van de deelnemingen van de openbare sector in bepaalde privaatrechtelijke financiële vennootschappen (*BS* 9 juli 1991).

²⁴ De financiële crisis heeft op dit vlak immers voor een aantal opmerkelijke wendingen gezorgd. Zo werd de ASLK in eerste instantie volledig overgenomen door Fortis, maar zou Fortis Bank later, na haar redding, (tijdelijk) opnieuw in handen van de overheid komen; het Gemeentekrediet op zijn beurt ging, na verschillende fusieoperaties, op in het grotere Dexia, maar de Belgische bankpoot, thans gekend onder de naam Belfius, zou na een reddingsoperatie in 2012 opnieuw volledig in handen van de Belgische overheid komen.

²⁵ Het Participatiefonds is een federale kredietorganisatie voor zelfstandigen, beoefenaars van vrije beroepen, kleine ondernemingen en starters, inclusief werkzoekenden, die een eigen zaak willen opzetten. Zie voor verdere info www.fonds.org.

²⁶ Zo richt de *Startlening* zich bv. op natuurlijke personen (o.a. leefloners, werkzoekenden e.d.m.); de *Business Angel + Lening* op ondernemingen in oprichting / strategische ontwikkelingsfase; de *Optimeolening* focust op de uitbreiding van bestaande activiteiten; *Starteolening* richt zich in het bijzonder op startende ondernemers (maximaal 4 jaar actief) en biedt starters onder de 30 jaar gratis begeleiding tijdens de eerste 24 maanden.

²⁷ EU programme for the Competitiveness of Enterprises and Small and Medium-sized Enterprises. Het COSME-programma loopt van 2014 tot 2020 en beschikt over een budget van 2,3 miljard euro.

bedrag dat door business angels wordt ingebracht in een onderneming.

In december 2011 lanceerde de (vorige) *Europese Commissie* een “Actieplan ter verbetering van de toegang tot financiering voor kmo’s”²⁸. Eén van de uitgangspunten daarvan is de vaststelling dat KMO’s voor hun externe financiering in (te) belangrijke mate zijn aangewezen op bankleningen. Tegen die achtergrond heeft de Europese Commissie het tot één van haar beleidsprioriteiten gemaakt KMO’s de weg te wijzen naar alternatieve financieringsbronnen, waarmee meer concreet worden bedoeld: de financiering door durfkapitaalfondsen, toegang tot de kapitaalmarkten (bv. via MTF’s of obligatieleningen) en – meer recent – crowdfunding²⁹. Hoewel deze (Europese) initiatieven zonder enige twijfel aan te moedigen zijn, geven de eerder aangehaalde onderzoeken aan dat de resultaten daarvan op het terrein slechts beperkt voelbaar zijn. Dit noopte zowel de Europese, als de meeste nationale overheden, waaronder de Belgische, ertoe in het kielzog van de problemen die de financiële crisis voor de financiering van KMO’s heeft gebracht, daarnaast nog andere initiatieven in dat verband te ontplooiën.

c. Fiscale sturing

15. Overheden kunnen (alternatieve) KMO-financiering ook stimuleren d.m.v. fiscaal beleid. Kredietverlening aan KMO’s kan in deze optiek onder meer gepaard gaan met belangrijke belastingvoordelen voor de kredietgever. De winwinlening van het Vlaamse Gewest is een bekend voorbeeld.

16. De winwinlening is een achtergestelde lening (met vaste looptijd van 8 jaar) voor een globaal plafondbedrag van 200.000 EUR in hoofde van de kredietnemer, en met een maximum van 50.000 EUR per individuele kredietgever. De rentevoet bedraagt maximaal de wettelijke rentevoet die van kracht is op de datum dat de winwinlening wordt gesloten³⁰. De rentevoet mag voorts niet lager zijn dan de helft van de wettelijke rentevoet die van toepassing is op datum dat de winwinlening wordt gesloten. De kredietnemer is daarbij een KMO met (voornaamste) exploitatiezetel in het Vlaamse Gewest. Als kredietgever komen in aanmerking: natuurlijke personen die op niet-beroepsmatige wijze krediet verstrekken. De winwinlening gaat gepaard met een belangrijk fiscaal voordeel voor de kredietgever, nl. een belastingvermin-

dering van 2,50% op het uitstaande kapitaal; en (eventueel) een eenmalige belastingvermindering van 30% bij faillissement van de kredietnemer, de stopzetting van activiteiten door de kredietnemer, of een achterstand van minimaal 3 maanden in de betaling van de interesten en de hoofdsom. Om het fiscale voordeel van de winwinlening te genieten dient de kredietgever in het Vlaamse Gewest te wonen³¹. Het “toezicht” op de naleving van de voorwaarden gebeurt door Waarborgbeheer NV³².

ii. Bevorderen van de toegang voor KMO’s tot klassieke bankfinanciering

17. Als alternatief voor het rechtstreeks aanbieden van financieringsbronnen of het promoten van “*non-institution-based*” financieringskanalen door de overheid, kan ervoor worden geopteerd om, van overheidswege, de positie van KMO’s op de reguliere kredietmarkt te versterken. De instrumenten die in dit model ter beschikking van de beleidsmakers staan, kunnen in twee categorieën worden ingedeeld. Vooreerst kan de overheid informatieasymmetriën tussen kredietinstellingen en KMO’s reduceren. Naast de uitbouw van een gecentraliseerd kredietregister, kan de overheid onder meer de onderhandelingspositie van KMO’s versterken door hen te informeren over de diverse financieringsmogelijkheden voorhanden voor KMO’s en op te treden als “matchmaker” tussen de vraag en aanbodzijde van de financieringsmarkt. In een verder, meer ingrijpend, model van overheidsinterventie, kan de overheid rechtstreeks de financiële positie van KMO’s op de markt voor reguliere bankleningen verbeteren (zgn. *credit enhancement*).

a. Reduceren informatieasymmetrieën

18. Een overheid kan er vooreerst voor opteren om de positie van KMO’s op de reguliere kredietmarkt niet rechtstreeks – en dus op het financiële vlak – te versterken (zie hierover *infra*, nrs. 21 *et seq.*), maar dit wel onrechtstreeks te doen onder meer door (1) de uitbouw van een gecentraliseerd kredietregister, alsook (2) het verbeteren van de onderhandelingspositie van de KMO-kredietnemer.

19. **Gecentraliseerd kredietregister.** De wet van 4 maart 2012 betreffende de Centrale voor Kredieten aan Ondernemingen

²⁸ Mededeling van de Commissie aan de Raad, aan het Europees Parlement, aan het Comité van de regio’s en aan het Europees Economisch en Sociaal Comité, Een actieplan ter verbetering van de toegang tot financiering voor KMO’s, 7 december 2011.

²⁹ Zie voor het recente Belgische initiatief op dit vlak het nieuwe art. 94/2 van de prospectuswet van 16 juni 2006 (BS 21 juni 2006) zoals gewijzigd door de wet van 25 april 2014 houdende diverse bepalingen (BS 7 mei 2014); alsook de mededeling van de FSMA in dit verband van 26 juni 2014 “Coöperaties, participatieplannen en crowdfunding. Overzicht van en praktische instructies bij openbare aanbiedingen die vrijgesteld zijn van de prospectusplicht”, FSMA_2014_04.

³⁰ De wettelijke rentevoet is de rentevoet zoals gedefinieerd door art. 2 van de wet van 5 mei 1865 betreffende de lening tegen interest (zie art. 2, 8° Decr. 19 mei 2006 betreffende de winwinlening).

³¹ Voorts gelden diverse uitsluitingsgronden (o.a. aandeelhouders van kredietnemer, echtgenoot of echtgenote, wettelijk samenlevende partner, werknemer).

³² Deze gaat daarbij na of aan alle decretale voorwaarden is voldaan voor de kwalificatie van een beoogde lening als een winwinlening (noteer dat deze controle echter geen opportuinitoetoezicht behelst).

mingen³³ verplicht kredietgevers tot het registreren van informatie in de Centrale voor Kredieten aan Ondernemingen (CKO). De CKO registreert informatie betreffende kredieten verleend aan rechtspersonen alsook particulieren in het kader van hun professionele activiteit. De deelnemers kunnen deze informatie raadplegen ter beoordeling van het kredietrisico van een kandidaat-kredietnemer alsook voor het opvolgen van lopende kredieten. De evaluatie van het risico op niet-terugbetaling wordt onder meer bepaald door de schuldgraad van een onderneming alsook de wanbetalingen uit het verleden en de ingebrachte garanties. De CKO kan bijdragen tot het remediëren van het eerder aangehaalde obstakel van hoge monitoring- en administratiekosten voor kredietverleners in het kader van KMO-financiering (zie *supra*, nr. 4) en zo de kredietbereidheid van kredietgevers bevorderen.

20. Emancipatieve maatregelen. Deze beleids optie is in hoofdzaak gestoeld op de overtuiging dat de distorsies in de KMO-kredietmarkt voornamelijk een gevolg zijn van de informatieasymmetrieën die tussen KMO-kredietnemers enerzijds en financiële instellingen anderzijds bestaan. Het wegwerken of reduceren van deze informatieasymmetrie zou bijgevolg moeten leiden tot een verbeterde toegang van KMO's tot de traditionele kredietmarkt. Dergelijke "emancipatieve" maatregelen kunnen zowel op internationaal, Europees als op Belgisch niveau worden teruggevonden. Het gaat daarbij in de eerste plaats om voorlichting, adviezen en (administratieve) bijstand bij de voorbereiding van kredietdossiers.

Op regionaal niveau kan bijvoorbeeld het *Finmix-initiatief* van het Agentschap Ondernemen worden vermeld. Finmix bestaat uit adviesverlening voor kleine ondernemingen, KMO's en grote ondernemingen die worden geconfronteerd met een financieringsbehoefte voor een risicovol project (bv. ondernemingen met een beperkt eigen vermogen; uitgestelde omzet wegens het innovatief karakter van het project, e.d.m.)³⁴.

Het is voornamelijk op dit niveau dat de WKF, het voorwerp van deze bijdrage, zich situeert. De WKF is er immers in eerste instantie op gericht te verhelpen aan de informatieasymmetrie tussen kredietgevers en kredietnemers. Bijzonder is echter dat de maatregelen niet beperkt blijven tot externe bijstand of advies, maar rechtstreeks ingrijpen op het

niveau van de (pre-)contractuele verplichtingen van de contractpartijen.

b. Credit enhancement

21. Binnen het tweede model van mogelijke overheidsinterventie op het gebied van KMO-financiering kan verder een tweede categorie van instrumenten worden onderscheiden die rechtstreeks gericht zijn op het verbeteren van de financiële positie van KMO's op de markt voor reguliere bankleningen (zgn. "credit enhancement"). *Credit enhancement* neemt vandaag voornamelijk de vorm aan van het verstrekken van overheidswaarborgen in het kader van reguliere bankfinanciering voor KMO's. Waarborgregelingen worden geacht niet alleen rechtstreeks een positieve impact op de kredietbereidheid van banken te hebben als gevolg van de reductie van het kredietrisico, maar ook onrechtstreeks als gevolg van de impact die de waarborgregelingen hebben op de kapitaalvereisten. Op het aandeel van het krediet dat volledig door zekerheden is afgedekt, mag immers een wegingscoëfficiënt van 0 worden toegepast.

22. Op dit punt kan in het bijzonder worden verwezen naar de diverse initiatieven die de voorbije jaren door de deelstaten werden ontplooid. Voor *Vlaanderen* gaat het daarbij in eerste instantie om de waarborgregelingen van de Participatiemaatschappij Vlaanderen (PMV)³⁵. De zgn. *generieke waarborgregeling* voorziet in een waarborg ten voordele van kredietgevers voor maximaal 1,5 mio euro (bovenop de andere zekerheden) voor kredieten ten gunste van kleine ondernemingen, KMO's en grote ondernemingen die hiervoor een eenmalige premie betalen³⁶. Deze generieke waarborgregeling dekt maximaal 75% van het kredietbedrag.

De generieke waarborgregeling vestigt de aandacht op een interessant institutioneel spanningsveld wat deze materie in België betreft. De problematiek bevindt zich inderdaad op een kruispunt van twee bevoegdheidsniveaus. De *federale overheid* is immers exclusief bevoegd voor de *financiële regulering* (zie art. 6, § 1, VI, vijfde lid, 2° bijzondere wet van 8 augustus tot hervorming der instellingen), terwijl de *deelstaten* principieel bevoegd zijn voor *ondersteunende maatregelen inzake economie en economische expansie* (zie art. 6, § 1, VI bijzondere wet van 8 augustus tot hervorming der instellingen). Regionale initiatieven ter bevordering van de financiering aan KMO's dienen aldus steeds te worden

^{33.} BS 18 april 2012.

^{34.} Het Agentschap Ondernemen werkt voor de adviesverlening in het kader van het Finmix-initiatief samen met een panel van experts dat is samengesteld met vertegenwoordigers van de bancaire sector (zowel private als publieke), risicokapitaalverschaffers, innovatiecentra en bedrijvenorganisaties (Unizo en Voka).

^{35.} Zie wat het Brussels hoofdstedelijk Gewest betreft het Brussels Waarborgfonds, dat specifiek is gericht op micro-ondernemingen, en dekking verleent voor maximaal 80% van het totale kredietbedrag met een principieel plafond van 500.000 EUR tegen een eenmalige forfaitaire premie.

^{36.} Zie ook de wijziging van het waarborgdecreet van 6 februari 2004 betreffende een waarborgregeling voor kleine, middelgrote en grote ondernemingen en tot wijziging van het decreet van 19 mei 2006 betreffende de winwinlening, *Parl.St.* VI.Parl. 2012-13, nr. 2068/1. In deze regeling wordt de mogelijkheid gecreëerd om onder een aantal specifieke voorwaarden een waarborg toe te kennen aan ondernemings- en infrastructuurfondsen die (i) hun financiering/middelen ophalen bij een grotere groep van personen/instellingen en (ii) die middelen vervolgens aanwenden voor specifieke investeringen (infrastructuur of kredietnemers met exploitatiezetel in Vlaanderen).

ingepast in de federale financieelrechtelijke regelgeving. Deze bevoegdheidsverdeling komt bovenop de toenemende Europese inmenging in deze aangelegenheid. Dit zorgt ervoor dat het beleid op dit vlak momenteel niet getuigt van een grote consistentie en het landschap voor Belgische ondernemers momenteel te weinig doorzichtig is. Een betere integratie en stroomlijning van initiatieven en bevoegdheden dringt zich naar de toekomst toe in ieder geval op.

23. In een *Europese context* kan worden verwezen naar het eerder aangehaalde COSME-programma. Daarnaast kan bijvoorbeeld ook het *Risk-Sharing Instrument for Innovative and Research oriented SMEs and small Mid-Caps* (RSI) van EIF worden aangehaald. Het RSI behelst een directe financiële garantie die door het EIF wordt verstrekt aan geselecteerde kredietinstellingen voor leningen van minimaal 25.000 EUR en maximaal 7,5 miljoen euro die voldoen aan bepaalde *eligibility criteria*. De garantie dekt maximaal 50% van de verliezen per krediet. De betrokken kredietinstelling betaalt hiervoor een vergoeding (een zgn. *guarantee fee*) aan het EIF en dient minimaal 20% van de “*economic exposure*” aan te houden tijdens de looptijd van het krediet. Het EIF verlangt dat kredietinstellingen het economisch voordeel van de garantie overdragen aan de begunstigde KMO’s (onder de vorm van een lagere interestvoet).

C. Ratio legis van de nieuwe wettelijke regeling

24. Zoals reeds aangegeven, streeft de wetgever met de WKF de verbetering van de toegang van KMO’s tot bankfinanciering na, in het bijzonder door de informatieasymmetrie tussen professionele kredietverleners en de KMO-kredietnemers te reduceren. In de *memorie van toelichting* bij

het wetsontwerp dat tot de WKF heeft geleid, worden met dat doel twee concrete “strijdpunten” aangehaald³⁷.

25. Vooreerst wil de wetgever de kenniskloof tussen kredietgever en kredietnemer dichten door in de precontractuele sfeer meer transparantie te creëren met betrekking tot het kredietaanbod. Op die manier wordt niet alleen verholpen aan de *informatieasymmetrie*, maar zou ook de concurrentie op de kredietmarkt kunnen verhogen, wat in het voordeel van de kredietnemers zou moeten spelen. Door kredietgevers te verplichten bepaalde informatie voor iedere contractsluiting ter beschikking van de potentiële kredietnemer te stellen, wordt deze laatste immers in de mogelijkheid gesteld om de voorwaarden bij verschillende kredietgevers met elkaar te vergelijken en dus te “*shoppen*” op de kredietmarkt.

Verder wordt ook getracht de informatieasymmetrie te beperken in geval van een kredietweigering. Door in die context een motiveringsplicht aan de kredietgever op te leggen hoopt de wetgever de kwaliteit van de kredietdossiers te verhogen.

26. Een tweede betrachting van de wetgever met de WKF is om ook meer algemeen de *contractuele verhouding* tussen professionele kredietgevers en KMO-kredietnemers evenwichtiger te maken. Dit moet onder meer voortvloeien uit een lijst met onrechtmatige bedingen en een beperking van de omvang van de wederbeleggingsvergoeding in geval van vervroegde terugbetaling. Met deze laatste ingreep wil de wetgever meteen ook een oplossing bieden voor een belangrijke problematiek die zich sinds enige tijd op dat vlak manifesteerde en het voorwerp uitmaakt van discussie in rechtsleer en rechtspraak.

2. TOEPASSINGSGEBIED

A. Ratione personae

27. Bepalend voor het toepassingsgebied *ratione personae* van de WKF zijn de begrippen “onderneming”, “kredietgever” en “kredietbemiddelaar”.

i. Kredietgever

28. Een kredietgever onder de WKF is “*elke natuurlijke persoon, elke rechtspersoon of elke groep van dergelijke personen, die een krediet toestaat binnen het kader van zijn gebruikelijke handels- of beroepsactiviteiten, met uitzondering van de persoon of van elke groep van personen die een kredietovereenkomst aanbiedt of sluit wanneer deze overeenkomst het voorwerp uitmaakt van een onmiddellijke*

overdracht of indeplaatsstelling ten gunste van een erkende kredietgever aangewezen in de overeenkomst”. Deze definitie stemt overeen met de definitie van kredietgevers onder de WCK³⁸. Bestaande rechtspraak en rechtsleer betreffende het kredietgeversbegrip uit de wetgeving op het consumentenkrediet kunnen bijgevolg als richtsnoer dienen om uit te maken welke personen kwalificeren als kredietgever onder de WKF.

29. Opdat een natuurlijke of rechtspersoon zou kwalificeren als een “kredietgever” dient de activiteit van kredietverstrekking te geschieden in het kader van de *gebruikelijke handels- of beroepsactiviteiten*. Het is echter niet vereist dat kredietverstrekking de enige activiteit van de kredietgever betreft. Niet-financiële entiteiten, zoals onder meer *private*

³⁷. *Memorie van toelichting, Parl.St. Kamer 2013-14, nr. 53-3088/001, 6.*

³⁸. Zie art. 1, 2° WCK/art. 1.9, 34° WER (*supra*, vn. 4).

equity-spelers (*infra*) en verzekeringsondernemingen, kunnen op die manier onder het toepassingsgebied van de WKF vallen.

Enige terughoudendheid is op dit punt nochtans geboden. De definitie van kredietgever moet immers in samenhang worden gezien met de invulling die door de WKF aan het hierna nog meer in detail te analyseren begrip “kredietovereenkomst” wordt gegeven³⁹. Het is daarbij duidelijk dat wetgever enkel “financiële kredieten”, zoals kredietopeningen, heeft willen viseren⁴⁰. Bijgevolg zullen enkel actoren wiens gebruikelijke professionele activiteiten minstens gedeeltelijk uit het verlenen van dergelijke financiële kredieten bestaan, als kredietgever onder toepassing van de WKF kunnen worden beschouwd. Dit zorgt ervoor dat ondernemingen die uitstel van betaling van facturen verlenen niet als kredietgever kwalificeren, net zo min als ondernemingen die kredieten verlenen aan ondernemingen binnen dezelfde vennootschapsgroep. De toepassing van de WKF in die omstandigheden lijkt overigens weinig zinvol. Moeilijker is de oefening in dit verband ten aanzien van *private equity*-fondsen, die naast eigen vermogensfinanciering veelal ook schuldfinanciering verstrekken. In deze context kan de toepassing van de WKF wel zinvol zijn, zodat tot de toepasselijkheid van de WKF kan worden besloten indien het verlenen van “financiële kredieten” tot de gebruikelijke activiteiten van het betrokken fonds behoort. Wanneer de eigenvermogensfinanciering door het fonds van die omvang is dat de investeerder een controleparticipatie verwerft, kan echter teruggevallen worden op de in de parlementaire stukken uitdrukkelijk aangehaalde uitsluiting van intragroepsleningen⁴¹.

30. Ondernemingen die een kredietovereenkomst aanbieden of sluiten die het voorwerp uitmaakt van een onmiddellijke overdracht of indeplaatsstelling ten gunste van een erkende kredietgever aangewezen in de overeenkomst, kwalificeren niet als “kredietgever”. Dergelijke indeplaatsstellingsexceptie, eveneens terug te vinden in de wetgeving op het consumentenkrediet⁴², beantwoordt aan de economische

realiteit. *De facto* fungeren de “indeplaatsstellenden” immers als loutere tussenpersonen. Zij kwalificeren onder de WKF dan ook als kredietbemiddelaar (zie *infra*).

ii. Kredietbemiddelaar

31. Kwalificeren als kredietbemiddelaar: de natuurlijke personen of rechtspersonen die niet optreden als kredietgever en die in het raam van hun bedrijfs- of beroepsactiviteiten tegen een vergoeding in de vorm van geld of een ander overeengekomen economisch voordeel: (1) aan ondernemingen kredietovereenkomsten voorstellen of aanbieden, (2) ondernemingen anderszins bijstaan bij de voorbereiding van het sluiten van kredietovereenkomsten, of (3) namens de kredietgever met ondernemingen kredietovereenkomsten sluiten⁴³.

Worden eveneens als kredietbemiddelaar aangemerkt: de persoon (of groep van personen) die een kredietovereenkomst aanbiedt of sluit wanneer deze overeenkomst het voorwerp uitmaakt van een onmiddellijke overdracht of indeplaatsstelling ten gunste van een erkende kredietgever aangewezen in de overeenkomst. Dit betreft de eerder aangehaalde exceptie van indeplaatsstelling (*supra*, nr. 30).

32. Bovenstaande definitie oogt bijzonder ruim⁴⁴. Kredietbemiddeling wordt gekoppeld aan drie verrichtingen. Deze dienen niet cumulatief aanwezig te zijn. De definitie van kredietbemiddeling onder de WKF lijkt net als onder artikel I.9, 35° WER (oud art. 1, 3° WCK), zowel traditionele kredietmakelaars, verkopers, zaakaanbrengers als onderagenten te viseren en dit ongeacht de activiteit geschiedt als hoofd- of nevenactiviteit⁴⁵. Inschrijving is geen vereiste voor de toepassing van de WKF. Evenmin lijkt vereist dat kredietbemiddeling de hoofdactiviteit uitmaakt van de (rechts-)persoon. Onder toepassing van de regelen op het consumentenkrediet kan zelfs het occasioneel verrichten van één van bovenstaande activiteiten aanleiding geven tot kwalificatie als kredietbemiddelaar⁴⁶.

³⁹. Cf. *infra*, nr. 59.

⁴⁰. *Memorie van toelichting*, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3088/001, 8.

⁴¹. *Memorie van toelichting*, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3088/001, 8.

⁴². De *memorie van toelichting* verwoordt dit als volgt: “Economisch gezien fungeert deze persoon als een loutere tussenpersoon: het is de overnemer die in werkelijkheid de voorwaarden van de kredietovereenkomst bepaalt. De voorgestelde wijzigingen hebben tot doel dat deze persoon juridisch wordt gelijkgesteld met de kredietbemiddelaar en dat bijvoorbeeld Hoofdstuk V van de wet [dit is het hoofdstuk dat betrekking heeft op kredietbemiddeling] op hem van toepassing wordt. Het is niet de bedoeling om de juridische status van de partijen bij de overeenkomst te wijzigen, maar enkel de verplichtingen die uit deze wet voortvloeien.”; *MvT* bij het wetsontwerp van 11 april 2002 tot wijziging van de wet op het consumentenkrediet, *Parl.St.*, Doc. 50-1730/001, 8.

⁴³. Art. 2, 1° WKF.

⁴⁴. Zie hierover ook R. STEENNOT, “Toepassingsgebied van de Wet Consumentenkrediet” in INSTITUUT FINANCIËEL RECHT (ed.), *Financiële regulering in de kering*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2012, 8-10.

⁴⁵. Zie *MvT* bij de wet van 13 juni 2010 tot wijziging van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet, *Parl.St.*, Doc. 52-2468/001, 15.

⁴⁶. Zie eveneens in die zin: advies van de Administratie FOD Economie bij het art. 1, 3° WCK, in *Geannoteerd Wetboek Consumentenkrediet*, te raadplegen op <http://economie.demoroom.be/nl/commentaar-avn-de-wet>. Het *Geannoteerd Wetboek Consumentenkrediet* citeert als voorbeeld de sociale dienst van een onderneming die tussenkomt bij de onderhandeling met de schuldeisers betreffende de hergroepering van de schulden van een werknemer.

iii. Onderneming

33. Hoewel het begrip “onderneming” al verschillende jaren in de Belgische rechtsorde is doorgedrongen, blijkt het ondernemingsbegrip vreemd genoeg voor de meeste controverse te zorgen op het vlak van het toepassingsgebied van de WKF.

34. Het ondernemingsbegrip wordt in de WKF – op een o.i. onnodig complexe en omslachtige wijze – gedefinieerd d.m.v. verwijzing naar (1) de wet van 6 april 2010 betreffende de marktpraktijken en de consumentenbescherming (WMPC); (2) de wet van 2 augustus 2002 betreffende de misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen (wet van 2 augustus 2002 inzake vrije beroepen) en (3) het Wetboek van Vennootschappen (*W.Venn.*).

Kwalificeert als een “onderneming”: “*de onderneming bedoeld in artikel 2, eerste lid, 1° van de wet van 6 april 2010 betreffende de marktpraktijken en de consumentenbescherming of de persoon die een vrij beroep uitoefent als bedoeld in artikel 2, eerste lid, 1° van de wet van 2 augustus 2002 betreffende de misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen, en die op het ogenblik van de kredietaanvraag valt binnen de criteria vastgesteld in artikel 15, § 1 van het Wetboek van Vennootschappen*”⁴⁷.

35. Artikel 2, 4° WKF bakent het ondernemingsbegrip aldus af aan de hand van twee, hieronder nader toe te lichten, cumulatieve criteria:

- een *kwalitatief-inhoudelijk criterium* (de verwijzing naar het begrip “onderneming” uit de WMPC, respectievelijk naar het begrip “vrij beroep” zoals gedefinieerd onder de wet van 2 augustus 2002 inzake de vrije beroepen); en
- een *kwantitatief criterium* (de verwijzing naar art. 15, § 1 *W.Venn.*).

a. Kwalitatief criterium

– Ondernemingsbegrip uit de WMPC

36. Artikel 2, 4° WKF verwijst vooreerst naar “*de onderneming bedoeld in artikel 2, eerste lid, 1° van de wet van 6 april 2010 betreffende de marktpraktijken en de consumentenbescherming*”. Kwalificeren aldus kwalitatief-inhoudelijk als een onderneming in de zin van de WKF: “*elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen*”. Sinds de inwerkingtreding van Boek VI van het Wetboek van economisch recht werden alle bepalingen van de WMPC opgeheven (*cf. infra*, nr. 45). Verwijzingen naar de bepalingen van de WMPC moeten evenwel worden begrepen als verwijzingen naar de overeenkomstige bepalingen uit het WER⁴⁸. De verwijzing in de WKF dient thans dan ook begrepen te worden als een verwijzing naar artikel I.1, 1° WER dat een identieke ondernemingsdefinitie bevat.

37. De vereiste van het *nastreven van een economisch doel* dient breed te worden opgevat. In de context van marktpraktijken wordt daarbij traditioneel aangenomen dat het nastreven van een economisch *doel* voornamelijk te begrijpen valt als de uitoefening van een economische *activiteit*⁴⁹. Het uitoefenen van een *economische activiteit* wordt begrepen als het op de één of andere wijze aanbieden van goederen of diensten op een markt⁵⁰. Aldus vormen alle commerciële, financiële of industriële activiteiten⁵¹, en kortom alle stadia van de economische cyclus, economische activiteiten in de zin van de wet⁵². Uit dit laatste wordt overigens afgeleid dat ook landbouwers en landbouwvennootschappen als onderneming kwalificeren⁵³.

Verder is het essentieel dat de activiteit een *duurzaam karakter* heeft: de economische activiteit dient op regelmatige, niet incidentele wijze te worden verricht. De rechtsvorm van de entiteit als dusdanig is daarbij irrelevant⁵⁴.

38. De kwalificatie van een kredietnemer als “onderneming” in de zin van de WKF dient in eerste instantie te worden beoordeeld onafhankelijk van de concrete krediettrans-

⁴⁷. Art. 2, 4° WKF.

⁴⁸. Zie art. 11 van de wet van 21 december 2013 houdende invoeging van Boek VI “Marktpraktijken en consumentenbescherming” in het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan Boek VI, en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan Boek VI, in de Boeken I en XV van het Wetboek van economisch recht (*BS* 30 december 2013). Merk evenwel op dat de verwijzingsregeling uit art. 11 van deze wet zich strikt genomen beperkt tot de bepalingen die door deze wet in het WER ingevoegd werden, terwijl de ondernemingsdefinitie bij een afzonderlijke wet in het WER werd ingevoegd (nl. W. 7 november 2013). Het lijkt evenwel dat het hier slechts om een technische onachtzaamheid van de wetgever gaat.

⁴⁹. G. STRAETMANS, “Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht (kartelrecht) en in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming” in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch recht. Ondernemingen, concurrenten en consumenten*, Antwerpen, Kluwer, 2011, 288.

⁵⁰. Zie wat dit betreft (zij het in een mededingingscontext) in het bijzonder het arrest *Fenin* van het Europese Gerecht van Eerste Aanleg, waarin werd geoordeeld dat het afnemen van goederen en diensten, ook al gebeurt dit op grote schaal, niet als een economische activiteit te beschouwen valt; *Ger.EG* 4 maart 2003, T-319/99, *Jur.* 2003, II-357.

⁵¹. R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT en D. GOENS, *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2010, 6.

⁵². Zie bv. (zij het opnieuw in een mededingingscontext) HvJ 18 december 2008, C-101 en C-110/07P, *Jur.* 2008, I-10193.

⁵³. Zie ook verslag namens de Commissie voor het bedrijfsleven, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 3088/003, p. 12.

⁵⁴. W. DEVROE en C. GEERS, “Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht” in *Handels- en economisch recht*, Deel I.A., in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, XIII, Mechelen, Kluwer, 243.

actie. De WKF kan m.a.w. strikt genomen van toepassing zijn op kredietovereenkomsten die niet met een (rechtstreeks) economisch doel worden gesloten. De praktische implicatie hiervan lijkt echter beperkt. Kredietovereenkomsten gesloten met entiteiten die als onderneming kwalificeren, maar die zich in de private sfeer situeren, zullen doorgaans immers onder het toepassingsgebied van de wetgeving op het consumentenkrediet of de wet van 4 augustus 1992 op het hypothecair krediet (*WHK*)⁵⁵ vallen, en om die reden van het toepassingsgebied van de WKF zijn uitgesloten⁵⁶.

Merk verder ook op dat het ondernemingsbegrip uit de WKF niet verlangt dat de economische activiteit wordt verricht met een winstoogmerk. Ook VZW's kunnen bijgevolg kwalitatief-inhoudelijk als onderneming kwalificeren. Het volstaat dat zij op duurzame wijze een economische activiteit verrichten. De bescherming die VZW's via de WKF voortaan wordt geboden, vult in grote mate de lacune op die op dat vlak lange tijd bestond door de uitsluiting van VZW's uit het toepassingsgebied van de WCK⁵⁷, o.a. als gevolg van het daarin gehanteerde bestemmingscriterium⁵⁸.

39. De beoordeling of een kredietnemer op basis van het kwalitatieve criterium kwalificeert als een “onderneming” in de zin van artikel 2, 4° WKF dient te worden gemaakt in het kader van de totstandkoming van de kredietovereenkomst (zie in dit verband ook *infra*, nr. 47 m.b.t. het beoordelings-tijdstip inzake het kwantitatieve criterium). Dit ligt voor de hand nu de meeste WKF-bepalingen zich in de precontractuele sfeer bevinden. Nochtans moet worden aangenomen dat ook voor de andere WKF-voorschriften (zoals de regeling inzake vervroegde terugbetaling), eventuele latere wijzigingen in hoofde van de kredietnemer (onder meer op het gebied van de uitgeoefende activiteit of met betrekking tot de kwantitatieve criteria, zie *infra*, nr. 47) irrelevant zijn voor het al dan niet toepasselijk karakter van de WKF. Aangezien de WKF in eerste instantie verplichtingen oplegt aan kredietgevers, komt het logischerwijs aan hen toe om te

bepalen of de WKF al dan niet van toepassing is. In het licht daarvan verdient het aanbeveling de bestemming van het krediet omstandig te duiden in de kredietovereenkomst. Kredietgevers dienen bij de kredietnemer hierover alleszins informatie in te winnen (zie daarover *infra*, nrs. 70 *et seq.*).

40. Kritiek. Het ondernemingsbegrip dat in 2010 in de WMPC werd geïntroduceerd, werd geheel afgestemd op het ondernemingsbegrip uit het Belgisch mededingingsrecht⁵⁹, wat op zijn beurt is geënt op het ondernemingsbegrip uit het Europees mededingingsrecht⁶⁰. Aldus is het Europese ondernemingsbegrip *de facto* bepalend voor het personele toepassingsgebied van de WKF. Zoals bekend, is dit Europese ondernemingsbegrip zeer ruim. Dit is voornamelijk het gevolg van de mededingingscontext waaruit het ondernemingsbegrip voortspuit en die een ruim toepassingsgebied behoeft. Hoewel een veralgemeend gebruik van het begrip “onderneming” als aanknopingspunt voor wetgeving die het economische leven reguleert, in een Belgische context toe te juichen valt (zie daarover ook nog *infra*), is het nog maar de vraag of het erg ruime ondernemingsbegrip zoals het uit het Europees mededingingsrecht voortvloeit⁶¹, zonder meer geschikt is ter afbakening van financiële regulering voor KMO's.

41. Dergelijk spanningsveld wordt vooreerst duidelijk gemaakt door het in de context van de WKF moeilijk te hanteren aspect van de ondernemingsdefinitie dat niet alleen entiteiten die op een duurzame wijze een economisch doel nastreven als ondernemingen te beschouwen vallen, maar ook de “verenigingen” daarvan⁶². De enige rol van betekenis die aan deze toevoeging zou kunnen worden gegeven in het kader van de WKF is dat daaruit – *a contrario* – volgt dat de vereniging van twee of meer entiteiten waarvan minstens één geen onderneming is (bv. een overheidsinstelling), niet als onderneming kwalificeert. Dit laatste strookt met het door de minister van Financiën geformuleerde antwoord op de vraag naar de toepasselijkheid van de WKF ten aanzien

^{55.} Met ingang van 1 april 2015 respectievelijk de Hoofdstukken 1 en 2 van Titel 4 (Kredietovereenkomsten) van Boek VII (Betalingen- en kredietdiensten) van het Wetboek van economisch recht, ingevoegd door de wet van 19 april 2014 (*BS* 28 mei 2014).

^{56.} Zie hierover *infra*, nr. 73.

^{57.} Dit blijkt letterlijk uit de aanhef van de consumentendefinitie *ex art.* 1, 1° WCK: “elke natuurlijke persoon die ten aanzien van de onder de wet vallende verrichtingen handelt met een oogmerk dat geacht kan worden vreemd te zijn aan zijn handels-, beroeps- of ambachtelijke activiteiten”. Zie ook *MvT* bij het ontwerp van de wet op het consumentenkrediet, *Parl.St.*, nr. 916-1 (1989-1990), 28 maart 1990, 3. Zie ook *MvT* bij de wet van 13 juni 2010 tot wijziging van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet, *Parl.St.*, Doc. 52-2468/001, 11. Een vereniging van natuurlijke personen zonder rechtspersoonlijkheid komt anderzijds in aanmerking voor de door de WCK geboden bescherming. Zie E. BALATE, P. DEJEMEPPE en F. DE PATOUL, *Le droit du crédit à la consommation. Commentaires de la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation*, Brussel, De Boeck-Wesmael, 1995, 33.

^{58.} *I.e.* toepassing van de WCK op kredietovereenkomsten die hoofdzakelijk voor private doeleinden worden aangegaan; dit i.t.t. het zgn. “specialiteitsbeginsel” wat staat voor de toepassing van beschermende wetgeving op basis van de vertrouwelijkheid van de kredietnemer met het financiële product.

^{59.} Zie in dit verband in het bijzonder G. STRAETMANS, “Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht (kartelrecht) en in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming” in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch recht. Ondernemingen, concurrenten en consumenten*, Antwerpen, Kluwer, 2011, 261-307.

^{60.} Zie daaromtrent W. DEVROE en C. GEERS, “Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht” in *Handels- en economisch recht*, Deel I.A., in *Begin-selen van Belgisch Privaatrecht*, XIII, Mechelen, Kluwer, 269 *et seq.*

^{61.} Merk hierbij op dat het ondernemingsbegrip uit het Europees marktpraktijkenrecht zelfs nog een stuk ruimer wordt opgevat; zie in dat verband bv. HvJ 3 oktober 2013, C-59/12, *BKK Mobil Oil* en C. CAUFFMAN, “De ene onderneming is de andere niet”, *DCCR* 2014, 64-75.

^{62.} Merk op dat hetzelfde eigenlijk ook reeds geldt voor de toevoeging van de ondernemingsverenigingen aan de definitie uit de WMPC, nu deze *de facto* enkel in het kader van het mededingingsrecht van belang zijn.

van een kredietovereenkomst die door meerdere kredietnemers wordt aangegaan en waarbij één der kredietnemers niet kwalificeert als een onderneming in de zin van artikel 2, 4° WKF⁶³. O.i. lijkt het op dit punt nochtans correcter, want meer in lijn met het doel van de wetgever, om per individuele kredietnemer de toepasselijkheid van de WKF te beoordelen, eerder dan voor de kredietovereenkomst in zijn geheel.

42. Verder zorgt het ruime ondernemingsbegrip ervoor dat ook entiteiten die vanuit feitelijk oogpunt niet onmiddellijk als KMO's zouden worden beschouwd, toch onder het toepassingsgebied van de WKF vallen. In het bijzonder valt hierbij te denken aan vastgoedvennootschappen, zgn. "*special purpose vehicles*" (SPV's) en holdingmaatschappijen. Het lijkt ons immers dat deze entiteiten een economische *activiteit* uitoefenen en, waar daarover al twijfel zou kunnen bestaan, minstens een economisch *doel* nastreven.

Het is in dit opzicht opmerkelijk dat de minister van Financiën in antwoord op een parlementaire vraag heeft gesteld dat het niet de bedoeling van de wetgever is geweest om vennootschappen opgericht louter met het oogmerk om participaties in andere vennootschappen te verwerven en aan te houden (*i.e.* holdings) onder het toepassingsgebied van de WKF te laten vallen⁶⁴. Deze opvatting lijkt sterk geïnspireerd door de invulling die in het fiscaal recht en meer bepaald in de context van de registratie- en de successierechten aan het ondernemingsbegrip wordt gegeven. Daarbij is het immers de gangbare opvatting dat holdingvennootschappen, evenals zuivere patrimonium- en managementvennootschappen, niet als ondernemingen kunnen worden beschouwd, met als gevolg dat zij niet in aanmerking komen voor de fiscale gunstregeling voor de schenking van familiale ondernemingen⁶⁵. Ondernemingen worden in deze context gedefinieerd als "*een nijverheids-, handels-, ambachts-, of landbouwbedrijf of een vrij beroep*"⁶⁶. Tegen deze achtergrond lijkt het ons evenwel moeilijk verdedigbaar om voor de invulling van het ondernemingsbegrip uit de WKF terug te grijpen naar de invulling die daaraan in deze specifieke fiscale context wordt gegeven. Bovendien staat het niet kwalificeren van holdingvennootschappen als ondernemingen in de zin van de WKF o.i. op gespannen voet met de recente uitbreiding van het toepassingsgebied van de Belgische

regelen inzake marktpraktijken⁶⁷ die voortaan niet alleen van toepassing zijn voor wat traditioneel onder de noemer "financiële diensten" valt⁶⁸, maar ook ten aanzien van de uitgifte of elke verhandeling anderszins van financiële instrumenten⁶⁹. Anders dan de invulling van het ondernemingsbegrip in de fiscale sfeer, moet met deze laatste evolutie wel rekening worden gehouden nu deze precies te situeren valt in de regelgeving waarnaar in de WKF wordt verwezen.

Besluitend kan in dit verband worden gesteld dat, anders dan wat in het antwoord op de parlementaire vraag werd aangegeven, holdingvennootschappen, net als vastgoedvennootschappen of managementvennootschappen, principieel wel degelijk onder het toepassingsgebied van de WKF vallen, dit uiteraard onder voorbehoud van het hierna nog te behandelen kwantitatief criterium. Ook zij oefenen immers een economische activiteit uit. Dergelijke interpretatie strookt niet alleen beter met de bewoordingen en de geest van het ondernemingsbegrip uit het marktpraktijkenrecht, maar leidt eveneens tot een zinvolle toepassing van de wet. Ook al beantwoorden holdings, vastgoedvennootschappen of SPV's niet aan het klassieke beeld van de KMO, voor zover zij binnen de hierna te bespreken kwantitatieve grenzen blijven, lijkt de bescherming die hen via de WKF wordt geboden relevant⁷⁰.

– "Vrij beroep" uit de wet van 2 augustus 2002

43. Artikel 2, 1° van de wet van 2 augustus 2002 inzake vrije beroepen definieert een vrij beroep als "*elke zelfstandige beroepsactiviteit die dienstverlening of levering van goederen omvat welke geen daad van koophandel of ambachtsbedrijvigheid is, zoals bedoeld in de wet van 18 maart 1965 op het ambachtsregister en die niet wordt bedoeld in de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, met uitsluiting van de landbouwbedrijvigheden en de veeteelt*".

De wetgever lijkt aldus voor een zeer brede definitie van het vrij beroep te hebben gekozen, waarbij eenieder die zelfstandige beroepsactiviteiten ontplooit en geen handelaar, ambachtsman of landbouwer is door de definitie wordt gevat. Naast de "traditionele" juridische (advocaat, notaris, gerechtsdeurwaarder) en medische (arts, tandarts, apothe-

⁶³. Parl.Vr. van 16 december 2013, beantwoord op 22 januari 2014, geschreven vraag nr. 0678-53.

⁶⁴. Parl.Vr. van 16 december 2013, beantwoord op 22 januari 2014, geschreven vraag nr. 0678-53.

⁶⁵. Zie daaromtrent bv. B. DE GROOTE, E. VERKEST en S. VAN BREE, "Vlaamse decreetgever hertekent het fiscaal kader voor de overdracht van familiebedrijven – eerste verkenning van de nieuwe regeling en evaluatie vanuit de beleidsdoelstellingen", *TEP* 2012, 65-93.

⁶⁶. Bovendien met uitsluiting van "vennootschappen die geen reële economische activiteit hebben", wat wordt bepaald aan de hand van cijfers uit de jaarrekening; art. 140bis, § 2, 1° W.Reg.

⁶⁷. De regelen van de WMPC werden immers na aanpassing met ingang van 31 mei 2014 in Boek VI van het Wetboek van economisch recht (WER) ingevoegd; zie daarover verder *infra*.

⁶⁸. Oud art. 2, 24° WMPC.

⁶⁹. *Memorie van toelichting* bij het ontwerp van wet houdende invoeging van boek VI "Marktpraktijken en consumentenbescherming" in het Wetboek van economisch recht, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 53-3018/001, 12-13. Zie daaromtrent kritisch M. TISON, "Editoriaal. Contaminatie van het vennootschapsrecht door het consumentenrecht?", *TRV* 2014, 3-4.

⁷⁰. Dit bv. in tegenstelling tot de bescherming die wordt geboden in het kader van kredietovereenkomsten met *private equity*-spelers die als kredietgever kunnen kwalificeren; *cf. supra*, nr. 29.

ker⁷¹, kinesist, dierenarts) vrije beroepen en de cijferberoe-
pen (bedrijfsrevisor, accountant, boekhouder, fiscalist,
belastingconsulent⁷²), ressorteren aldus in principe ook alle
andere burgerlijke beroepsactiviteiten die op zelfstandige
basis worden verricht onder deze noemer. Daarbij valt onder
meer te denken aan architecten, landmeters, journalisten,
psychologen, diëtisten, vroedvrouwen, thuisverpleegsters,
privédetectives en zelfs vennootschapsbestuurders. Alleen
de toevoeging in de definitie “en die niet wordt bedoeld in de
wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de
voorlichting en bescherming van de consument” lijkt voor
enige verwarring en, in een strikte interpretatie, voor een
vernaauwing van het begrip te kunnen zorgen⁷³.

44. Kritiek. De keuze van de wetgever voor een zo breed
mogelijk toepassingsgebied van de WKF ten aanzien van
entiteiten die een zelfstandige beroepsactiviteit vervullen,
kan ten volle worden onderschreven. De advocaat, de arts of
de psycholoog die in het kader van zijn beroepsactiviteiten
een investeringskrediet aangaat, verdient o.i. inderdaad
dezelfde bescherming als een supermarktuutbater. Bij de
concrete aanpak om tot dit resultaat te komen op het stuk van
de beoefenaars van vrije beroepen, kunnen echter een aantal
belangrijke kanttekeningen worden gemaakt.

Vooreerst is de omschrijving van het toepassingsgebied van
de WKF aan de hand van het ondernemingsbegrip enerzijds
en het concept “vrij beroep” anderzijds, zonder meer dubbel-
zinnig. Er bestaat vandaag immers geen twijfel meer over
het feit dat het ondernemingsbegrip ook de beoefenaars van
een vrij beroep omvat. Ook beoefenaars van een vrij beroep
streven immers op duurzame wijze een economisch doel na.
Dit principe werd in het verleden al herhaaldelijk door het
Europese Hof van Justitie bevestigd in het kader van het
mededingingsrecht, maar gaf recent ook aanleiding tot een
veroordeling van België in het kader van de handelspraktij-

kenwetgeving⁷⁴, nadat ook het Belgische Grondwettelijk
Hof al in die zin had geoordeeld⁷⁵. De verwijzing naar het
concept “vrij beroep” had dus, eventueel mits een meer
doordachte verwijzing naar het ondernemingsbegrip, volle-
dig achterwege kunnen worden gelaten bij de omschrijving
van het toepassingsgebied *ratione personae* van de WKF.

Een tweede kanttekening is dat in de WKF wordt verwezen
naar de definitie van een vrij beroep die – minstens vanuit
legistiek oogpunt – in meerdere opzichten is achterhaald. Zo
kan vooreerst in herinnering worden gebracht dat ook de
WMPC een definitie van het vrij beroep bevatte⁷⁶. Gelet op
de eerder aangehaalde rechtspraak van het Grondwettelijk
Hof, werd een verwijzing naar deze definitie vermoedelijk
evenwel vermeden. Ondertussen zijn we, als gevolg van de
introdactie van het Wetboek van economisch recht (WER)
echter al aan een volgende definitie van het vrij beroep toe.
Deze definitie, die de voornaamste verdienste heeft (grotendeels)
op een positieve wijze te zijn geformuleerd, is echter
een stuk enger dan de definitie uit de wet van 2 augustus
2002. In het WER wordt de beoefenaar van een vrij beroep
immers gedefinieerd als: “elke natuurlijke persoon of rechts-
persoon die op intellectueel onafhankelijke wijze en onder
eigen verantwoordelijkheid een beroepsactiviteit uitoefent
die hoofdzakelijk uit intellectuele prestaties bestaat, vooraf-
gaand de vereiste opleiding heeft gevolgd, tot permanente
vorming is gehouden, onderworpen is aan een bij of krachtens
de wet opgericht tuchtorgaan en geen koopman is in de
zin van artikel 1 van het Wetboek van Koophandel”⁷⁷. Deze
definitie werd samen in het WER ingevoegd met Boek XIV
“Marktpraktijken en consumentenbescherming betreffende
beoefenaars van een vrij beroep”. Merk overigens op dat bij
deze operatie de wet van 2 augustus 2002 in haar geheel
werd opgeheven met ingang van 31 mei 2014⁷⁸. Het toepas-
singsgebied *ratione personae* van de WKF wordt bijgevolg
omschreven door verwijzing naar ondertussen opgeheven

71. Zij het wat deze categorie betreft met de klassieke nuance m.b.t. het stellen van daden van koophandel; zie daaromtrnt bv. R. STEENNOT, *Handboek consumentenbescherming*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 477.

72. Zie evenwel voor de discussies die m.b.t. deze laatste vier beroepsgroepen bestaan, G. STRAETMANS, “Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht (kartelrecht) en in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming” in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch recht. Ondernemingen, concurrenten en consumenten*, Antwerpen, Kluwer, 2011, 297 met verwijzing naar Voorz. Kh. Gent 16 december 2002, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 2002*, 286.

73. De toevoeging werd onder toepassing van de wet handelspraktijken (WHPC) evenwel traditioneel aldus begrepen dat beoefenaars van vrije beroepen die zich (niet)-bijkomstig met de verkoop van producten inlaten, niet onder het toepassingsgebied van de wet van 2 augustus 2002 vallen, maar rechtstreeks onder dat van de WHPC; F. DEBUSSE, “Een wettelijke regeling voor overeenkomsten op afstand inzake vrije beroepen”, *NJW 2002-03*, 517; R. STEENNOT, *Handboek consumentenbescherming*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 477.

74. HvJ 10 juli 2014, C 421/12: “Het Koninkrijk België is door beoefenaars van een vrij beroep, tandartsen en kinesisten uit te sluiten van de werksfeer van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument [...] waarbij richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt [...] is omgezet in Belgisch recht; [...] de krachtens de artikelen 2, sub b) en d), 3 en 4 van richtlijn 2005/29 op hem rustende verplichtingen niet nagekomen”.

75. GwH 6 april 2011, *RW 2011-12*, 903, noot D. MERTENS, *TBH 2011*, 722.

76. NI. “elke onderneming die geen koopman is in de zin van artikel 1 van het Wetboek van Koophandel en die onderworpen is aan een bij wet opgericht tuchtorgaan”; art. 2, 2° WMPC.

77. Art. 1.8, 35° WER.

78. Art. 7 van de wet van 5 mei 2014 houdende invoeging van Boek XIV “Marktpraktijken en consumentenbescherming betreffende de beoefenaars van een vrij beroep” in het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan Boek XIV en van de rechtshandhavingsoepalingen eigen aan Boek XIV, in de Boeken I en XV van het Wetboek van economisch recht (BS 30 mei 2014).

wetgeving⁷⁹. Een bepaling zoals deze met betrekking tot de wet marktpraktijken werd aangenomen waarbij verwijzingen naar de WMPC als verwijzingen naar Boek VI WER moeten worden gelezen (*cf. supra*, nr. 36), bestaat – voor zover ons bekend – in de context van Boek XIV WER niet.

45. Dat het toepassingsgebied van de WKF wordt omschreven door verwijzing naar opgeheven wetgeving geldt niet alleen voor de definitie van een vrij beroep, maar evenzeer voor de verwijzing naar het ondernemingsbegrip uit de WMPC (*cf. supra*, nr. 36). Ook de WMPC werd immers opgeheven met ingang van 31 mei 2014 en vervangen door Boek VI “Marktpraktijken en consumentenbescherming” van het WER⁸⁰. Anders dan wat betreft Boek XIV inzake vrij beroepen, dat slechts in mei 2014 door het Parlement werd goedgekeurd, was het voor de wetgever bij het uitwerken van de WKF wel degelijk mogelijk om te anticiperen op de vervanging van de WMPC door Boek VI van het Wetboek van economisch recht, nu de wet houdende invoeging van Boek VI WER van dezelfde datum is als de WKF, nl. 21 december 2013. Meer in het algemeen valt overigens niet alleen te betreuren dat geen aandacht werd geschonken aan de complementariteit van het begrippenkader van de WKF met het WER⁸¹, maar ook dat niet werd overwogen om de WKF in het WER te integreren. Het komt ons immers voor dat de bepalingen van de WKF een plaats verdienen in Boek VII “Betalings- en kredietdiensten” van het WER, naast de regelen betreffende consumentenkrediet en hypothecaire krediet.

b. Kwantitatieve criteria

– Algemeen

46. Naast de hierboven besproken kwalitatieve criteria, verlangt de kwalificatie als “onderneming” onder de WKF tevens de vervulling van het kwantitatieve criterium uit artikel 2, 4° WKF: de onderneming dient op het ogenblik van de kredietaanvraag binnen de criteria vastgesteld in artikel 15, § 1 W.Venn. te vallen.

Artikel 15, § 1 W.Venn. bevat de criteria waaraan vennootschappen met rechtspersoonlijkheid moeten voldoen om als kleine vennootschap te kwalificeren. De WKF maakt van deze kwantitatieve grenzen gebruik met de bedoeling de bescherming die door de WKF wordt geboden, te beperken

tot KMO's. Opdat een entiteit aldus concreet als onderneming zou kwalificeren, moet aan twee cumulatieve voorwaarden worden voldaan:

- (1) de onderneming mag niet meer dan één van de volgende criteria overschrijden:
 - jaargemiddelde van het personeelsbestand: 50;
 - jaarmazet, exclusief de belasting over de toegevoegde waarde: 7.300.000 EUR;
 - balanstotaal: 3.650.000 EUR; *en*
- (2) het jaargemiddelde van het personeelsbestand mag niet meer dan 100 bedragen.

47. De wetgever preciseert dat de onderneming *ten tijde van de kredietaanvraag* aan de criteria van artikel 15, § 1 W.Venn. dient te voldoen. Het feit dat een onderneming (1) op het ogenblik van de daadwerkelijke contractsluiting, (2) tijdens de duur- of (3) bij beëindiging van de kredietovereenkomst niet langer voldoet aan voornoemde kwantitatieve criteria, doet bijgevolg geen afbreuk aan haar mogelijke kwalificatie als onderneming in de zin van artikel 2, 4° WKF.

48. Het mag duidelijk zijn dat het overgrote deel – luidens de parlementaire stukken 99%⁸² – van de Belgische ondernemingen binnen de grenzen van artikel 15 W.Venn. blijven en bijgevolg principieel onder het toepassingsgebied van de WKF vallen. Inhoudelijk lijkt de gehanteerde begrenzing dan ook geschikt voor het door de wetgever vooropgestelde doel om de WKF-bescherming weliswaar strikt genomen voor te behouden voor KMO's, maar het toepassingsgebied toch voldoende ruim te houden, zodat zoveel mogelijk ondernemingen daarvan kunnen genieten. Net zoals dat bij de kwalitatieve criteria het geval was⁸³, doen zich echter problemen voor op het niveau van de technische uitwerking van de criteria. Er werd immers opnieuw gekozen om de criteria niet als dusdanig in de WKF in te schrijven, maar deze slechts door middel van verwijzing op te nemen. Het gevolg daarvan is dat criteria die specifiek zijn geschreven in de context van vennootschappen met rechtspersoonlijkheid in het kader van de WKF moeten worden toegepast op alle mogelijke “entiteiten”, inclusief natuurlijke personen, verenigingen en andersoortige samenwerkingsverbanden. Dit ligt niet steeds voor de hand. Het grootse probleem dat zich in dit verband voordoet, *i.e.* de vraag hoe de criteria moeten worden toegepast ten aanzien van vennootschaps- en ondernemingsgroepen, had evenwel op eenvoudige wijze door de wetgever kunnen worden opgevangen.

⁷⁹. Dat geldt overigens ook voor de verwijzing naar de wet van 18 maart 1965 op het ambachtsregister uit art. 2, 1° van de wet van 2 augustus 2002 die reeds sinds juli 2003 is opgeheven (zie wet van 16 januari 2003 (BS 5 februari 2003)).

⁸⁰. Art. 8 van de wet van 21 december 2013 houdende invoeging van Boek VI “Marktpraktijken en consumentenbescherming” in het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan Boek VI, en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan Boek VI, in de Boeken I en XV van het Wetboek van economisch recht (BS 30 december 2013).

⁸¹. Zie nochtans de suggestie in die zin tijdens de commissiebesprekingen over het wetsontwerp en de opmerkelijke reactie daarop, nl. “*Wat de terminologie betreft, loopt die voor een aantal begrippen vrij gelijk met die van het Wetboek van economisch recht*”; verslag namens de Commissie voor het bedrijfsleven, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 3088/003, resp. p. 9 en p. 15.

⁸². Verslag namens de Commissie voor het bedrijfsleven, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 3088/003, p. 13.

⁸³. *Cf. supra*, nrs. 40 *et seq.*

– Consolidatieverplichting?

49. Al onmiddellijk na de totstandkoming van de WKF is de vraag gerezen of de criteria uit artikel 15, § 1 W.Venn. op niet-geconsolideerde basis dan wel op geconsolideerde basis dienen te worden geëvalueerd. Deze onzekerheid kan worden teruggebracht naar artikel 15, § 5 W.Venn. dat luidt als volgt:

“Als de vennootschap met één of meer andere vennootschappen verbonden is in de zin van artikel 11 [W.Venn.], worden de criteria inzake omzet en balanstotaal bedoeld in [artikel 15,] § 1 berekend op geconsolideerde basis. Wat het criterium personeelsbestand betreft, wordt het aantal werknemers opgeteld dat door elk van de betrokken verbonden vennootschappen jaarlijks gemiddeld wordt tewerkgesteld.”

50. In antwoord op de eerder aangehaalde parlementaire vraag stelde de toenmalige minister van Financiën dat de criteria uit artikel 15, § 1 W.Venn. dienen te worden geïnterpreteerd overeenkomstig de overige bepalingen van artikel 15 W.Venn.⁸⁴ Dit zou onder meer impliceren dat, indien een kredietovereenkomst wordt aangegaan met één of meerdere ondernemingen die deel uitmaken van een groep van verbonden ondernemingen, dergelijke kredietverstrekking enkel onderworpen zal zijn aan de WKF indien de groep van ondernemingen op geconsolideerde basis aan de criteria van artikel 15 W.Venn. voldoet.

51. Deze *contra legem*-interpretatie, die toepassing maakt van artikel 15, § 5 W.Venn., ligt o.i. moeilijk.

Vooreerst is er de duidelijke wettekst. Artikel 2, 4° WKF bevat slechts een kruisverwijzing naar artikel 15, § 1, niet naar artikel 15, § 5 W.Venn. Bijzonder relevant in dit opzicht is een arrest van het Hof van Cassatie van 25 oktober 2013⁸⁵. Het Hof bevestigde daarin immers dat de specifieke kruisverwijzing in het voormalige artikel 196, § 2 van het WIB 1992 naar de criteria uit artikel 15, § 1 W.Venn., onvoldoende steun bood om rekening te houden met de consolidatieverplichting *ex* artikel 15, § 5 W.Venn.⁸⁶ Een toepassing van § 5 van artikel 15 W.Venn. zou, volgens het Hof, een draagwijdte geven aan de criteria uit artikel 15, § 1 die ze niet kunnen hebben op basis van een verwijzing in het WIB 1992 naar § 1.

In bepaalde fiscale regelgeving die, net zoals de WKF, dateert van na deze uitspraak wordt thans consequent expliciet verwezen naar “artikel 15 W.Venn.” i.p.v. “art. 15, § 1 W.Venn.”⁸⁷ Ook onder meer het wetsontwerp betreffende de modernisering van de organisatie van de HRZKMO, het vertegenwoordigingsorgaan van de zelfstandigen en de KMO’s⁸⁸ bevat een expliciete verwijzing naar artikel 15 W.Venn.

52. De parlementaire stukken bieden in deze weinig, en in ieder geval geen eenduidige, aanknopingspunten⁸⁹. Dat op verschillende punten wordt aangegeven dat het de bedoeling is het toepassingsgebied van de WKF zo breed mogelijk te houden, zou gezien kunnen worden als een argument tegen de *contra legem*-interpretatie en voor de niet-geconsolideerde toepassing van de criteria van artikel 15 W.Venn. Anderzijds zou uit het feit dat het ultieme doel van de WKF is om kleine en middelgrote ondernemingen te beschermen, en dus niet de grote ondernemingsgroepen, een argument kunnen worden gezien in het voordeel van een geconsolideerde toepassing.

Het blijft bijgevolg onduidelijk of de verwijzing in de WKF naar artikel 15, § 1 W.Venn. het gevolg is van een slordigheid bij het redigeren van de tekst, dan wel van een duidelijke beleidskeuze. Anders dan de wil van de wetgever bestaat evenwel geen twijfel over de wil van de regering of minstens van de minister van Financiën, mede-indiener van het oorspronkelijke wetsontwerp. De juridische waarde van het antwoord van een minister op een parlementaire vraag is evenwel beperkt. Een minister kan een wettekst weliswaar duiden, doch kan daaraan geen interpretatie geven die indruist tegen de bewoordingen van de wet⁹⁰.

53. In het licht van het voorgaande lijkt het ons bij de huidige stand van de wetgeving voorzichtigheidshalve aangegeven de kwantitatieve criteria ter afbakening van het toepassingsgebied van de WKF op individuele, dus niet geconsolideerde, basis toe te passen. Eén nuance zou daarop niettemin wel kunnen worden aanvaard, namelijk wanneer de toepassing op geconsolideerde basis voortvloeit uit het in de WKF gehanteerde ondernemingsbegrip zelf. Onder verwijzing naar wat in het mededingingsrecht het geval is, wordt bij het ondernemingsbegrip immers niet zozeer gekeken

⁸⁴. Parl.Vr. van 16 december 2013, beantwoord op 22 januari 2014, geschreven vraag nr. 0678-53.

⁸⁵. Cass. 25 oktober 2013, F.12.0191.F/1. Zie hierover eveneens C. BUYSSE, “Cassatie beslist: géén geconsolideerde toepassing (oude) KMO-definitie”, *Fiscoloog* 2013, 3.

⁸⁶. Diverse hoven van beroep hadden deze interpretatie van de fiscale wet eerder reeds onderschreven. Zie onder meer: Antwerpen 24 april 2012, *Fiscoloog*, nr. 1295, 3 en Bergen 9 januari 2013, *Fiscoloog*, nr. 1327, 7.

⁸⁷. Zij het dat er, al dan niet bewust, ook nog voorbeelden van verwijzingen naar art. 15, § 1 W.Venn. te vinden zijn. Zie bv. koninklijk besluit 28 februari 2014 houdende de uitvoering van art. 9, eerste lid van de wet van 26 december 2013 houdende diverse bepalingen inzake de thematische volksleningen tot vaststelling van de geschikte projecten voor financiering in het kader van een thematische volkslening (BS 18 maart 2014).

⁸⁸. Art. 2, 4° van de wet van 24 april 2014 betreffende de organisatie van de vertegenwoordiging van de zelfstandigen en de KMO’s (BS 10 juni 2014).

⁸⁹. En zelfs in dat geval weze er aan herinnerd dat een *memorie van toelichting* geen interpretatie kan geven aan een wettekst die tegen de duidelijke tekst daarvan zou indruisen; zie onder meer Cass. 7 februari 2011.

⁹⁰. Zie in die zijn bv. duidelijk het antwoord van minister van Justitie Onkelinx in een discussie m.b.t. art. 782bis Ger.W.: “*En ma qualité de ministre de la Justice, je ne peux pas interpréter la loi, étant donné qu’il s’agit d’une compétence des tribunaux.*”; beknopt verslag Commissie justitie 7 november 2007, *Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 52 COM 19.

naar de rechtsvorm of de individuele juridische entiteit als dusdanig, maar wel naar de economische eenheid in haar geheel⁹¹. Een moedervenootschap en haar dochtervenootschappen die een volledig geïntegreerde economische eenheid vormen, zouden aldus voor de toepassing van de WKF als één onderneming kunnen worden beschouwd waarop de kwantitatieve criteria van artikel 15 W.Venn. op die manier dan toch op geconsolideerde basis zouden moeten worden toegepast.

In ieder geval bestaat er geen twijfel over dat de wetgever hieromtrent bij een eventuele aanpassing van de WKF duidelijk standpunt zal moeten innemen. Hiertoe dient de wetgever een zorgvuldige afweging te maken van de “beschermingswaardig” geachte ondernemingen. Het loutere feit dat een onderneming deel is van een groep, en daardoor op geconsolideerde basis niet kwalificeert als onderneming *ex* artikel 15 W.Venn. impliceert o.i. daarbij niet dat deze onderneming geen baat kan hebben bij de bescherming die de WKF biedt. Zo kan onder meer bezwaarlijk automatisch worden aangenomen dat dochterondernemingen steeds kunnen profiteren van juridische bijstand op groepsniveau. Daarnaast zou de toepassing van artikel 15, § 5 W.Venn. ertoe kunnen leiden dat toch heel wat micro-ondernemingen (bv. een advocatenassociatie die bestaat uit diverse besloten vennootschappen) de door de WKF geboden bescherming verliezen en zal dit in ieder geval ook de beoordeling van de toepasselijkheid van de WKF verder compliceren.

– Kredietovereenkomst gesloten met meerdere kredietnemers

54. De WKF is van toepassing op (1) ondernemingen uit de WMPC of beoefenaars van een vrij beroep, die (2) voldoen aan de criteria uit artikel 15, § 1 W.Venn. Onduidelijk is evenwel hoe deze criteria moeten worden toegepast wanneer een kredietovereenkomst wordt gesloten met meerdere kredietnemers. Verschillende problemen doen zich in dit verband voor.

55. Vooreerst is er de vraag of de WKF van toepassing is indien een kredietovereenkomst wordt gesloten met meerdere kredietnemers, waarvan minstens één niet kwalificeert als “onderneming” in de zin van artikel 2, 4° WKF.

In antwoord op een parlementaire vraag werd gesteld dat de WKF in deze hypothese geen toepassing vindt⁹². Er zij evenwel opgemerkt dat dit antwoord specifiek was toegespitst op de situatie waarin het krediet wordt aangegaan door verschillende entiteiten die weliswaar allen als onderneming kwalifi-

ficeren, maar waarvan één niet voldoet aan de kwantitatieve criteria van artikel 15, § 1 W.Venn. Op basis daarvan lijkt het antwoord evenwel *a fortiori* hetzelfde te moeten zijn wanneer de niet-kwalificatie als onderneming in de zin van de WKF, het gevolg is van het niet beantwoorden aan een ander aspect van de ondernemingsdefinitie.

Zoals eerder al aangegeven⁹³ mist deze interpretatie o.i. evenwel een duidelijke grondslag in de wettekst of de parlementaire stukken en strookt de interpretatie evenmin met het doel van de wetgever. In het licht van dit laatste lijkt het ons meer aangewezen om de toepasselijkheid van de WKF per kredietnemer te beoordelen. Het komt dan aan de partijen toe om de eventuele problemen die dit met zich kan brengen, voornamelijk op het stuk van de vervroegde terugbetaling, via contractuele weg op te vangen. De constructie waarbij het concept “ondernemingsvereniging” uit de ondernemingsdefinitie van de WMPC wordt gehanteerd ter verantwoording van het door de minister van Financiën uitgedrukte standpunt⁹⁴, werd eerder reeds van de hand gewezen⁹⁵.

56. Daarnaast, en in lijn met het in de randnrs. 49 *et seq.* behandelde consolidatievraagstuk, dient zich bij een kredietovereenkomst met meerdere kredietnemers ook de vraag aan naar de wijze waarop de kwantitatieve criteria uit artikel 15 W.Venn. moeten worden toegepast. In het licht van wat wij eerder in dat verband hebben verdedigd, ligt het o.i. voor de hand dat deze criteria op individuele basis, en dus per kredietnemer afzonderlijk, moeten worden toegepast.

57. In het licht van het bijzonder grote aantal interpretatievragen waartoe het huidige personele toepassingsgebied van de WKF aanleiding geeft, willen wij erop wijzen dat nochtans ook andere, minder complexe criteria hadden kunnen worden gebruikt ter afbakening van het toepassingsgebied van de WKF. Zo had de WKF bijvoorbeeld van toepassing kunnen worden verklaard op alle kredieten verstrekt door professionele kredietverleners die onder een bepaald maximumbedrag blijven en niet reeds onder het principiële toepassingsgebied van de WCK/artikelen VII.64 *et seq.* WER of de WHK vallen (zie hierover ook verder *infra*, nrs. 116 en 134).

B. *Ratione materiae*

58. De WKF is van toepassing op “kredietovereenkomsten” of elke overeenkomst waarbij een kredietgever een krediet verleent of toezegt aan een onderneming, in de vorm

⁹¹. Zie daaromtrent (met uitgebreide rechtspraakverwijzingen), G. STRAETMANS, “Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht (kartelrecht) en in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming” in I. CLAEYS, R. STEENNOT en M. TISON (eds.), *Economisch recht. Ondernemingen, concurrenten en consumenten*, Antwerpen, Kluwer, 2011, 285 *et seq.*

⁹². Parl.Vr. van 16 december 2013, beantwoord op 22 januari 2014, geschreven vraag nr. 0678-53.

⁹³. *Cf. supra* nr. 41.

⁹⁴. In die zin: Y. VAN WASSENHOVE, “Kredietverlening aan KMO’s. Nieuw wettelijk kader”, *NJW* 2014, 629.

⁹⁵. *Cf. supra*, nr. 41.

van een lening, of van elke andere gelijkaardige regeling, met uitsluiting van de kredietovereenkomsten die vallen onder de WCK/artikel VII.64 *et seq.* WER en de WHK⁹⁶.

59. Kredietovereenkomsten die vallen onder (1) de WCK/artikel VII.64 *et seq.* WER en (2) de WHK worden aldus expliciet uit het toepassingsgebied van de WKF gesloten. De WKF is luidens de *memorie van toelichting* voorts enkel van toepassing op zgn. “financiële kredieten”. De *memorie van toelichting* verduidelijkt in die zin dat zijn uitgesloten van het toepassingsgebied van de WKF: (1) krediet verleend in de vorm van een uitstel van betaling van facturen tussen ondernemingen onderling, (2) intragroepsleningen, en (3) factoring- of leasingactiviteiten⁹⁷. Een verzoek tot het expliciet opnemen, in de wettekst, van bovengenoemde uitsluitingen tijdens de bespreking van het wetsontwerp in de Kamercommissie, vond geen gehoor⁹⁸.

In antwoord op de eerder reeds aangehaalde parlementaire vraag verduidelijkte de minister van Financiën dat ook (4) documentaire kredieten en (5) zgn. verbintenskredieten buiten het materieel toepassingsgebied van de WKF vallen⁹⁹.

60. O.i. ligt het opnieuw moeilijk het door de minister naar voor gebrachte standpunt zonder meer te aanvaarden, nu daarvoor geen steun te vinden is in de tekst van de wet. Volgens deze laatste betreft het immers alle mogelijke vormen van kredietverlening en worden alleen kredieten die onder het toepassingsgebied van de WCK/artikel VII.64 WER of de WHK vallen, uitdrukkelijk van het WKF-toepassingsgebied uitgesloten. Anders dan wat betreft de vraag naar de geconsolideerde toepassing van de kwantitatieve criteria¹⁰⁰, vindt het standpunt van de minister op dit punt echter wel steun in de parlementaire stukken. Deze stellen herhaaldelijk dat het slechts de bedoeling is de financiële kredieten te viseren.

Wat betreft betalingsuitstel en intragroepsleningen, kunnen wij dit standpunt bijtreden. Wat die toepassingen betreft volgt de uitsluiting overigens ook reeds gedeeltelijk uit de definitie van een kredietgever (*supra*, nrs. 44 *et seq.*). Wat de overige beweerde uitsluitingen betreft, lijkt het o.i. dat de bepalingen van de WKF over het algemeen wel op een zinvolle manier zouden kunnen worden toegepast. De uitsluiting daarvan lijkt bijgevolg een expliciete beleidskeuze, zodat het te betreuren valt dat deze niet in de tekst van de wet tot uitdrukking is gebracht, maar uit de parlementaire stukken moet worden afgeleid. In het licht daarvan valt bovendien niet uit te sluiten dat rechtbanken, voortgaand op de duidelijke bewoordingen van de wettekst, de voormelde kredietvormen toch als kredietovereenkomsten in de zin van de WKF gaan beschouwen. Hierbij valt onder meer te denken

aan een *multi-purpose*-faciliteit waarvan één of meerdere lijnen van de faciliteit voor garantiedoeleinden kunnen worden aangewend door de kredietnemer. In ieder geval zullen rechtbanken zich onvermijdelijk laten inspireren door de bepalingen van de WKF bij de invulling van de bij deze contracten op de partijen rustende algemene zorgvuldigheidsplicht. In dat opzicht durven we te stellen dat leasingmaatschappijen misschien niet rechtstreeks onder het toepassingsgebied van de wet ressorten, maar er desalniettemin goed aan doen hun bestaande procedures (bv. i.g.v. kredietweigering) in functie daarvan bij te stellen.

Tot slot kan worden opgemerkt dat ondanks deze (beweerde) uitsluitingen, de draagwijdte van het materiële toepassingsgebied van de WKF allerminst mag worden onderschat. Naast de klassieke investerings- en kaskredieten, vallen immers nog tal van andere (soms vrij banale) kredietvormen onder het toepassingsgebied van de wet. Hierbij valt onder meer te denken aan *straight loans*, overbruggingskredieten, corporate kredietkaarten en zelfs sommige tankkaartformules die voorzien in uitgestelde betaling.

61. Juridische draagwijdte WKF. De onduidelijkheid die op een aantal punten omtrent het precieze toepassingsgebied van de WKF heerst, brengt ons bij de vraag naar de *juridische draagwijdte van de bepalingen van de WKF*.

De kwalificatie van een kredietnemer als “onderneming” in de zin van artikel 2, 4° WKF is (minstens) van dwingend recht. Bepaalde onderdelen van de wet raken mogelijk de openbare orde. Zoveel kan onder meer blijken uit de *ratio legis* van de WKF, nl. het reduceren van informatieasymmetriën en het stimuleren van een meer evenwichtige contractuele verhouding tussen kredietgevers en kredietnemers (*supra*, nrs. 24-26). Zo men aanneemt dat de WKF van dwingend recht is, kan een “onderneming” slechts rechtsgeldig afstand doen van de bescherming onder de WKF ten vroegste op het ogenblik dat het de sancties uit de WKF (zie *infra*) kan invoeren. Indien men echter aanneemt dat de WKF, of minstens bepaalde elementen daarvan, de openbare orde raken, kan (1) een onderneming nooit verzaken aan de door de wet geboden bescherming en (2) dient de rechter in ieder geval ambtshalve toepassing te maken van haar voorschriften. Dit lijkt ons een brug te ver nu de aan de orde zijnde verhouding er één is tussen professionelen onderling.

Het dwingendrechtelijk karakter van de wet lijkt te worden bevestigd door de parlementaire stukken, zij het dat de daarbij gehanteerde formulering enigszins onduidelijk is. In het Commissieverslag wordt op een bepaald punt (m.b.t. het territoriaal toepassingsgebied) immers gesteld: “*Het betreft een bepaling van dwingend recht, die niet kan ontweken worden*”

^{96.} Art. 2, 3° WKF.

^{97.} MvT, *Parl.St.* Kamer 2013-14, Doc. 53-3088/001, p. 8.

^{98.} Verslag namens de Commissie voor het bedrijfsleven, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 3088/003, p. 5.

^{99.} Parl.Vr. van 16 december 2013, beantwoord op 22 januari 2014, geschreven vraag nr. 0678-53.

^{100.} Cf. *supra*, nr. 49.

ten voordele van een buitenlandse bepaling.”; waarbij het onduidelijk is of met “bepaling” het geheel van bepalingen van de WKF wordt bedoeld, dan wel uitsluitend de bepaling met betrekking tot het territoriale toepassingsgebied van de wet. Noteer evenwel dat het belang van de vraag naar de juridische draagwijdte enigzins is afgenomen sinds het cassatie-arrest van 14 april 2005. Sindsdien is het immers vaste cassatierechtspraak dat de rechter – onder eerbiediging van het recht van verdediging – ambtshalve de rechtsregels moet toepassen waarvan de toepassing geboden is op grond van de feiten die partijen hebben aangevoerd. De aard van de rechtsregels (openbare orde, dwingend recht of aanvullend recht) is hierbij irrelevant.

In dit verband kan tenslotte nog worden meegegeven dat de praktijk waarbij ondernemingen bij de contractsluiting zouden aangeven afstand te doen van de hen door de WKF toegekende bescherming in ieder geval van de hand moet worden geweest, nu deze haaks staat op het opzet van de wet. Partijen die de toepassing van de WKF willen vermijden, zullen aldus hun toevlucht moeten nemen tot niet onder het toepassingsgebied van de wet vallende kredietvormen. Kredietgevers kunnen voorts trachten de ongewenste gevolgen van de toepassing van de WKF via contractuele weg te neutraliseren (bv. door een vrijwaring van de kredietgever door de moedervernootschap voor miskennis van de WKF). Hierbij is het risico echter niet ondenkbeeldig dat dergelijk handelen door de FSMA als onrechtmatige ontwijking van de wet wordt aanzien¹⁰¹.

C. *Ratione temporis*

62. De WKF trad gedeeltelijk in werking op 10 januari 2014 en is (slechts) van toepassing op kredietovereenkomsten gesloten vanaf die datum. Op de suggestie om bepaalde voorschriften, zoals deze met betrekking tot de wederbeleggingsvergoeding, reeds op lopende overeenkomsten toe te passen, werd niet ingegaan¹⁰².

De datum van inwerkingtreding van de overige bepalingen, te weten de artikelen 5, 6, 7, 8 en 11 WKF werd later bij KB vastgelegd op 1 maart 2014¹⁰³.

63. De onderscheiden data houden verband met een gedragscode die in uitvoering van artikel 10 WKF werd gesloten tussen de representatieve KMO-werkgeversorgani-

saties (*i.e.* Unizo en UCM) enerzijds, en de representatieve organisatie van de kredietsector (*i.e.* Febelfin) anderzijds¹⁰⁴. In de gedragscode wordt verder invulling gegeven aan de voornoemde bepalingen, zodat de inwerkingtreding daarvan moest worden uitgesteld tot op het ogenblik dat de gedragscode was uitgewerkt en daaraan door de Koning bindende kracht was verleend. Dit laatste gebeurde door het voornoemde uitvoeringsbesluit, waarbij de datum van inwerkingtreding van de gedragscode evenzeer op 1 maart 2014 werd vastgelegd¹⁰⁵.

D. *Ratione loci*

64. De WKF is *ratione loci* van toepassing zodra is voldaan aan de volgende cumulatieve voorwaarden:

- (1) de kredietovereenkomst is gesloten met een onderneming die in de Europese Economische Ruimte haar vestiging of maatschappelijke zetel heeft;
- (2) de kredietgever:
 - a. ontplooit zijn commerciële of beroepsactiviteiten in België; of
 - b. richt dergelijke activiteiten met ongeacht welke middelen op België of op verscheidene landen, met inbegrip van België; en
- (3) de kredietovereenkomst valt onder de activiteiten van de kredietgever in België¹⁰⁶.

65. Vooreerst is vereist dat de kredietovereenkomst wordt aangegaan met een onderneming die in de Europese Economische Ruimte (EER) haar vestiging of maatschappelijke zetel heeft. De WKF omschrijft het begrip “vestiging” niet nader. Er dient te worden aangenomen dat de vestigingsnotie overeenstemt met deze uit het Europees recht, namelijk het daadwerkelijk nastreven van een economische activiteit door een vaste vestiging voor een onbepaalde periode¹⁰⁷.

66. Voor het overige is het ruimtelijk toepassingsgebied van de WKF duidelijk in belangrijke mate geïnspireerd door de regeling uit artikel 2 WCK (huidig art. VII.2, § 2 WER), dewelke op haar beurt voortbouwt op de verwijzingsregel inzake consumentenovereenkomsten uit artikel 6 Rome I-Verordening¹⁰⁸. Zo vereist de WKF bijvoorbeeld dat een kredietovereenkomst in ieder geval “onder de activiteiten van de kredietgever in België” moet ressorteren opdat de regels zouden kunnen worden toegepast. De *memorie van*

¹⁰¹. Zie m.b.t. de handhaving door de FSMA, *infra*, nr. 128.

¹⁰². Verslag namens de Commissie voor het bedrijfsleven, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 3088/003, p. 15.

¹⁰³. KB van 27 februari 2014 houdende uitvoering van de art. 10, § 1, tweede lid, en 16, derde lid van de wet van 21 december 2013 betreffende diverse bepalingen inzake de financiering voor kleine en middelgrote ondernemingen (BS 4 maart 2013). Hierna “*het uitvoeringsbesluit*”.

¹⁰⁴. Gedragscode van 16 januari 2014 in het kader van de wet van 21 december 2013 betreffende diverse bepalingen inzake de financiering van kleine en middelgrote ondernemingen. Hierna “*de gedragscode*”.

¹⁰⁵. Zie art. 1 van het uitvoeringsbesluit.

¹⁰⁶. Art. 3 WKF.

¹⁰⁷. Zie hierover K. LENAERTS en P. VANHUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen, Intersentia, 753 p.

¹⁰⁸. Zie hierover bv. R. STEENNOT, “Grensoverschrijdende consumentenovereenkomsten” in J. ERAUW en P. TAELEMAN (eds.), *Nieuw internationaal privaatrecht: meer Europees, meer globaal*, Mechelen, Kluwer, 2009, 345.

toelichting verduidelijkt dat dit vereiste beoogt te verhinderen dat buitenlandse KMO's, die geen enkel aanknopingspunt hebben met België de bescherming van de WKF zouden genieten, louter omdat een kredietgever zijn activiteiten mede tot de Belgische markt richt. Aan het vereiste “onder de activiteiten van de kredietgever in België (te) vallen” is echter wel voldaan indien een buitenlandse onderneming gevestigd in de EER een kredietgever die zijn activiteiten in België uitoefent, benadert¹⁰⁹.

67. De minister van Financiën verduidelijkte voorts dat de activiteiten van Belgische kredietinstellingen in de EER – met uitzondering van België – op basis van de vrije dienstverlening in toepassing van Afdeling VII (“Vrij verrichten van bankdiensten in het buitenland”) van de wet van 22 maart 1993 – thans vervangen door de wet van 25 april 2014 op het statuut van en het toezicht op kredietinstellingen – niet beschouwd dienen te worden als Belgische activiteiten van de kredietinstelling in de zin van de wet, ook al worden de kredieten geboekt op de balans van de Belgische kredietinstelling.

3. GEDRAGSREGELS EN INFORMATIE

68. Het eerste luik van de WKF bevat een herformulering van de algemene zorgvuldigheidsplicht en verschillende precontractuele informatie- en adviesverplichtingen voor de kredietgevers respectievelijk kredietbemiddelaars en, in ondergeschikte orde, ondernemingen en stellers van een persoonlijke zekerheid. Deze verplichtingen vertonen duidelijke gelijkenissen met het regime m.b.t. de totstandkoming van kredietovereenkomsten vervat in de WCK (vanaf 1 april 2015 Boek VII WER¹¹⁰). Hieronder wordt nader ingegaan op (i) de zorgvuldigheidsverplichting (art. 4 WKF); (ii) de zgn. “*know your customer*”-verplichting (art. 5 WKF); (iii) de plicht tot het verstrekken van passende schriftelijke toelichting op het moment van de kredietaanvraag (art. 7, § 1 WKF); (iv) het vereiste tot het overhandigen van een kosteloos exemplaar van de ontwerp kredietovereenkomst op verzoek van de kredietnemer alsook een gestandaardiseerd informatiedocument (art. 7, § 2 WKF); (v) de verplichting tot het zoeken, voor de kredietovereenkomsten die gewoonlijk worden aangeboden of waarvoor gewoonlijk wordt bemiddeld, van het best aangepaste krediet, rekening houdend met de financiële toestand van de onderneming op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst en het doel van het krediet (art. 6 WKF) en ten slotte (vi) de informatieverplichting bij kredietweigering (art. 8 WKF).

A. Zorgvuldigheidsverplichting

69. De WKF expliciteert een zgn. loyaliteitsverplichting voor kredietgevers, kredietbemiddelaars én ondernemingen¹¹¹. Artikel 4 WKF verlangt dat voornoemde partijen

zich in hun onderlinge rechtsverhoudingen te goeder trouw en billijk¹¹² gedragen. Artikel 4 WKF stelt voorts dat alle door de partijen verstrekte informatie (1) correct, (2) duidelijk, (3) niet misleidend én (4) volledig dient te zijn. De zorgvuldigheidsverplichting, die zowel in de *precontractuele* als *contractuele fase* speelt, betreft een *middelenverbintenis*¹¹³.

In haar huidige vorm voegt de open norm uit artikel 4 WKF weinig toe aan het gemeen recht, minstens vereist deze nog steeds bijkomende *regulatory guidance*, in het bijzonder daar (a) partijen in de (pre-)contractuele fase o.g.v. het gemeen recht gehouden zijn tot zorgvuldigheid; (b) de WKF niet voorziet in een specifieke burgerrechtelijke sanctie bij miskening van artikel 4 WKF; en (c) de open norm noopt tot analyse van het gemeen recht.

(a) Partijen zijn gemeenrechtelijk gehouden tot zorgvuldig handelen. Dit zowel in de precontractuele als contractuele fase. Artikel 1034, derde lid BW verlangt de goede trouw van partijen in de contractuele sfeer. Onbillijk handelen, het stellen van handelingen ter kwader trouw of nog, het verstrekken van incorrecte en/of onduidelijke en/of misleidende informatie in de precontractuele sfeer kan dan weer kwalificeren als een fout die, mits bewijs van schade en causaal verband tussen fout en schade, aanleiding kan geven tot een onrechtmatige daad *ex* artikelen 1382 *et seq.* BW (zgn. *culpa in contrahendo*).

(b) De WKF voorziet geen burgerrechtelijke sanctie voor de miskening van de zorgvuldigheidsverplichting. De FSMA zal, uitsluitend m.b.t. kredietgevers en kredietbemiddelaars, de niet-naleving van de zorgvuldigheidsverplichting even-

¹⁰⁹. *Memorie van toelichting, Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3088/001, 9.

¹¹⁰. Zie art. 2 koninklijk besluit van 19 april 2014 tot bepaling van de inwerkingtreding van de wet van 19 april 2014 houdende invoeging van Boek VII “Betaling- en kredietdiensten” in het Wetboek van economisch recht, houdende invoeging van de definities eigen aan Boek VII en van de straffen voor de inbreuken op Boek VII, in de Boeken I en XV van het Wetboek van economisch recht en houdende diverse andere bepalingen, en van de wet van 19 april 2014 tot organisatie van de verhaalmiddelen tegen sommige beslissingen van de FSMA genomen met toepassing van Boek VII of van Boek XV van het Wetboek van economisch recht, en tot wijziging van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten (*BS* 28 mei 2014).

¹¹¹. *MvT, Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3088/001, p. 10.

¹¹². De *memorie van toelichting* verduidelijkt dat het begrip “billijk” in zijn “normaal gangbare betekenis, zijnde rechtvaardig en redelijk” dient te worden begrepen met een kruisverwijzing naar het begrip “billijk” zoals ingevoerd onder de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten.

¹¹³. *MvT, Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3088/001, p. 10.

wel administratiefrechtelijk kunnen sanctioneren (zie *infra*, nrs. 128 *et seq.*). Voor burgerrechtelijke remediëring zullen ondernemingen, kredietgevers, of kredietbemiddelaars, geconfronteerd met onzorgvuldig handelen van een partij, zich tot het gemeen recht moeten wenden. Merk voorts op dat de stellers van een persoonlijke zekerheid niet onderworpen zijn aan artikel 4 WKF.

(c) De zorgvuldigheidsverplichting *ex* artikel 4 WKF betreft een zgn. open norm. Mochten de partijen de intentie hebben om een eventuele miskenning van de zorgvuldigheidsverplichting burgerrechtelijk te horen sanctioneren, dienen zij voor de nadere invulling van de gedragsregel en de evaluatie van een eventuele schending, terug te grijpen naar het gemeen recht. Ook de FSMA zou, met het oog op administratiefrechtelijke sanctionering gebaat zijn bij bijkomende *regulatory guidance* m.b.t. de invulling van het zorgvuldigheidsprincipe¹¹⁴. Het valt dan ook te verwachten dat eventueel onzorgvuldig handelen in de precontractuele fase vnl. zal blijken uit miskenning van de nader uitgewerkte, en hierna verder besproken, precontractuele informatie- en adviesverplichtingen vervat in de WKF. Allen vormen immers een verdere concretisering van de zorgvuldigheidsverplichting uit artikel 4 WKF¹¹⁵.

B. De verplichting om informatie in te winnen

70. Artikel 5 WKF bevat een gebod tot het inwinnen, respectievelijk het verstrekken van informatie. Op *de kredietgever en/of de kredietbemiddelaar* rust vooreerst een actieve verplichting om informatie in te winnen bij de onderneming alsook, in voorkomend geval, de steller van een persoonlijke zekerheid. De informatie-inwinningsverplichting is nauw verweven met de op de kredietgever en/of kredietbemiddelaar rustende adviesverplichting uit artikel 6 van de WKF (zie *infra*, nrs. 93 *et seq.*). De *onderneming en/of de steller van persoonlijke zekerheden* zijn verplicht juist en volledig te antwoorden op de vragen van de kredietgever respectievelijk de kredietbemiddelaar. Beide luiken van de informatie-inwinningsverplichting worden hieronder nader besproken.

i. Plicht voor kredietgevers/kredietbemiddelaars om informatie in te winnen

71. Artikel 5 WKF gebiedt de kredietgever, en in voorkomend geval de kredietbemiddelaar, als schuldenaars van de informatie-inwinningsverplichting, informatie in te winnen bij (1) de onderneming die om een kredietovereenkomst verzoekt en, in voorkomend geval, (2) de persoon die een persoonlijke zekerheid stelt. Kredietgevers, respectievelijk kre-

dietbemiddelaars, dienen in het bijzonder de pertinente informatie in te winnen die zij noodzakelijk achten om (1) de haalbaarheid van het beoogde project waarvoor het krediet wordt aangevraagd, alsook (2) de financiële toestand van de onderneming en de terugbetalingsmogelijkheden en de lopende financiële verbintenissen van de onderneming te beoordelen. De informatie-inwinningsverplichting verlangt dat wordt gepeild naar de persoonlijke competentie van de kredietaanvrager: de informatie-inwinning o.g.v. artikel 5 WKF dient de kredietgever inderdaad een beeld te verschaffen over de competenties van de kredietaanvrager om het project waarvoor financiering wordt verzocht tot een goed einde te brengen¹¹⁶.

72. De gedragscode verduidelijkt welke informatie minimaal dient te worden ingewonnen van de onderneming (*cf.* art. 10, § 1, 2° WKF):

- i. de identiteit van de onderneming;
- ii. indien van toepassing, de betreffende groepsstructuur en de aandeelhoudersstructuur;
- iii. activiteit, alsook, indien van toepassing, minimale informatie over de positionering van de onderneming binnen de sector waarin zij actief is;
- iv. actuele (tussentijdse en gedetailleerde) financiële resultaten en het financieel plan;
- v. doel van het krediet;
- vi. bestaande informatie van de kredietrelaties tussen onderneming en kredietgever- wisselwerking tussen beide partijen;
- vii. indien van toepassing, uitstaande financieringen op ondernemings- en groepsniveau (desgevallend bij andere financiële instellingen);
- viii. bestaande persoonlijke en zakelijke zekerheden en beschikbare activa voor zekerheidstelling (binnen en buiten de onderneming);
- ix. indien van toepassing, de negatieve verbintenissen van (*negative pledge*) en andere engagementen die direct of indirect de kredietrelatie kunnen beïnvloeden;
- x. de statuten van de onderneming alsook de wijzigingen die gepubliceerd werden in het *Belgisch Staatsblad*; en
- xi. in voorkomend geval, de sociale balans¹¹⁷.

73. Bovenstaande lijst is niet-exhaustief. De gedragscode verduidelijkt dat de informatie enkel dient te worden ingewonnen door de kredietgever voor zover deze informatie nog niet in zijn bezit is en/of voor zover deze niet beschikbaar is in de Kruispuntbank van Ondernemingen (KBO).

74. De gedragscode specificeert voorts dat de kredietgever, respectievelijk de kredietbemiddelaar, van de *persoonlijke zekerheidsteller* minstens (1) informatie dient in te winnen

¹¹⁴. Over de noodzaak tot een herijkt regime inzake *regulatory guidance* inzake de bescherming van financiële consumenten: zie M. DE MUYNCK, "Zeilen op het Europese kompas: de implementatie van Suitability of Assistance in de wet consumentenkrediet", *TPR* 2012, 843 *et seq.*

¹¹⁵. Y. VAN WASSENHOVE, "Kredietverlening aan KMO's – Nieuw wettelijk kader", *NJW* 2014, 629-630.

¹¹⁶. *MvT, Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3088/001, p. 11.

¹¹⁷. II.8 gedragscode, p. 3.

betreffende zijn identiteit alsook (2) een overzicht van diens vermogenstoestand dient te vragen¹¹⁸.

75. De informatie-inwinning dient te geschieden op het ogenblik van de kredietaanvraag en in ieder geval vooraleer een kredietaanbod wordt gedaan door de kredietgever¹¹⁹. De verplichting om informatie in te winnen geldt o.i. uitsluitend indien de kredietgever of de kredietbemiddelaar zinnens is een kredietovereenkomst af te sluiten met of te bemiddelen voor de onderneming. De bereidheid van de kredietgever om een onderneming krediet te verstrekken zal in praktijk echter veelal afhangen van het resultaat van de informatie-inwinning.

76. De wetgever verduidelijkt niet of de informatie-inwinningsverplichting een inspannings- dan wel een resultaatverbintenis uitmaakt. Het lijkt hierbij van belang een duidelijk onderscheid te maken tussen de verplichting tot het inwinnen van informatie (zonder enig waardeoordeel omtrent het adequate karakter van de informatie-inwinning) enerzijds, en het afdoende vervullen – in hoofde van de kredietgever en desgevallend de kredietbemiddelaar – van de informatie-inwinningsverplichting anderzijds¹²⁰. Waar de plicht tot het inwinnen van informatie zonder enige twijfel een resultaatverbintenis uitmaakt, dient de plicht tot het inwinnen van *adequate* informatie te worden gekwalificeerd als een inspanningsverbintenis. Essentieel bij het onderzoek of de kredietgever of de kredietbemiddelaar voldaan heeft aan de informatie-inwinningsverplichting is evenwel de finaliteit van de op de kredietgever, respectievelijk de kredietbemiddelaar rustende *advies*verplichting (cf. art. 6 WKF (zie *infra*, nrs. 93 *et seq.*)).

77. De WKF verduidelijkt niet of de kredietgever, respectievelijk de kredietbemiddelaar, verplicht is het waarheids-

getrouw karakter van de door de onderneming of steller van een persoonlijke zekerheid verstrekte informatie te verifiëren. Deze vraag is een klassieker in de rechtsleer en de rechtspraak m.b.t. de informatie-inwinningsverplichting uit de WCK¹²¹. Het aanvaarden van een veralgemeende controleplicht dient naar ons oordeel te worden afgewezen, dit zowel vanuit dogmatische overwegingen als vanuit kostenperspectief¹²². De onderneming en/of verstrekker van een persoonlijke zekerheid mag o.i. geen voordeel halen uit het verstrekken van onvolledige of foutieve informatie in strijd met artikel 5 WKF.

78. Anders dan in de wetgeving op het consumentenkrediet¹²³, voorziet de WKF geen expliciete mededelingsverplichting voor kredietbemiddelaars aan de kredietgever m.b.t. de door hen ingewonnen informatie. Een kredietbemiddelaar die onvolledige informatie verstrekt aan een kredietgever zal echter de zorgvuldigheidsverplichting uit artikel 4 WKF miskennen. Artikel 4 WKF is immers eveneens van toepassing in de verhouding tussen een kredietbemiddelaar en een kredietgever en verlangt dat alle door de partijen verstrekte informatie (1) correct, (2) duidelijk, (3) niet misleidend én (4) volledig is.

79. Het *gebod* tot het inwinnen van informatie *ex* artikel 5 WKF, gaat gepaard met een *verbod tot het inwinnen van bepaalde informatie*. Bij het inwinnen van informatie dient inderdaad de anti-discriminatiewetgeving te worden gerespecteerd¹²⁴. De door de kredietgever, respectievelijk kredietbemiddelaar ingewonnen informatie mag geenszins betrekking hebben op: (1) ras; (2) etnische afstamming; (3) seksueel gedrag; (4) gezondheid; (5) overtuigingen of activiteiten op politiek, levensbeschouwelijk of godsdienstig gebied en (6) het lidmaatschap van een vakbond of ziekenfonds¹²⁵.

¹¹⁸. Il.9 gedragscode, p. 3-4.

¹¹⁹. *MvT, Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3088/001, p. 10.

¹²⁰. Deze benadering strookt met de interpretatie van de informatie-inwinning *ex* art. 10 WCK. Zie M. DE MUYNCK, "De totstandkoming van een kredietovereenkomst. Een conceptueel onderzoek naar pretransactionele informatie- en adviesverstrekking onder de wet consumentenkrediet na richtlijn 2008/48 EG inzake consumentenkrediet", Universiteit Gent, juli 2013, 82 en E. VAN DEN HAUTE, "L'information dans les crédits réglementés" in *Cahiers AEDB/EVBFR – Belgium, Les crédits réglementés – Gereguleerde kredieten*, Limal/Antwerpen-Oxford, Anthémis-Intersentia, 2012, 105.

¹²¹. Zie bv. Vred. Kortrijk 28 juni 2005, *Jaarboek Kredietrecht 2005*, 34 en Vred. Gent 6 januari 2005, *RABG 2005*, 345; R. STEENNOT, "Overzicht van de rechtspraak. Consumentenbescherming (2003-2007)", *TPR 2009*, nr. 245 (p. 421) en E. VAN DEN HAUTE, "L'information dans les crédits réglementés" in *Cahiers AEDB/EVBFR – Belgium, Les crédits réglementés – Gereguleerde kredieten*, Limal/Antwerpen-Oxford, Anthémis-Intersentia, 2012, 102. Van een controleplicht zal volgens de rechtspraak veelal maar sprake zijn indien de kredietgever of de kredietbemiddelaar weet heeft van het foutieve karakter van de door de consument verstrekte informatie of hier weet had van moeten hebben. In de rechtsleer gaat men er van uit dat bovenstaande stelregel impliceert dat de kredietgever zich rechtmatig kan beperken tot een controle van de informatie die op een eenvoudige manier kan worden nagegaan (bv. aan de hand van informatie die reeds in het bezit van de kredietgever of kredietbemiddelaar is).

¹²². In de context van het consumentenkrediet kan in dit licht ook worden verwezen naar het *Consumer Finance*-arrest van het Hof van Justitie van 18 december 2014 (zaak C-449/13). Het Hof van Justitie oordeelde in dit arrest immers dat de richtlijn consumentenkrediet (richtlijn nr. 2008/48 EG) de kredietgevers niet de verplichting oplegt om de waarachtigheid van de door de consument verstrekte informatie systematisch te controleren.

¹²³. Zie art. 64, § 2 WCK. De bepaling tracht te vermijden dat kredietbemiddelaars een kredietaanvraag opsplitsen met als gevolg het sluiten van meerdere kredietovereenkomsten voor een kleiner bedrag. Zie *MvT* bij het ontwerp van wet op het consumentenkrediet, *Parl.St.*, nr. 916-1 (1989-1990), 28 maart 1990, 38.

¹²⁴. Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie en de wet tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden (*BS 30 mei 2007*).

¹²⁵. *MvT, Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3088/001, p. 11. De lijst van verboden in te winnen informatie is geïnspireerd op art. 6 van de conventie van de Raad van Europa voor de bescherming van de personen tegen geautomatiseerde behandeling van persoonlijke gegevens.

M.b.t. natuurlijke personen kredietnemers dienen kredietgevers voorts de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens¹²⁶ in acht te nemen.

ii. Verplichting voor ondernemingen/stellers van een persoonlijke zekerheid tot het verstrekken van informatie

80. Met deze informatieverstrekking vervult de onderneming, respectievelijk de steller van een persoonlijke zekerheid, haar deel van de wederzijdse informatieplicht voorafgaand aan het sluiten van de kredietovereenkomst. De onderneming zal, onder meer ook gelet op de op haar rustende zorgvuldigheidsverplichting uit artikel 4 WKF, hier- toe soms inlichtingen moeten verstrekken die verder reiken dan het zuiver beantwoorden van de door de kredietgever of de kredietbemiddelaar gestelde vragen. Dit principe, gesteund op de goede trouw, wordt door de rechtsleer en rechtspraak vandaag bevestigd m.b.t. de informatie-inwinningsverplichting inzake consumentenkrediet (art. 10 WCK, vanaf 1 april 2015 art. VII.69 WER)¹²⁷. Opmerkelijk is echter dat de WKF geen sanctie voorziet voor miskennen van de informatieverplichting door de onderneming. De onderneming zal in dit geval alleszins artikel 4 WKF, en in het bijzonder het vereiste dat de verstrekte informatie (1) correct, (2) duidelijk, (3) niet misleidend én (4) volledig dient te zijn, miskennen. Een onderneming die onjuiste of onvolledige informatie verstrekt, stelt zich bloot aan aquiliaanse aansprakelijkheid.

C. Toelichtingsverplichting

81. In overeenstemming met artikel 7, § 1 WKF, dient de kredietgever of kredietbemiddelaar de onderneming *passende toelichting* te verstrekken. De toelichting dient schriftelijk te worden verstrekt. Ze omvat minstens de belangrijkste kenmerken van de voor de onderneming relevante kredietvormen en de specifieke gevolgen hieraan verbonden voor de onderneming. De toelichtingsverplichting moet de onderneming toelaten zich een beeld te vormen van de verschillende kredietvormen die door de kredietgever voor ondernemers worden aangeboden¹²⁸.

82. De inhoud en vorm van de toelichting is eerder algemeen van aard¹²⁹ en wordt nader verduidelijkt in de gedrags-

code (cf. art. 10, § 1, 1° WKF). De gedragscode geeft inderdaad aan dat de toelichting algemeen van aard dient te zijn “daar zij bij de kredietaanvraag wordt verstrekt zonder volledige dossierstudie”¹³⁰. Voor het verstrekken van de toelichting kunnen de kredietgevers en kredietbemiddelaars gebruik maken van een type-document voor elke kredietvorm die zij aanbieden¹³¹. Het type-document bevat de volgende informatie:

- i. de kredietvorm (bv. kaskrediet, *straight loan*, investeringskrediet, roll-over, ...);
- ii. algemene kenmerken en modaliteiten van de betreffende kredietvorm;
- iii. beschikbare looptijden (bepaalde of onbepaalde duur);
- iv. mogelijkheid tot vervroegde terugbetaling;
- v. mogelijke kosten;
- vi. typevoorbeeld(en) waarvoor de beschreven kredietvorm wordt gebruikt;
- vii. een weblink die verwijst naar mogelijke overheidsmaatregelen voor de KMO;
- viii. naam en adres van de bevoegde instantie aangewezen in de bemiddeling in bank- en beleggingsdiensten en de distributie van financiële instrumenten.

83. Anders dan de overeenkomstig artikel 5 WKF in te winnen informatie zoals voorzien in de gedragscode (zie *supra*, nr. 85), lijken de opstellers van de Gedragscode met deze lijst wel exhaustiviteit te hebben willen nastreven. Niettemin belet uiteraard niets dat het type-document nog bijkomende nuttig geachte gegevens bevat.

84. Het type-document kan volgens de gedragscode worden verstrekt op elektronische wijze of op papier¹³². Uit de notie “elektronische wijze” valt af te leiden dat het gebruik van een duurzame drager niet noodzakelijk is. De kredietgever of de kredietbemiddelaar zou de onderneming bijgevolg ook via een website van toelichting kunnen voorzien. Op de kredietgever of kredietbemiddelaar blijft in dat geval evenwel de verplichting rusten om de onderneming op het ogenblik van de kredietaanvraag uitdrukkelijk op de beschikbaarheid van deze informatie te wijzen. De WKF verlangt immers dat de toelichting wordt “verstrekt”.

85. Artikel 7, § 1 WKF bepaalt dat de kredietgever, en in voorkomend geval de kredietbemiddelaar, toelichting dient te verstrekken aan de onderneming. De taakverdeling tussen kredietgever en -bemiddelaar is niet geëxpliciteerd in de WKF. Essentieel is dat de onderneming de toelichting ont-

¹²⁶. BS 18 maart 1993.

¹²⁷. Zie *MvT* bij het wetsontwerp van 10 maart 2010 tot wijziging van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet, *Parl.St.* Doc. 52-2468/001, 37. Zie ook C. BIQUET-MATHIEU, “Aperçu de la loi relative au crédit à la consommation après la réforme du 24 mars 2003” in *Chronique de droit à l’usage des juges de paix et de la police*, cahier, 2004, nr. 60.

¹²⁸. *MvT, Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3088/001, p. 12.

¹²⁹. *MvT, Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3088/001, p. 12.

¹³⁰. I.A2 gedragscode, p. 1.

¹³¹. I.A3 gedragscode, p. 1.

¹³². I.A3 gedragscode, p. 1.

vangt met het oog op een geïnformeerde kredietbeslissing. Het lijkt o.i. bijgevolg voldoende dat slechts één van de twee voornoemde partijen toelichting verstrekt. Onduidelijk is of de kredietgever toezicht dient uit te oefenen op de verstrekking van de toelichting door de kredietbemiddelaar. In praktijk zal een contractuele regeling tussen de kredietgever en de kredietbemiddelaar de onderlinge verantwoordelijkheden nader preciseren. Deze regeling bindt de onderneming als informatieschuldeiser niet¹³³. Ze heeft geen invloed op de verantwoordelijkheden ten aanzien van de onderneming die voortvloeien uit de WKF.

86. Het verstrekken van de schriftelijke toelichting (zonder oordeel over het al dan niet adequate karakter) maakt o.i. een resultaatsverbintenis uit. Het verstrekken van *passende* toelichting betreft o.i. dan weer een inspanningsverbintenis. M.b.t. de naleving van artikel 7, § 1 WKF lijkt overigens, bij gebrek aan een afwijkende bepaling, onverkort de klassieke bewijslastverdeling te moeten worden toegepast. Dit impliceert dat een onderneming die zich op de (niet-)nakoming van de toelichtingsverplichting door de kredietgever of de kredietbemiddelaar beroept, dit in principe moet bewijzen (zie art. 870 Ger.W. en art. 1315 BW). *In concreto* zal een samenwerking tussen de partijen op bewijsvlak omtrent dit punt evenwel veelal noodzakelijk zijn. Voorts kan in dit verband ook worden gewezen op de verplichtingen die aan kredietgevers en -bemiddelaars worden opgelegd door de bepalingen inzake administratieve handhaving van de WKF-voorschriften door de FSMA (zie art. 15, derde en vierde lid WKF en daaromtrent *infra*, nr. 129).

87. De toelichting dient te worden verstrekt op het moment van de kredietaanvraag. De toelichtingsverplichting is echter niet van toepassing indien de kredietgever ten tijde van het verzoek reeds niet zinnens is een kredietovereenkomst met de onderneming aan te gaan (art. 7, § 3 WKF).

D. Overhandiging exemplaar van de kredietovereenkomst en een gestandaardiseerd informatiedocument

88. In overeenstemming met artikel 7, § 2 WKF dient op het moment van het kredietaanbod en vooraleer de kredietovereenkomst door de onderneming wordt ondertekend¹³⁴, op verzoek en kosteloos, aan de onderneming een exemplaar van de ontwerp kredietovereenkomst te worden verstrekt. Bij de ontwerp kredietovereenkomst wordt, op dezelfde drager, een summier informatiedocument gevoegd. Het summier informatiedocument beoogt de onderneming toe te laten de

belangrijkste bepalingen van de kredietovereenkomst te analyseren zonder dat een beroep op gespecialiseerde derden (bv. een advocaat) nog noodzakelijk zou zijn¹³⁵. Dat beiden op dezelfde “drager” aan de kredietnemer moeten worden bezorgd, betekent dat de loutere verwijzing naar een website in deze, anders dan voor de toelichting (art. 7, § 1 WKF), niet kan volstaan. In lijn met de invulling die in het consumentenrecht aan het concept “duurzame gegevensdrager” wordt gegeven, mag worden aangenomen dat een verzending per e-mail echter wel kan¹³⁶.

89. De inhoud van het summier informatiedocument wordt nader gespecificeerd door de gedragscode (art. 10, § 1, 1^o WKF). Het summier informatiedocument bevat minstens de volgende informatie:

- i. identiteit en contactgegevens van de kredietgever(s);
- ii. soort krediet, zijnde de (commerciële) benaming zoals gebruikt in de toelichting en de belangrijkste kenmerken van de betreffende kredietsoort;
- iii. looptijd van de overeenkomst;
- iv. kredietbedrag;
- v. rentevoet (incl. belangrijkste voorwaarden, mogelijkheid tot wijziging, enz.);
- vi. alle gebruikelijke kosten m.b.t. het aangaan en de normale uitvoering van een kredietcontract die door de kredietgever kunnen worden aangerekend en aan hem moeten worden betaald: reserveringscommissie, dossierkosten, ... Hierin zijn hoe dan ook niet opgenomen kosten verbonden aan de wijziging/opzeg van het krediet, mogelijke andere kosten die worden aangerekend door derden bijvoorbeeld registratierechten in het kader van het vestigen van een waarborg, ...;
- vii. terbeschikkingstelling;
- viii. vergoeding verschuldigd bij vervroegde terugbetaling;
- ix. in voorkomend geval, een opsomming van alle (persoonlijke en zakelijke) zekerheden (soort en bedrag) die bijkomend gevraagd worden n.a.v. het kredietaanbod dat het summier informatiedocument vergezelt (met inbegrip van overheidswaarborgen); en
- x. gestanddoeningstermijn, *i.e.* de periode waarvoor de in het document opgenomen informatie geldig is.

90. Bovenstaande informatie is niet exhaustief. De WKF of de gedragscode voorzien bovendien niet in een vormelijke standaardisatie van de informatie: de lay-out van het summier informatiedocument is vrij. Kredietgevers of kredietbemiddelaars kunnen aldus overgaan tot het verplaatsen van de diverse rubrieken. Dit kan de vooropgestelde vergelijkbaarheid voor ondernemingen van de informatiedocumenten van diverse kredietgevers aanzienlijk bemoeilijken. In overeen-

¹³³. De regeling betreft immers een *res inter alios acta* tussen de kredietgever enerzijds en de kredietbemiddelaar anderzijds.

¹³⁴. *MvT, Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3088/001, p. 13.

¹³⁵. *MvT, Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3088/001, p. 13.

¹³⁶. Zie bv. art. 1.8, 19^o WER: “*duurzame gegevensdrager: ieder hulpmiddel dat de consument of de onderneming in staat stelt om persoonlijk aan hem gerichte informatie op te slaan op een wijze die deze informatie toegankelijk maakt voor toekomstig gebruik gedurende een periode die is aangepast aan het doel waarvoor de informatie is bestemd, en die een ongewijzigde weergave van de opgeslagen informatie mogelijk maakt*”.

stemming met artikel 4 WKF dient de verstrekte informatie echter wel (1) correct, (2) duidelijk, (3) niet misleidend en (4) volledig te zijn.

91. De plicht tot het overhandigen van een kredietovereenkomst en een gestandaardiseerd informatiedocument is (uiteraard) niet van toepassing indien de kredietgever ten tijde van het verzoek reeds niet zinnens is een kredietovereenkomst met de onderneming aan te gaan (art. 7, § 3 WKF). Hoewel niet uitdrukkelijk in de wet ingeschreven, geldt de verplichting logischerwijs evenmin wanneer de kredietgever besluit geen kredietaanbod te doen. In dat geval voorziet de WKF immers in een specifieke informatieverplichting met betrekking tot de kredietweigering (*cf. infra*, nr. 100).

92. Hoewel gestandaardiseerde informatie zeker waardevoller is dan niet-gestandaardiseerde precontractuele informatie, valt te betwijfelen of de door de WKF voorziene precontractuele informatieverstreking een voldoende middel is om informatieasymmetriën in hoofde van de onderneming m.b.t. de kredietovereenkomst weg te werken. De transactiekosten van de onderneming, en in het bijzonder de kosten om de informatie te verwerken en toe te passen (zgn. “*processing costs*”) blijven hoog. De idee dat de ondernemer geen behoefte heeft aan gespecialiseerde bijstand van een externe adviseur voor het aangaan van een krediet voor een significant bedrag lijkt ons in deze context een gevaarlijke premisse. De hierna te behandelen adviesverplichting uit artikel 6 WKF vormt evenwel een belangrijke – en terechte – nuancering van de gedachte dat loutere informatieverstreking in de precontractuele fase zou volstaan met het oog op het wegwerken van de informatieasymmetrie tussen kredietgevers en KMO-kredietnemers.

E. Adviesverplichting

93. Artikel 6 van de WKF gebiedt de kredietgever en, in voorkomend geval de kredietbemiddelaar om, onder de kredietovereenkomsten die zij gewoonlijk aanbieden of waarvoor zij gewoonlijk bemiddelen, het krediet te zoeken dat qua soort het best is aangepast, daarbij rekening houdend met:

- (1) de financiële toestand van de onderneming op het ogenblik van het sluiten van de kredietovereenkomst; en
- (2) het doel van het krediet.

94. Artikel 6 van de WKF incorporeert, na de informatie-inwinning *ex* artikel 5 WKF, het tweede luik van de micro-economische analyse van de financiële toestand van de kan-

didat-kredietnemer. De zgn. *suitability* verplichting gaat significant verder dan het informeren van de onderneming of het waarschuwen betreffende de potentiële impact van een kredietbeslissing. Ze steunt op de idee dat de kredietgever als “vakman” de kredietkeuze van de onderneming dient te sturen. De bepaling beoogt de verstrekking van ongepaste kredietvormen te beteugelen¹³⁷. De adviesplicht tracht zo onder meer de ongelijke onderhandelingspositie van ondernemingen t.a.v. kredietgevers te remediëren. De kredietgever zou, als gevolg van de adviesplicht, zijn sterkere onderhandelingspositie (onder meer als gevolg van een informatieoverwicht) bijvoorbeeld niet kunnen misbruiken door ondernemingen een ongepaste kredietvorm aan te bevelen.

95. Onder de gewoonlijk aangeboden kredieten, dient de kredietgever op zoek te gaan naar de meest geschikte kredietvorm. Hij zal bijvoorbeeld dienen aan te geven dat een lening op interest meer aangewezen is dan een kaskrediet voor de specifieke kredietbehoefte van de onderneming¹³⁸.

96. De plicht tot het zoeken van het best aangepaste krediet beperkt zich tot de *kredietovereenkomsten die gewoonlijk worden aangeboden door de kredietgever, of waarvoor gewoonlijk wordt bemiddeld door de kredietbemiddelaar*. Artikel 6 WKF impliceert bijgevolg geen verplichting voor de kredietgever of de kredietbemiddelaar tot het afspeuren van de volledige kredietmarkt, hij kan zich beperken tot de “eigen winkel” en daarbinnen het meest geschikte krediet aanbieden.

Deze situatie valt te onderscheiden van deze waarin de kredietgever na het inwinnen van de nodige informatie zoals vooropgesteld door artikel 5 WKF tot het besluit komt dat het voorgestelde project op basis van de door de betrokken kredietgever aangeboden kredietvormen redelijkerwijs niet te financieren valt. Bijvoorbeeld omdat de kredietgever van oordeel is dat de kredietnemer niet over de nodige competenties beschikt m.b.t. aangeboden kredietvormen of omdat hij van oordeel is dat de onderneming niet in staat zal zijn het krediet terug te betalen. Anders dan wat in het kader van het consumentenkrediet het geval is (art. 15, tweede lid WCK; thans VII.77, § 2 WER), voorziet de WKF in deze omstandigheden niet uitdrukkelijk in een onthoudingsplicht voor de kredietgever. Bijgevolg moet zonder meer toepassing worden gemaakt van het gemeen recht inzake de aansprakelijkheid van de kredietverlener¹³⁹.

97. Wat de WKF in artikel 11 echter wél bevat is een specifieke sanctie voor het geval een kredietgever, of in voorkomend geval een kredietbemiddelaar, zijn adviesverplichting niet heeft nageleefd. In dat geval kan de rechter immers,

^{137.} *MvT, Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3088/001, p. 21.

^{138.} *MvT, Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3088/001, p. 12.

^{139.} Zie voor een recent overzicht bv. D. BLOMMAERT en C. ALTER, “La responsabilité du banquier dispensateur de crédit. Principes généraux et premier commentaire de la loi relative au financement des P.M.E.” in F. ROZENBERG (ed.), *Les responsabilités en matière commerciale. Actualités et perspectives*, Brussel, Anthémis, 2014, 62-87.

onverminderd de gemeenrechtelijke gevolgen, de kosteloze omzetting van het krediet bevelen naar een *kredietvorm* die qua soort beter is aangepast, rekening houdend met de financiële toestand van de onderneming op het ogenblik van het sluiten van de kredietovereenkomst en met het doel van het krediet. Rechters moeten zich hierbij hoeden voor een *a posteriori*-beoordeling. De notie “kan” duidt aan dat de rechtbank de mogelijkheid doch niet de verplichting heeft deze sanctie toe te passen. De rechter beschikt hier over een ruime appreciatiemarge¹⁴⁰.

98. De gebeurlijke omzetting heeft slechts uitwerking vanaf de datum van de beslissing van de rechtbank en wordt niet beschouwd als een schuldhernieuwning. Dit impliceert dat artikel 1278 BW geen toepassing vindt en dat de bestaande waarborgen en zekerheden behouden blijven (art. 11, tweede lid WKF).

De onderneming mag zich bij het inroepen van artikel 11 WKF uiteraard niet schuldig maken aan rechtsmisbruik. Dit zou volgens de *memorie van toelichting* bijvoorbeeld het geval kunnen zijn indien een onderneming zich op artikel 11 WKF beroept om de gedwongen uitwinning bij wanprestatie te verhinderen¹⁴¹.

De termijn waarbinnen de rechtbank kan overgaan tot het uitspreken van de sanctie uit artikel 11 WKF hangt luidens de *memorie van toelichting* samen met de verjaringstermijn voor het instellen van een vordering wegens onrechtmatige daad¹⁴². In overeenstemming met artikel 2262bis, § 1, tweede en derde lid BW verjaren alle rechtsvorderingen tot vergoeding van schade op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid door verloop van 5 jaar vanaf de dag volgend op die waarop de benadeelde kennis heeft gekregen van de schade of van de verzwaring ervan en van de identiteit van de daarvoor aansprakelijke persoon. Deze vorderingen verjaren in ieder geval door het verloop van 20 jaar vanaf de dag volgend op die waarop het feit waardoor de schade is veroorzaakt, zich heeft voorgedaan¹⁴³.

Niettegenstaande artikel 11 WKF uitsluitend voorziet in de aanpassing van de *kredietvorm*, stelt de *memorie van toelichting* voorts dat de rechter kan bevelen dat: (1) de duur van het krediet (zowel een verlenging of een verkorting) of (2) de rentevoet (variabel vs. vast) worden aangepast¹⁴⁴. Op die manier wordt bijzonder veel ruimte aan de rechtbanken gegeven die zich in deze context evenwel zullen moeten hoeden voor *a posteriori*-beoordelingen (zgn. “*hindsight bias*”).

99. Belangrijk is ten slotte op te merken dat de sancties onder artikel 11 WKF (als *lex specialis*) er niet aan in de weg staan dat een onderneming een gemeenrechtelijke vordering instelt tegen een kredietgever of een kredietbemiddelaar. Een onderneming zou zich zo, in geval van miskennen van de WKF door een kredietgever of kredietbemiddelaar, onder meer kunnen beroepen op *culpa in contrahendo* of nietigheid van de kredietovereenkomst (bv. n.a.v. een verschoonbare dwaling)¹⁴⁵.

F. Informatieverstrekking bij kredietweigering

100. Ingeval een krediet wordt geweigerd dienen de kredietgever, of in voorkomend geval de kredietbemiddelaar, de onderneming in kennis te stellen van de belangrijkste elementen waarop deze weigering is gebaseerd of die de risico-inschatting hebben beïnvloed. De inhoud van de kennisgeving bij kredietweigering wordt nader gespecificeerd door de gedragscode (zie ook art. 10, § 1, 4° WKF). De kennisgeving *kan* de volgende informatie bevatten:

- i. onvoldoende informatie en documentatie met betrekking tot:
 - a. de financiële toestand van de onderneming;
 - b. over het project en in het bijzonder de slaagkansen;
 - c. terugbetalingscapaciteit;
- ii. negatieve informatie in de Kredietcentrale voor Ondernemingen of bij een leverancier van handelsinformatie;
- iii. gebrek aan beschikbare (persoonlijke of zakelijke) zekerheden, eigen inbreng in het project en/of onvoldoende eigen vermogen in algemene zin;
- iv. weet van betalingsachterstand (overheid/krediet/derden);
- v. ingebrekestellingen in andere kredietovereenkomsten bij de kredietgever of bij andere bestaande kredietgevers;
- vi. in het algemeen, een onvoldoende overtuigende financiële positie of een onvoldoende overtuigend business- of financieel plan van de onderneming om het gevraagde krediet te rechtvaardigen;
- vii. past niet binnen het beleid van de kredietgever;
- viii. historiek van de onderneming of haar vertegenwoordigers;
- ix. het beleid en het bestuur van de onderneming;
- x. het gebrek aan gepaste opleiding, ervaring of bekwaamheid binnen de onderneming¹⁴⁶.

¹⁴⁰. Zie ook *MvT, Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3088/001, p. 21.

¹⁴¹. Zie *MvT, Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3088/001, p. 21.

¹⁴². Zie *MvT, Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3088/001, p. 21.

¹⁴³. Zie *MvT, Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3088/001, p. 21.

¹⁴⁴. Zie *MvT, Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3088/001, p. 21.

¹⁴⁵. Zie *MvT, Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3088/001, p. 21.

¹⁴⁶. IV.15 gedragscode, p. 5.

101. De *memorie van toelichting* specificceert dat deze verplichting pragmatisch dient te worden opgevat en voldoende soepelheid inzake de informatieverstrekking toelaat¹⁴⁷. De gedragscode bepaalt voorts dat deze informatie slechts verstrekt wordt indien deze uitdrukkelijk wordt gevraagd door de onderneming én dit binnen 6 maanden na de kredietaanvraag¹⁴⁸. Hoewel ze niet onredelijk zijn, vinden deze begrenzungen van de wettelijke verplichting o.i. evenwel geen steun in de wettekst en/of de delegatie aan de opstellers van de gedragscode vervat in artikel 10, § 1, 4° WKF, zodat ten aanzien daarvan uitdrukkelijk voorbehoud moet worden geformuleerd.

Wel is het zo dat de kennisgeving zowel schriftelijk als mondeling kan gebeuren en in essentie beperkt mag blijven tot “de belangrijkste elementen” waarop de weigeringsbeslissing is gebaseerd. Slechts wanneer de onderneming daarom

verzoekt, *moet* een schriftelijke verduidelijking van de mondelinge kennisgeving worden gegeven.

In ieder geval dient iedere kennisgeving inzake kredietweigeren te geschieden op een transparante wijze en in voor de onderneming verstaanbare bewoordingen.

102. Artikel 8 WKF verduidelijkt ten slotte dat de informatieverplichting bij kredietweigeren geen afbreuk doet aan de contractuele vrijheid van de kredietgever en evenmin een recht op krediet in het leven roept voor de onderneming. Dit betekent met andere woorden dat een kredietgever principieel het recht behoudt om een kredietaanvraag te weigeren ook al heeft de betrokken onderneming de problemen weggerukt die werden opgegeven ter verantwoording van de weigeren van een eerdere kredietaanvraag. Hoogstens kan dit een ongeoorloofde contractweigeren in de zin van het gemeen recht uitmaken¹⁴⁹.

4. VERVROEGDE TERUGBETALING

A. Situering

i. Artikel 1907bis BW

103. Verschillende omstandigheden kunnen een kredietnemer ertoe brengen een krediet geheel of gedeeltelijk voor de contractueel voorziene vervaldag, en dus vervroegd, terug te betalen. Er kan een feitelijke wijziging optreden in de financieringsbehoeften van een onderneming, bijvoorbeeld door het wegvallen van bepaalde projecten en/of het afstoten van bepaalde activiteiten. Daarnaast kan echter ook de beschikbaarheid van betere financieringsmogelijkheden een kredietnemer tot een vervroegde terugbetaling aanzetten. Daarbij valt in eerste instantie te denken aan de herfinanciering van het krediet bij een andere kredietgever, veelal na een daling van de markttrent. Dit laatste is de voorbije jaren vaak aan de orde geweest. Ook andere scenario's in die zin zijn echter denkbaar. Zo kan een onderneming na verloop van tijd bijvoorbeeld vaststellen dat ze zichzelf voordeliger kan financieren op de obligatiemarkt of door haar toevlucht te nemen tot de eerder in deze bijdrage besproken alternatieve financieringsschema's (cf. *supra*, nrs. 13 *et seq.*). Voorts is een vervroegde terugbetaling aan de orde in geval van wanbetaling, nu deze in principe tot de vervroegde opeisbaarheid van het krediet aanleiding zal geven.

104. Tot voor de inwerkingtreding van de WKF moest op

het vlak van vervroegde terugbetaling een strikt onderscheid worden gemaakt tussen de zogenaamde niet-gereguleerde kredieten enerzijds en de gereguleerde kredieten anderzijds. Deze laatste groep omvatte in het bijzonder de kredieten verleend onder toepassing van de WCK en de WHK. De groep van niet-gereguleerde kredieten kwam *grosso modo* overeen met de kredieten die thans onder het toepassingsgebied van de WKF vallen, *i.e.* de kredieten aan ondernemingen. Waar voor de gereguleerde kredieten een principieel recht op vervroegde terugbetaling in hoofde van de kredietnemer werd gecreëerd, bestond een gelijkaardig recht niet voor de niet-gereguleerde kredieten. De tijdsbepaling in het kader van kredietovereenkomsten wordt geacht in het voordeel van de kredietnemer én de kredietgever te zijn bedongen¹⁵⁰, zodat de kredietnemer niet vrijwillig vroegtijdig kan presteren¹⁵¹.

De vervroegde terugbetaling en de gevolgen daarvan waren bij de niet-gereguleerde kredietovereenkomsten aldus in beginsel aan de contractuele vrijheid overgelaten, hetzij door op voorhand in een contractuele mogelijkheid te voorzien om vervroegd terug te betalen (en in de gevolgen daarvan), hetzij door naderhand van de suppletieve bepalingen inzake de tijdsbepaling uit het Burgerlijk Wetboek af te wijken. Reeds sinds de jaren 1930 is deze vrijheid evenwel niet meer absoluut en dient, wanneer een vervroegde terugbetaling wordt toegestaan, rekening te worden gehouden met het bepaalde in artikel 1907bis BW¹⁵²: “*Bij gehele of gedeelte-*

^{147.} Zie *MvT, Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3088/001, p. 13.

^{148.} IV.15 gedragscode, p. 5.

^{149.} Zie daaromtrent bv. R. STEENNOT m.m.v. S. DEJONGHE, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 60-63.

^{150.} Zie grondlegend: Cass. 7 juni 1900, *Pas.* 1900, I, p. 289.

^{151.} Zie art. 1186 en 1187 BW.

^{152.} Ingevoegd door art. 2 van de wet van 27 juli 1934 (*BS* 29 juli 1934).

lijke 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.” Deze gedeeltelijke inperking van de contractvrijheid op het vlak van de vervoegde terugbetaling van bepaalde niet-gereguleerde kredieten, heeft de voorbije decennia voor een waar kluwen van discussies en twistpunten in rechtsleer en rechtspraak gezorgd. Het is deze situatie die er de wetgever – terecht – mede heeft toegebracht om bepaalde aspecten, zoals de vervoegde terugbetaling, van de tot dusver niet-gereguleerde kredieten voortaan uitdrukkelijk te gaan regelen.

105. Na de inwerkingtreding van de WKF zijn de discussies uit het verleden m.b.t. de toepassing van artikel 1907bis BW tot op zekere hoogte zonder voorwerp geworden. Daarom wordt hierna volstaan met het schetsen van de contouren daarvan. Niettemin mag niet uit het oog worden verloren dat de bepalingen van de WKF slechts kunnen worden toegepast ten aanzien van kredietovereenkomsten die *na 10 januari 2014* werden gesloten. Een suggestie in dat verband tijdens de Commissiebesprekingen om de regels inzake vervoegde terugbetaling ook van toepassing te verklaren op reeds lopende kredietovereenkomsten, werd van de hand gewezen¹⁵³. Voorts moet worden opgemerkt dat artikel 1907bis BW, hoewel met een veel beperktere betekenis, als dusdanig ook na de inwerkingtreding van de WKF blijft voortbestaan.

ii. Twistpunten

106. De twee voornaamste determinanten van de uiteenlopende discussies in rechtsleer en rechtspraak waren (1) het beperkte toepassingsgebied van artikel 1907bis BW en (2) de vaststelling dat kredietverleners steeds vaker – voorna-

melijk sinds de jaren 1990¹⁵⁴ – de grenzen van deze beperkingen gingen opzoeken. Meer concreet werd getracht om (1) kredietovereenkomsten maximaal de vorm te geven van een kredietopening of minstens zo te benoemen zodat zij niet als lening op interest zouden worden beschouwd en (2) de vergoeding bij de vervoegde terugbetaling te differentiëren van de door artikel 1907bis BW geviseerde wederbeleggingsvergoeding.

107. Het *toepassingsgebied van artikel 1907bis BW* is beperkt tot leningen op interest. In het kader van kredietopeningen moest in het verleden aldus geen rekening worden gehouden met de beperking van de wederbeleggingsvergoeding tot 6 maanden interest. Wanneer een krediet evenwel slechts formeel als kredietopening wordt benoemd, doch in werkelijkheid alle kenmerken van een lening op interest vertoont, bestaat er weinig discussie over¹⁵⁵ dat deze overeenkomst als een lening op interest moet worden ge(her)kwalificeerd¹⁵⁶, zodat het bepaalde in artikel 1907bis BW toch van toepassing is. Wat betreft de determinanten om een kredietovereenkomst als lening op interest, dan wel als kredietopening te kwalificeren, kan in hoofdzaak worden verwezen naar de (1) al dan niet wederopneembaarheid van het krediet (*cf.* de lening als een eenzijdig contract), (2) volledige terbeschikkingstelling van het kapitaal in één keer (*cf.* de lening als zakelijk contract) en (3) terugbetaling volgens een op voorhand vastgelegd schema^{157,158}. Dat artikel 1907bis BW een belangrijk onderscheid creëert tussen de kredietnemer die een lening op interest aangaat enerzijds en diegene die een overeenkomst van kredietopening sluit anderzijds, vormt volgens het Grondwettelijk Hof als dusdanig geen schending van het gelijkheidsbeginsel¹⁵⁹.

Hoewel bovenstaande principes vrij helder lijken, blijken zich toch nogal wat problemen voor te doen bij de toepassing ervan, in het bijzonder ten aanzien van kredieten die zich in de schemerzone bevinden tussen wat overduidelijk een

^{153.} Verslag namens de Commissie voor het bedrijfsleven, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 3088/003, p. 15.

^{154.} D. VERHAEGEN en D. PURNAL, “De vervoegde terugbetaling van commerciële kredieten: de ‘funding loss’-vergoeding revisited” in J. CATTARUZZA, W. KUPERS en I. PEETERS (eds.), *Liber amicorum Achilles Cuypers*, Brussel, Larcier, 2009, 320.

^{155.} Met uitzondering van de door sommigen verdedigde, doch terecht algemeen verworpen, stelling dat de regel uit art. 1907bis BW slechts zou kunnen worden toegepast op overeenkomsten tussen particulieren; zie in het bijzonder Rb. Brussel 11 december 2006, *TBBR* 2007, 632, noot C. BIQUET-MATHIEU; zie verder ook D. VERHAEGEN en D. PURNAL, “De vervoegde terugbetaling van commerciële kredieten: de ‘funding loss’-vergoeding revisited” in J. CATTARUZZA, W. KUPERS en I. PEETERS (eds.), *Liber amicorum Achilles Cuypers*, Brussel, Larcier, 2009, 320.

^{156.} Zie in het bijzonder Cass. 27 oktober 2011, *Bank Fin.R.* 2014, 42; Cass. 24 juni 2013, *Bank Fin.R.* 2014, 46; Brussel 25 november 2009, *Bank Fin.R.* 2014, 43; Brussel 2 maart 2012, *Bank Fin.R.* 2014, 47; Brussel 27 september 2012, *Bank Fin.R.* 2014, 53.

^{157.} Zie in dit verband o.m. Brussel 15 september 2009, *Bank Fin.R.* 2011, 60, noot M. DE MUYNCK en M. DE POTTER DE TEN BROECK; D. VERHAEGEN en D. PURNAL, “De vervoegde terugbetaling van commerciële kredieten: de ‘funding loss’-vergoeding revisited” in J. CATTARUZZA, W. KUPERS en I. PEETERS (eds.), *Liber amicorum Achilles Cuypers*, Brussel, Larcier, 2009, 321 *et seq.*; B. DU LAING, “Geldlening en kredietopening”, *RW* 2004-05, 961-971; M. WEINBERGER, “Funding loss... in translation”, *Bank Fin.R.* 2014, 20 *et seq.*

^{158.} Zie voor een interessant overzicht van de kritiek die wordt geleverd op sommige van de traditioneel bij de herkwalificatie als doorslaggevend aangekeurde factoren: D. BLOMMAERT en J. VANNEROM, “De geldlening op interest en de niet-wederopneembare kredietopening: verwant of toch verschillend? Mijmeringen bij het standpunt van het Grondwettelijk Hof” in E. VAN DEN HAUTE (ed.), *Liber Amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Brussel, Bruylant, 2014, 81 *et seq.*

^{159.} “In elk geval kunnen de gelijkenissen die tussen beide overeenkomsten bestaan, op zich de wetgever er niet toe verplichten de van het gemeen verbin- tensrecht afwijkende maatregel, bepaald in artikel 1907bis BW, uit te breiden tot elke soort van analoge overeenkomst, zonder rekening te houden met de bijzondere economische context waarin hij daarvan gebruik maakt.”; GwH 7 augustus 2013, nr. 119/2013, *Bank Fin.R.* 2014, 37, noot M. WEINBERGER, *JT* 2013, 717, noot J. CATTARUZZA, *TBH* 2014 (samenvatting), 309. Zie ook D. BLOMMAERT en J. VANNEROM, “De geldlening op interest en de niet-wederopneembare kredietopening: verwant of toch verschillend? Mijmeringen bij het standpunt van het Grondwettelijk Hof” in E. VAN DEN HAUTE (ed.), *Liber Amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Brussel, Bruylant, 2014, 69 *et seq.*

lening op interest is en wat zonder twijfel een kredietopening is. In het bijzonder verwijzen we hierbij naar de problematiek van de investeringskredieten (*i.e.* leningen op interest) die deel uitmaken van een ruimere overeenkomst van kredietopening. Volgens sommigen gaat het hier immers in wezen om leningen op interest zodat artikel 1907bis moet worden toegepast¹⁶⁰, terwijl volgens anderen het principe van de eenheid van de kredietopening zich daartegen verzet¹⁶¹. O.i. is het in deze van doorslaggevend belang om na te gaan in hoeverre de kredietopening in werkelijkheid meer behelst dan de in het kader daarvan aangegane investeringskredieten die op zichzelf beschouwd zonder meer als leningen op interest zouden kwalificeren¹⁶².

108. Nog meer onzekerheid is er over de vraag naar de toepasselijkheid van artikel 1907bis BW ten aanzien van *leningen op interest waarbij niet is voorzien in de mogelijkheid om vervroegd terug te betalen* of leningen op interest waarbij deze mogelijkheid uitdrukkelijk wordt uitgesloten. Wanneer een kredietgever in dat geval toch met een vervroegde terugbetaling instemt, is de beperking uit artikel 1907bis BW in dat geval van toepassing op de vergoeding die de kredietgever daarvoor vraagt?

Geen twijfel bestaat erover dat er bij niet-gereguleerde kredieten – althans deze gesloten vóór de inwerkingtreding van de WKF – geen absoluut recht op vervroegde terugbetaling bestaat¹⁶³. Niets belet echter dat de partijen, zelfs al werd deze mogelijkheid in het oorspronkelijke contract uitgesloten, naderhand toch overeenkomen dat een vervroegde terugbetaling kan plaatsvinden.

Wanneer hierbij een vergoeding wordt bedongen die verband houdt met het verlies dat de kredietgever door de vervroegde terugbetaling lijdt, moet de beperking uit artikel 1907bis BW volgens sommige rechtsleer onverkort

worden toegepast. Deze situatie beantwoordt immers geheel aan de in de wettekst omschreven omstandigheden. Deze interpretatie, hoewel slechts door een beperkt aantal auteurs verdedigd¹⁶⁴, werd recent herhaaldelijk gevolgd door het hof van beroep te Brussel¹⁶⁵ en bevestigd door het Hof van Cassatie¹⁶⁶. De terugkerende formulering is daarbij: “*Lorsque le remboursement anticipé est exclu, [...] mais que la banque l'autorise néanmoins, elle ne peut, sans abuser de son droit de refuser ce remboursement anticipé, subordonner celui-ci au paiement d'une indemnité de emploi qui serait supérieure à ce qu'autorise l'article 1907bis du Code civil pour le cas où le remboursement anticipé est autorisé. L'article 1907bis du Code civil limite en effet l'indemnité de emploi, abstraction faite de son mode de fixation.*”¹⁶⁷.

Volgens een tweede visie, die lange tijd als de meerderheidsopvatting gold, maar sinds de eerder aangehaalde cassatierechtspraak in grote mate aan belang heeft ingeboet, moet artikel 1907bis BW niet worden toegepast ten aanzien van de vergoeding bij een vervroegde terugbetaling van een lening op interest die niet in deze mogelijkheid voorzagt¹⁶⁸. De redenering daarbij hinkt voornamelijk op twee gedachten. Vooreerst wordt steun gezocht in het adagium “*qui peut le plus, peut le moins*”. Aangezien de kredietgever het recht heeft om iedere vervroegde terugbetaling te weigeren, heeft deze in ieder geval het recht om de vervroegde terugbetaling toe te laten onder voorwaarden, zonder daarbij (behoudens rechtsmisbruik) aan enige beperking te zijn onderworpen. Een tweede argument is dat de vergoeding die in dat geval wordt gevraagd, te onderscheiden valt van de door artikel 1907bis BW geviseerde wederbeleggingsvergoeding. De vergoeding wordt doorgaans immers niet forfaitair bepaald, zoals dat met klassieke wederbeleggingsvergoedingen het geval is, maar wel op basis van de zgn. *funding loss*-methode¹⁶⁹, en kwalificeert aldus als een schadevergoeding.

^{160.} Zie in het bijzonder C. BIQUET-MATHIEU, “Crédit, remboursement anticipé et indemnité de emploi”, *RNB* 2006, 509-511; C. BIQUET-MATHIEU, “L'article 1907bis limite l'indemnité de emploi à six mois d'intérêts en cas de remboursement anticipé”, *TBBR* 2007, 633-635; wiens standpunt onder meer bevestiging vindt in Rb. Brussel 11 december 2006, *TBBR* 2007, 632; zie in die zin ook – zij het genuanceerder – D. BLOMMAERT en F. BONNARENS, “De wederbeleggingsvergoeding inzake hypothecair krediet: vergelijking met andere gereguleerde en commerciële kredieten” in C. BIQUET-MATHIEU en E. TERRY (eds.), *Hypothecair Krediet – Crédit hypothécaire*, Brugge, die Keure, 2010, 526-527.

^{161.} Zie in het bijzonder de standpunten van J. CATTARUZZA, “La révision des conditions financières des ouvertures de crédit” in X (ed.), *La banque dans la vie d'entreprise*, Brussel, Ed. du Jeune Barreau, 2005, 344; D. VERHAEGEN en D. PURNAL, “De vervroegde terugbetaling van commerciële kredieten: de ‘funding loss’-vergoeding revisited” in J. CATTARUZZA, W. KUPERS en I. PEETERS (eds.), *Liber amicorum Achilles Cuypers*, Brussel, Larcier, 2009, 322; dewelke bevestiging vinden in Antwerpen 2 oktober 2003, *TBH* 2005, 175.

^{162.} Zie voor een omstandige analyse van de impact van het arrest van het Grondwettelijk Hof op de mogelijkheid tot herkwalificatie van niet-wederopneembare kredietopeningen: D. BLOMMAERT en J. VANNEROM, “De geldlening op interest en de niet-wederopneembare kredietopening: verwant of toch verschillend? Mijmeringen bij het standpunt van het Grondwettelijk Hof” in E. VAN DEN HAUTE (ed.), *Liber Amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Brussel, Bruylant, 2014, 86 *et seq.*

^{163.} *Cf. supra*, nr. 104.

^{164.} C. BIQUET-MATHIEU, “Crédit, remboursement anticipé et indemnité de emploi”, *RNB* 2006, 512; L. VAN DEN STEEN, “Het recht op de vervroegde terugbetaling van een krediet van bepaalde duur en de wederbeleggingsvergoeding” (noot onder Gent 9 april 2003), *RW* 2005-06, 981.

^{165.} Brussel 25 november 2009 *Bank Fin.R.* 2014, 43; Brussel 2 maart 2012, *Bank Fin.R.* 2014, 47; Brussel 27 september 2012, *Bank Fin.R.* 2014, 53.

^{166.} Cass. 27 oktober 2011, *Bank Fin.R.* 2014, 42; Cass. 24 juni 2013, *Bank Fin.R.* 2014, 46.

^{167.} Brussel 2 maart 2012, *Bank Fin.R.* 2014, 51.

^{168.} Zie in die zin in het bijzonder, J. CATTARUZZA, “La révision des conditions financières des ouvertures de crédit” in X (ed.), *La banque dans la vie d'entreprise*, Brussel, Ed. du Jeune Barreau, 2005, 332; D. VERHAEGEN en D. PURNAL, “De vervroegde terugbetaling van commerciële kredieten: de ‘funding loss’-vergoeding revisited” in J. CATTARUZZA, W. KUPERS en I. PEETERS (eds.), *Liber amicorum Achilles Cuypers*, Brussel, Larcier, 2009, 326 *et seq.*

^{169.} Zie *infra*, nr. 133.

Ook deze visie vindt steun in de (oudere) rechtspraak¹⁷⁰.

De uiteindelijke sleutel in deze discussie lijkt ons te liggen in de juridische draagwijdte van de regel uit artikel 1907bis BW en de precieze gevolgen daarvan. Zo immers wordt aangenomen dat de regel van dwingend recht is¹⁷¹, kan daarvan hoogstens *ex post* worden afgeweken. De door de regel beschermde partij (*i.e.* de kredietnemer) dient daartoe, ten vroegste op het ogenblik van de vervroegde terugbetaling, *op geïnformeerde wijze*¹⁷² afstand te doen van de hem door artikel 1907bis BW geboden bescherming¹⁷³. Ieder *ex ante*-akkoord dat afwijkt van het in artikel 1907bis BW bepaalde, strijdt evenwel met een regel van dwingend recht, dit zeker in het licht van de recente cassatierechtspraak¹⁷⁴.

109. Tot slot kan nog een derde twistpunt in dit verband onder de aandacht worden gebracht. Het betreft de vraag naar de bevoegdheid van de rechter om vergoedingen die buiten het toepassingsgebied van artikel 1907bis BW vallen toch te matigen en dus naar de *kwalificatie* daarvan *als opzeg- dan wel als schadebedingen*. Deze discussie is niet alleen van belang voor de contracten die vóór de inwerking-treding van de WKF werden gesloten, maar in beperkte mate ook voor latere kredietovereenkomsten¹⁷⁵.

Rechtbanken hebben op basis van artikel 1231 BW de mogelijkheid om bovenmatige *schadebedingen* te matigen. Ten aanzien van *opzegbedingen* hebben zij deze bevoegdheid evenwel niet¹⁷⁶. Hoogstens kan in dat geval via de omweg van het rechtsmisbruik tot een gelijkaardig resultaat worden gekomen¹⁷⁷.

Geen discussie bestaat erover dat de rechter over een matigingsbevoegdheid beschikt ten aanzien van de vergoeding die verschuldigd is wanneer de kredietgever de overeen-

komst vroegtijdig beëindigt wegens wanprestatie¹⁷⁸. Het gaat dan immers duidelijk om een vergoeding die verschuldigd is naar aanleiding van de niet-uitvoering van de kredietovereenkomst. Verder lijkt ook niet te kunnen worden betwist dat de contractueel bedongen vergoeding in geval van vrijwillige vervroegde terugbetaling niet als een schadebeding kwalificeert, zodat artikel 1231 BW in dat geval niet van toepassing is. In die omstandigheden is er immers geen sprake van een wanprestatie¹⁷⁹. Wel ruimte voor discussie is er in een derde en laatste situatie, namelijk wanneer niet in een mogelijkheid om vervroegd terug te betalen was voorzien of dit zelfs was uitgesloten, maar de kredietgever naderhand toch een vervroegde terugbetaling toelaat. De vergoeding die in dat geval wordt gevraagd kan immers zowel worden gelinkt aan de niet-uitvoering van de overeenkomst als aan de beëindiging daarvan¹⁸⁰.

B. Principieel recht op vervroegde terugbetaling

110. De WKF kent elke onderneming die een kredietovereenkomst heeft gesloten die onder haar toepassingsgebied valt een principieel recht toe om vervroegd terug te betalen (art. 9, § 1 WKF). Het uitgangspunt zoals dit onder het vroeger recht gold, wordt aldus geheel omgedraaid. Net zoals dit reeds langer onder toepassing van de WCK of de WHK het geval was, beschikken voortaan ook kredietnemers-ondernemingen over een recht om het verschuldigde kapitaalsaldo geheel of gedeeltelijk vervroegd terug te betalen. Dit recht kan contractueel niet worden beperkt of aan voorwaarden worden onderworpen, met uitzondering echter van de betaling van een wederbeleggingsvergoeding, waarover verder meer.

Dat iedere kredietnemer onder toepassing van de WKF voortaan het recht heeft om te allen tijde vervroegd terug te

¹⁷⁰ Gent 9 april 2003, *RW* 2006-07, 978; Antwerpen 2 oktober 2003, *TBH* 2005, 174, noot J. BUYLE en M. DELIERNEUX. Merk evenwel op dat niet alle rechtspraak waarbij de toepassing van art. 1907bis BW wordt afgewezen ten aanzien van *funding loss*-vergoedingen als een bevestiging van deze visie mag worden gezien. Sommige van deze uitspraken hebben immers betrekking op (niet-geherkwalificeerde) overeenkomsten van kredietopening, waaromtrent er sowieso geen discussie bestaat dat de beperking van art. 1907bis BW niet van toepassing is; zie bv. Luik 10 september 2013, *Bank Fin.R.* 2014, 59.

¹⁷¹ Zie bv. Brussel 8 februari 2013, *DAOR* 2013, 308.

¹⁷² Zie in dat verband: Brussel 25 november 2009, *Bank Fin.R.* 2014, 45: “Bovendien kan een partij die een nietig beding onwetend te goeder trouw uitvoert, na het vaststellen van de schending van zijn beschermde rechten, de bepaling van dwingend recht invoeren en zijn betaling als onverschuldigd laten gelden.” Zie daaromtrent ook M. WEINBERGER, “Funding loss... in translation”, *Bank Fin.R.* 2014, 28.

¹⁷³ Vgl. Brussel 8 februari 2013, *DAOR* 2013, 308; alsook C. BIQUET-MATHIEU, “L’article 1907bis limite l’indemnité de remploi à six mois d’intérêts en cas de remboursement anticipé”, *TBBR* 2007, 634.

¹⁷⁴ Cf. *supra*, vn. 166.

¹⁷⁵ Cf. *infra*, nr. 118.

¹⁷⁶ Cass. 6 september 2002, *RW* 2004-05, 300; O. VANDEN BERGHE, “Het toepassingsgebied van artikel 1231 BW”, *TBBR* 2004, 65.

¹⁷⁷ Brussel 1 juni 2004, *JLMB* 2005, 1491, noot M. NOËL.

¹⁷⁸ Zie o.m. D. BLOMMAERT en J. VANNEROM, “De geldlening op interest en de niet-wederopneembare kredietopening: verwant of toch verschillend? Mijmeringen bij het standpunt van het Grondwettelijk Hof” in E. VAN DEN HAUTE (ed.), *Liber Amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Brussel, Bruylant, 2014, 75; E. WYMEERSCH, “Strafbedingen o.m. inzake enkele kredietovereenkomsten” in *Liber Amicorum prof. em. E. Krings*, E. Story-Scientia, 1991, 925.

¹⁷⁹ D. VERHAEGEN en D. PURNAL, “De vervroegde terugbetaling van commerciële kredieten: de ‘funding loss’-vergoeding revisited” in J. CATTARUZZA, W. KUPERS en I. PEETERS (eds.), *Liber amicorum Achilles Cuypers*, Brussel, Larcier, 2009, 331.

¹⁸⁰ Een meerderheid van de auteurs lijkt echter het standpunt te verdedigen dat ook in dit geval, wegens gebrek aan eigenlijke wanprestatie, geen sprake is van een schadebeding; zie o.m. L. VAN DEN STEEN, “Het recht op de vervroegde terugbetaling van een krediet van bepaalde duur en de wederbeleggingsvergoeding” (noot onder Gent 9 april 2003), *RW* 2005-06, 981; D. VERHAEGEN en D. PURNAL, “De vervroegde terugbetaling van commerciële kredieten: de ‘funding loss’-vergoeding revisited” in J. CATTARUZZA, W. KUPERS en I. PEETERS (eds.), *Liber amicorum Achilles Cuypers*, Brussel, Larcier, 2009, 331. Zie evenwel anders M. WEINBERGER, “Funding loss... in translation”, *Bank Fin.R.* 2014, 12.

betalen en daarvan contractueel niet kan worden afgeweken, zorgt er alvast voor dat één van de vroegere twistpunten niet langer aan de orde is voor kredieten waarop de WKF van toepassing is. Het betreft de vraag naar de toepasselijkheid van artikel 1907bis BW ten aanzien van de vergoeding die werd overeengekomen bij de vervroegde terugbetaling van een krediet waarbij aanvankelijk niet in de mogelijkheid was voorzien om vervroegd terug te betalen of dit zelfs uitdrukkelijk was uitgesloten¹⁸¹.

111. Artikel 9, § 1, tweede lid WKF vereist dat de kredietnemer ten minste 10 werkdagen¹⁸² op voorhand van zijn voornemen om vervroegd terug te betalen aan de kredietgever per aangetekend schrijven kennis geeft. Dat de kennisgeving “ten minste” 10 werkdagen op voorhand moet gebeuren, betekent dat de kredietnemer vrijwillig reeds eerder tot kennisgeving kan overgaan. Wat daaruit evenwel niet mag worden afgeleid is dat contractueel een langere termijn zou kunnen worden bedongen. Deze regeling lijkt ons als dwingend te moeten worden beschouwd in hoofde van beide partijen, zodat daar contractueel niet van kan worden afgeweken.

112. Het principieel recht om vervroegd terug te betalen, geldt zonder onderscheid voor leningen op interest en kredietopeningen. Enigszins ongelukkig heeft de wetgever er echter wel voor geopteerd om het – vaak triviale – onderscheid tussen beide kredietvormen te behouden op het vlak van de beperking van de wederbeleggingsvergoeding.

C. Beperking wederbeleggingsvergoeding

113. Wat kredieten betreft die onder het toepassingsgebied van de WKF vallen, kunnen de beperkingen inzake wederbeleggingsvergoedingen die voortaan gelden schematisch als volgt worden samengevat:

Kredieten < 1 mio euro	Lening op interest	1907bis BW	6 maand interest
	Andere	WKF	6 maand interest
Kredieten > 1 mio euro	Lening op interest	1907bis BW	6 maand interest
	Andere	Gedragscode	Funding loss-methode

¹⁸¹. Cf. *supra*, nr. 108; Y. VAN WASSENHOVE, “Kredietverlening aan KMO’s”, *NJW* 2014, 631-632.

¹⁸². Aangenomen mag worden dat dit begrip te begrijpen valt zoals vooropgesteld door het Wetboek van economisch recht, te weten: “het geheel van alle kalenderdagen met uitsluiting van de zondagen en wettelijke feestdagen”; art. 1.1, 9° WER; zie ook *memorie van toelichting*, *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3088/001, 18.

¹⁸³. Y. VAN WASSENHOVE, “Kredietverlening aan KMO’s”, *NJW* 2014, 633.

i. Uitgangspunt

114. Voor *leningen op interest* die onder het toepassingsgebied van de WKF vallen, blijft de oude beperking op de omvang van wederbeleggingsvergoedingen uit artikel 1907bis BW onverminderd gelden. De enige nieuwigheid in dit verband voor deze kredieten is dat er voortaan een principieel recht op vervroegde terugbetaling bestaat. Aldus kan er helemaal geen twijfel meer over bestaan dat de beperking tot 6 maanden interest, berekend over de terugbetaalde som en naar de in de overeenkomst bepaalde rentevoet, geldt voor elke vergoeding die naar aanleiding van de vervroegde terugbetaling, naast het kapitaal en de vervallen interesten, verschuldigd is.

115. De grootste innovatie van de WKF situeert zich echter op het vlak van de *kredietopeningen* en bij uitbreiding alle overeenkomsten die niet als leningen op interest in de zin van artikel 1907bis BW kwalificeren. Voor deze kredietovereenkomsten voert de WKF immers een gelijkaardige beperking op de wederbeleggingsvergoeding in als degene die al voor leningen op interest bestond. Aldus kan voortaan ook bij deze kredieten geen wederbeleggingsvergoeding worden gevraagd van meer dan 6 maanden interest, berekend over de terugbetaalde som en naar de in de overeenkomst bepaalde rentevoet, en dit bovendien op voorwaarde dat dit in de overeenkomst werd bedongen (art. 9, § 2 WKF). Deze beperking geldt niet alleen ten aanzien van een vrijwillige vervroegde terugbetaling, maar ook wanneer het krediet naar aanleiding van een wanprestatie vervroegd opeisbaar wordt.

Voor het geval toch een hogere vergoeding zou zijn bedongen of wordt gevorderd, bepaalt artikel 12 WKF dat de vergoeding moet worden beperkt tot het wettelijk toegelaten maximum. Bovendien is ieder schadebeding dat, in geval van vervroegde terugbetaling, rechtstreeks of onrechtstreeks een bijkomende vergoeding voor de kredietgever zou vaststellen bovenop het wettelijk toegelaten plafond van rechtswege nietig. Het aanrekenen van dossierkosten is bijgevolg niet langer toegelaten, het doorrekenen van kosten van derden, zoals de kosten van handlichting, lijkt daarentegen wel nog steeds mogelijk¹⁸³.

Van groot belang in deze is verder dat het onderscheid tussen leningen op interest en andere kredietovereenkomsten en dus het (her)kwalificatievraagstuk zoals dit onder het vroeger recht gold, ook onder toepassing van de WKF niet geheel zonder voorwerp is geworden. De wetgever heeft er immers voor geopteerd om het toepassingsgebied van de nieuwe beperking op wederbeleggingsvergoedingen te beperken tot kredieten tot en met een bedrag van 1 miljoen euro. Voor

kredieten boven dit bedrag, andere dan leningen op interest, geldt een andere regeling.

116. Alvorens op de inhoud van de bijzondere regeling voor kredieten van meer dan 1 miljoen euro in te gaan, kunnen bij deze beleidskeuze een aantal kanttekeningen worden gemaakt.

Zo kunnen we ons vooreerst tot op zekere hoogte vinden in de overweging van de wetgever om kredietovereenkomsten van een bepaalde omvang van de regeling uit te sluiten. Naarmate het kredietbedrag substantiëler wordt, wordt ook het verlies voor kredietgevers in geval van vervroegde terugbetaling belangrijker en mag eerder worden aangenomen dat de kredietnemer zich bij de totstandkoming van het contract zal laten bijstaan door professionele adviseurs, met een meer gelijkwaardige onderhandelingspositie van de partijen tot gevolg. Dat neemt echter niet weg dat iedere absolute drempel in deze optiek enigszins arbitrair is.

Verder kan ook de vraag worden gesteld of de uitsluiting van kredieten boven een bepaald bedrag niet een meer algemene draagwijdte had moeten worden gegeven, in plaats van de uitsluiting te beperken tot de problematiek van de wederbeleggingsvergoeding. Bij uitbreiding had het bedrag van het krediet misschien zelfs een beter, en in ieder geval eenvoudiger, criterium geweest om het toepassingsgebied van de WKF in zijn geheel mee af te bakenen in vergelijking met het, o.i. voor deze doeleinden te complexe, criterium uit artikel 15 W.Venn.

Daar tegenover staat echter de vaststelling dat een afbakening op basis van een maximaal kredietbedrag vatbaar is voor manipulatie. We vertrekken hierbij vanuit de vaststelling dat “het oorspronkelijke kredietbedrag” waarvan moet worden onderzocht of het al dan niet meer dan 1 miljoen euro bedraagt, o.i. moet worden begrepen als het bedrag van het oorspronkelijk¹⁸⁴ ter beschikking gestelde kapitaal *in het kader van de betrokken kredietovereenkomst*. In het licht daarvan gaat het alvast niet op te argumenteren dat rekening zou moeten worden gehouden met de som van de kredietbedragen van alle tussen een bepaalde kredietgever en kredietnemer gesloten kredietovereenkomsten¹⁸⁵. Het lijkt echter niet onwaarschijnlijk dat kredietgevers onder toepassing van de nieuwe regeling zullen trachten om onrechtstreeks toch dit resultaat te bereiken en aldus het kredietbedrag artificieel boven de drempel van 1 miljoen euro te brengen.

Hierbij kan in het bijzonder worden gedacht aan het (vroeger reeds gehanteerde) schema waarbij, bij wijze van kaderovereenkomst, een overeenkomst van kredietopening wordt gesloten voor een bedrag van meer dan 1 miljoen euro, waarbij voor iedere concrete opname een afzonderlijke toestemming van de kredietgever moet worden bekomen (een zgn. *uncommitted facility*). Zoals reeds eerder verdedigd¹⁸⁶, moeten de afzonderlijke opnames o.i. evenwel als leningen op interest worden beschouwd die aldus aan artikel 1907bis BW zijn onderworpen, indien blijkt dat de kaderovereenkomst geen zelfstandige betekenis heeft¹⁸⁷.

117. Een keuze van de wetgever die in deze, tot slot, zonder voorbehoud te betreuren valt is dat op dit punt het onderscheid behouden werd tussen leningen op interest enerzijds en andere ondernemingskredieten anderzijds. De bijzondere regeling voor kredieten van meer dan 1 miljoen euro geldt immers slechts voor deze laatste groep en niet voor leningen op interest. Ook voor leningen op interest van meer dan 1 miljoen euro geldt bijgevolg de beperking van de wederbeleggingsvergoeding tot 6 maanden interest uit artikel 1907bis BW. Voor kredieten boven dit plafondbedrag kan de oude discussie over de kwalificatie van een krediet als lening op interest dan wel als kredietopening bijgevolg onverkort blijven voortduren. Uiteraard is dit geen goede zaak.

ii. Afwijkingen

118. Voor *ondernemingskredieten van meer dan 1 miljoen euro*, die niet als lening op interest kwalificeren, kan de hoogte van de wederbeleggingsvergoeding nog steeds door de partijen contractueel worden vastgelegd. De contractuele vrijheid wordt echter in zekere mate beperkt. De vergoeding moet immers in overeenstemming zijn met de berekeningsmodaliteiten die werden vastgelegd in de gedragscode¹⁸⁸.

119. De berekeningswijze die in punt III van de gedragscode werd afgesproken, vormt een bevestiging van de zgn. *funding loss*-methode¹⁸⁹. Dit is de methode die reeds sinds de jaren 1990 doorgaans door de Belgische banken wordt toegepast voor de berekening van de wederbeleggingsvergoeding bij niet-gereguleerde kredieten die niet onder het toepassingsgebied van artikel 1907bis BW vallen¹⁹⁰. De *fun-*

^{184.} Gelet op het gebruik van het begrip “oorspronkelijk kredietbedrag” in art. 9, § 2, *in fine* WKF lijkt aldus geen rekening te mogen worden gehouden met latere verhogingen van het kredietbedrag.

^{185.} Zie in die zin nochtans Y. VAN WASSENHOVE, “Kredietverlening aan KMO’s”, *NJW* 2014, 632; die zich evenwel op een – niet eenduidige – formulering in de *memorie van toelichting* baseert om tot een uitlegging te komen die o.i. niet te verzoenen valt met de tekst van de wet.

^{186.} *Cf. supra*, nr. 107.

^{187.} Zie in die zin ook het tweede lid van de definitie van een kredietopening zoals thans vervat in art. 1.9, 49° WER: “*Als het niet mogelijk is om een wederopneming te doen tenzij mits een voorafgaand akkoord met de kredietgever of mits de naleving van andere voorwaarden dan degene die initieel waren overeengekomen, dan wordt deze wederopneming beschouwd als een nieuwe kredietovereenkomst.*”

^{188.} Art. 9, § 2, tweede lid en 10, § 1, 3° WKF.

^{189.} Y. VAN WASSENHOVE, “Kredietverlening aan KMO’s”, *NJW* 2014, 632.

^{190.} D. VERHAEGEN en D. PURNAL, “De vervroegde terugbetaling van commerciële kredieten: de ‘*funding loss*’-vergoeding revisited” in J. CATTARUZZA, W. KUPERS en I. PEETERS (eds.), *Liber amicorum Achilles Cuypers*, Brussel, Larcier, 2009, 308 *et seq.*

ding loss-methode is gebaseerd op het verschil tussen twee parameters. Enerzijds wordt berekend hoeveel interesten het krediet voor de kredietgever zou hebben opgebracht, indien de kredietnemer het contract had uitgevoerd zoals aanvankelijk vooropgesteld. Anderzijds wordt bepaald hoeveel interesten het vervroegd terugbetaalde bedrag voor de kredietgever kan genereren wanneer hij dit op de interbankenmarkt gaat herplaatsen¹⁹¹. Het verschil tussen beide parameters wordt geacht een relatief nauwkeurige benadering te zijn van het werkelijke verlies dat de kredietgever door de vervroegde terugbetaling lijdt.

Een belangrijk gegeven hierbij is evenwel tegen welke interestvoet de tweede parameter moet worden berekend. Net op dit punt laat de gedragscode de contractuele vrijheid opnieuw ten volle spelen. Het uitgangspunt is weliswaar dat de referentie-interestvoet voor de betaalstromen tot en met één jaar de EURIBOR¹⁹² is en voor betaalstromen op meer dan één jaar de IRS¹⁹³. De gedragscode voegt daar echter aan toe dat de partijen de mogelijkheid behouden om van deze referentie-interestvoeten af te wijken en dit zowel in plus als in min op voorwaarde dat die aanpassingen duidelijk gecommuniceerd worden aan de klant op het ogenblik van het sluiten van het contract¹⁹⁴. Op die manier wordt een zekere soepelheid in het systeem ingebouwd. De keerzijde daarvan is evenwel dat in hoofde van kredietnemers op dit punt grote waakzaamheid is geboden. Dit laatste geldt overigens *a fortiori* in het licht van de ruimte voor interpretatie die de, op het eerste gezicht nochtans objectieve, berekeningsmethode blijkt te bieden, zoals blijkt uit het “verduidelijkende” voorbeeld dat in de gedragscode werd opgenomen¹⁹⁵.

120. Wanneer de regeling inzake vervroegde terugbetaling van ondernemingskredieten van meer dan 1 miljoen euro, andere dan leningen op interest, wordt geschonden, komt het aan de rechter toe om alsnog *ex aequo et bono* de vergoeding vast te stellen die de kredietnemer naar aanleiding van zijn vervroegde terugbetaling verschuldigd is en dit overeenkomstig de berekeningswijze voorzien in de gedragscode. Verder zijn ook bij deze kredieten de bedingen die rechtstreeks of onrechtstreeks een bijkomende vergoeding voor de kredietgever zouden vaststellen in geval van vervroegde terugbetaling bovenop de overeenkomstig de gedragscode vastgestelde *funding loss*-vergoeding van rechtswege nietig (art. 12, tweede lid WKF).

121. Tot slot vermeldt artikel 9, § 3 WKF drie specifieke *gevallen waarin helemaal geen vergoeding* van de kredietnemer *mag worden gevraagd bij vervroegde terugbetaling*.

(1) Een eerste situatie betreft de *vervroegde terugbetaling in uitvoering van een verzekeringsovereenkomst*, zoals een schuldsaldoverzekering, die contractueel de terugbetaling van het krediet waarborgt. Opdat deze uitzondering zou kunnen worden toegepast, lijkt een uitdrukkelijke verwijzing in de kredietovereenkomst naar het bewuste verzekeringscontract noodzakelijk te zijn¹⁹⁶.

(2) Een tweede situatie is deze waarin wordt overgegaan tot de *hergroepering van bestaande kredieten bij eenzelfde kredietgever*. Vanuit formeel oogpunt zal hierbij veelal de vervroegde terugbetaling van één van de betrokken kredietovereenkomsten aan de orde zijn. De wetgever verhindert evenwel dat in deze omstandigheden een wederbeleggingsvergoeding zou kunnen worden geëist. Gelet op de gekozen formulering kunnen bij een dergelijke hergroeperingsoperatie bovendien ook geen andere vergoedingen, zoals een vergoeding voor dossier- of administratiekosten, van de kredietnemer worden geëist.

(3) Een derde en laatste situatie houdt niet rechtstreeks verband met een vervroegde terugbetaling en betreft “de *niet-substantiële wijziging van de kredietovereenkomst*”. In deze gevallen kan opnieuw “geen enkele vergoeding” van de kredietnemer worden gevraagd. Deze uitzondering is gericht op de praktijk waarbij iedere wijziging van een kredietovereenkomst geacht wordt aanleiding te geven tot een vervroegde terugbetaling en de totstandkoming van een “nieuwe”, gewijzigde overeenkomst. Aangezien het verbod om een vergoeding te vragen beperkt is tot gevallen van “niet-substantiële” wijzigingen van het contract, valt het evenwel te betwijfelen dat dit kan worden toegepast ten aanzien van vaak voorkomende wijzigingen, zoals aanpassingen op het vlak van de looptijd of het bedrag van het krediet of van de gevestigde zekerheden. Wat evenwel precies als een niet-substantiële wijzigingen kan worden beschouwd, wordt nergens in de wet of de parlementaire voorbereiding verduidelijkt¹⁹⁷, zodat enkel met betrekking tot zuiver administratieve of formele wijzigingen met voldoende zekerheid kan worden gesteld dat deze niet-substantieel van aard zijn.

122. Wanneer zou blijken dat in één van de drie bovenstaande gevallen toch een vergoeding van de kredietnemer

¹⁹¹. De gedragscode verduidelijkt verder nog dat de periode die in acht moet worden genomen loopt tot aan de volgende contractuele herziening van de interestvoet of, bij het ontbreken hiervan, tot aan de eindvervaldag van het krediet.

¹⁹². *Euro Interbank Offered Rate*.

¹⁹³. *Interest Rate Swap*-rente.

¹⁹⁴. Zie punt III.13 van de gedragscode.

¹⁹⁵. Zie bv. “*Restlooptijd: 4 jaar en 2 maanden, maar gezien degressief krediet (vaste kapitaalaflossingen), gemiddeld 2 jaar en 1 maand*”; en verder “*IRS rente op 2 jaar en 1 maand is ongeveer 0,54% (IRS op 2 jaar = 0,531% en IRS op 3 jaar = 0,709%, dus ergens tussen deze 2 getallen)*”; of nog “*Het exacte resultaat zal waarschijnlijk lager zijn door rekening te houden met de tijds waarde van het geld (= actualisatie)*”; [eigen benadrukking]. Zie in dit verband ook M. WEINBERGER, “Funding loss... in translation”, *Bank Fin.R.* 2014, 25.

¹⁹⁶. Zie ook art. VII.97, § 2, 2° WER.

¹⁹⁷. Y. VAN WASSENHOVE, “Kredietverlening aan KMO’s”, *NJW* 2014, 632.

wordt gevraagd, dan moet deze overeenkomstig artikel 12 WKF tot nul worden herleid. Bovendien zijn schadebedingen die afwijken van het verbod om in deze gevallen enige

vergoeding van de kredietnemer te vragen, van rechtswege nietig (art. 12, derde lid WKF).

5. ONRECHTMATIGE BEDINGEN

123. Naar analogie met de – zij het veel uitgebreidere – regeling inzake onrechtmatige bedingen uit het consumentenrecht¹⁹⁸, werd ook in de WKF een “zwarte lijst” van onrechtmatige bedingen opgenomen (art. 13 WKF). De lijst blijft beperkt tot drie bedingen of voorwaarden die te allen tijde als onrechtmatig worden bestempeld wanneer zij voorkomen in een kredietovereenkomst die onder het toepassingsgebied van de WKF valt.

124. Onrechtmatige bedingen zijn verboden en nietig, doch met dien verstande dat de kredietovereenkomst bindend blijft voor de partijen indien deze overeenkomst zonder het onrechtmatige beding zinvol kan blijven voortbestaan.

125. Een eerste verbod betreft bedingen die in een onherroepelijke verbintenis voor de onderneming-kredietnemer voorzien, terwijl de uitvoering van de prestaties van de kredietgever onderworpen wordt aan een voorwaarde waarvan de verwezenlijking uitsluitend van de wil van deze laatste afhankelijk is. Een voorbeeld dat in dit verband in de literatuur wordt aangehaald, is het beding waarbij de toekenning van een krediet afhankelijk wordt gemaakt van een goedkeuring van het kredietdossier door een intern kredietcomité, terwijl de kredietnemer zich wel reeds onherroepelijk tot de overeenkomst heeft verbonden¹⁹⁹. Merk op dat het verbod niet geldt ten aanzien van situaties waarin ook de kredietnemer nog niet definitief is verbonden.

Dit eerste verbod uit de WKF, dat overigens in nagenoeg identieke bewoordingen is gesteld als datgene uit de zwarte lijst uit Boek VI WER²⁰⁰, leunt inhoudelijk zeer sterk aan bij het gemeen verbintenissenrecht inzake zuiver potestatieve voorwaarden. Overeenkomstig artikel 1174 BW is immers iedere verbintenis nietig, wanneer zij is aangegaan onder een potestatieve voorwaarde van de zijde van degene die zich verbindt. Een belangrijk verschil is er evenwel op het vlak van de sanctionering. De gemeenrechtelijke regeling geeft immers aanleiding tot de nietigheid van de *verbintenis* die onder een zuiver potestatieve voorwaarde werd aangegaan. De kwalificatie als onrechtmatig beding (*lex specialis*) leidt evenwel tot de nietigheid van het betrokken *beding*, wat begrepen wordt als de nietigheid van de voorwaarde. De verbintenis komt met andere woorden zonder de vervulling van

de voorwaarde tot stand. Dit is althans de meerderheidsopvatting die met betrekking tot het overeenkomstige verboden beding uit Boek VI WER wordt verdedigd²⁰¹.

126. Een tweede verbod betreft bedingen die een kredietgever toelaten om voor bepaalde duur gesloten kredietovereenkomsten eenzijdig te beëindigen zonder redelijke schadeloosstelling voor de onderneming (art. 13, 2° WKF). In twee gevallen mag de kredietgever zich evenwel nog steeds het recht voorbehouden om de kredietovereenkomst zonder een schadeloosstelling op te zeggen.

Vooreerst kunnen nog steeds bedingen worden gehanteerd die van toepassing zijn in geval van wanprestatie van de onderneming-kredietnemer (zgn. uitdrukkelijk ontbindend beding). Gelet op de ruime formulering, en behoudens rechtsmisbruik, lijkt eender welke vorm van wanprestatie in aanmerking te mogen worden genomen, zolang deze maar uitgaat van de onderneming-kredietnemer. Het is aldus niet alleen toegelaten om bedingen die de kredietrelatie beëindigen te koppelen aan tekortkomingen in de terugbetalingsverplichting, maar bijvoorbeeld ook aan de schending van financiële *covenants* door de kredietnemer. Niet langer toegelaten, wegens niet aan een wanprestatie gekoppeld, zijn dan weer bedingen die in een opzegmogelijkheid zonder redelijke vergoeding voorzien in geval van *change of control* of in geval van financiële problemen bij andere entiteiten van dezelfde vennootschapsgroep (zgn. *cross-default*-bedingen)²⁰². Wel nog steeds mogelijk lijkt ons evenwel een beding dat aldus wordt vormgegeven dat een *change of control*- of een *cross-default*-situatie tot een wanprestatie aanleiding geven (bv. de miskenning van een garantie of van een verklaring door de kredietnemer). Voorts blijft het uiteraard ook mogelijk deze situaties te koppelen aan een verplichting tot het stellen van bijkomende zekerheden en/of garanties door de kredietnemer, bij gebrek waarvan een wanprestatie voorligt.

Een tweede uitzondering op het verbod waarin de wetgever heeft voorzien, is in geval van overmacht. Aldus kan ook in geval van overmacht de kredietgever zich nog steeds het recht voorbehouden om de kredietovereenkomst van bepaalde duur, zonder enige schadeloosstelling, te beëindi-

¹⁹⁸ Zie de art. VI.82 *et seq.* en VII.84 *et seq.* WER.

¹⁹⁹ Y. VAN WASSENHOVE, “Kredietverlening aan KMO’s”, *NJW* 2014, 633.

²⁰⁰ Art. VI.83, 1° WER.

²⁰¹ R. STEENNOT, “Commentaar bij artikel 32, 1° WHPC” in *Overzicht handels- en economisch recht*, Antwerpen, Kluwer, losbl., nr. 2; J. STUYCK, *Handelspraktijken in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XIII.IIA, Brussel, E.Story-Scientia, 2004, 330; R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT en D. GOENS, *Wet marktpraktijken*, Antwerpen Intersentia, 2010, 200.

²⁰² Y. VAN WASSENHOVE, “Kredietverlening aan KMO’s”, *NJW* 2014, 633.

gen. In de *memorie van toelichting* wordt opvallend veel aandacht besteed aan de afbakening van het concept “overmacht”, waarbij in het bijzonder wordt verwezen naar de theorie van de “ontoerekenbare onmogelijkheid”²⁰³. Overmacht impliceert een vreemde oorzaak die de uitvoering van de verbintenis volstrekt of redelijkerwijs onmogelijk maakt. In de context van de WKF dient hierbij voornamelijk te worden gedacht aan situaties waarin een klantenrelatie moet worden stopgezet als gevolg van een overheidsbeslissing, bijvoorbeeld ingevolge de toepassing van de antiwitwaswetgeving. In ieder geval niet als overmacht te beschouwen, is de verslechterde financiële situatie van de kredietnemer tijdens de duur van het krediet. Dit is immers essentieel een risico dat inherent is aan ieder kredietcontract, dat bij toepassing van de WKF integraal deel uitmaakt van de onderzoeksplicht die op de kredietgever rust. In het kader van kredietopeningen lijkt het voor de kredietgever in deze omstandigheden wel nog steeds mogelijk om de kredietovereenkomst te schorsen.

Dat een beding op zodanige wijze wordt geformuleerd dat het wezenlijk als een ontbindende voorwaarde kwalificeert, eerder dan als een opzegbeding, verhindert o.i. niet dat het als een verboden beding moet worden beschouwd wanneer

niet in een redelijke schadeloosstelling is voorzien²⁰⁴. Uit de wettekst valt niet af te leiden dat het slechts de bedoeling zou zijn geweest het verbod toe te passen ten aanzien van bedingen die een zeker keuzerecht geven aan de kredietnemer. Daarentegen wordt in de aanhef van artikel 13 WKF uitdrukkelijk aangegeven dat niet alleen “bedingen” als dusdanig worden geïnterpreteerd maar ook andere “voorwaarden” of “combinaties van bedingen en voorwaarden”.

127. Een derde en laatste verboden beding is nauw verwant met het voorgaande verbod. Het betreft het verbod om in kredietovereenkomsten van *onbepaalde* duur bedingen op te nemen die de kredietgever zouden toelaten de kredietovereenkomst op te zeggen zonder redelijke opzegtermijn voor de onderneming-kredietnemer. Ook in deze context bevat de wet een dubbele uitzondering; enerzijds voor gevallen van overmacht en anderzijds in geval van wanprestatie vanwege de onderneming. Net zoals dit met de “redelijke” schadeloosstelling het geval is waarin moet worden voorzien bij de beëindiging van overeenkomsten van bepaalde duur, lijkt ook in deze context discussie te kunnen ontstaan omtrent wat precies onder een “redelijke” opzegtermijn moet worden begrepen.

6. HANDHAVING

128. Wat de handhaving van de regelen uit de WKF betreft, worden in hoofdzaak twee wegen bewandeld. Enerzijds is er de privaatrechtelijke handhaving door de partijen. In dat verband kan in het bijzonder worden gewezen op de eerder besproken specifieke burgerrechtelijke sancties in geval van miskenning door de kredietgever van zijn adviesplicht of van de regelen inzake vervroegde terugbetaling (resp. art. 11 en 12 WKF). Anderzijds onderwerpt de WKF kredietgevers en kredietbemiddelaars voor wat betreft de naleving van de wet ook aan het administratieve toezicht van de FSMA (art. 15 WKF). Dit laatste sluit enigszins aan bij de bevoegdheid die de FSMA reeds had op het vlak van de naleving van de gedragsregelen voor kredietinstellingen ten aanzien van financiële *consumenten*²⁰⁵. Noteer overigens dat vanaf 1 juli 2015 de FSMA bovendien ook bevoegd wordt voor het toezicht op kredietgevers onder Boek VII WER.

129. De toezichtsbevoegdheid van de FSMA omvat de naleving van de gedrags- en informatieplichten die de WKF aan kredietgevers en -bemiddelaars oplegt, alsook de naleving van de bepalingen van de gedragscode. Meer concreet blijft aldus alleen de problematiek inzake vervroegde terugbetaling van het toezicht door de FSMA uitgesloten.

Opmerkelijk is dat bij de afbakening van de toezichtsovereenkomst van de FSMA eigenlijk ook nog twee materiële verplichtingen met algemene strekking aan kredietgevers en -bemiddelaars worden opgelegd. Het betreft vooreerst een verplichting om passende beleidslijnen en procedures vast te leggen en de nodige organisatorische en administratieve regelingen te treffen om de naleving van de gedrags- en informatieplichten uit de artikelen 4 tot 8 WKF te verzekeren. Van alle betrokken actoren lijkt aldus te worden verlangd dat zij een compleet draaiboek rond de implementatie van de WKF opstellen en toepassen. Een tweede verplichting is om alle gegevens in verband met het kredietverleningsproces bij te houden die de FSMA moeten toelaten haar toezichtstaak met betrekking tot de informatie- en gedragsverplichtingen voor kredietgevers en -bemiddelaars uit te oefenen. Het toezicht op de naleving van deze beide verplichtingen zelf is logischerwijs eveneens in handen van de FSMA.

130. Voor de uitoefening van haar toezichtsovereenkomst beschikt de FSMA vooreerst over de bevoegdheden zoals voorzien in artikel 34, § 1, 1° van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten²⁰⁶. Concreet kan de FSMA onder meer

²⁰³. *Memorie van toelichting, Parl.St. Kamer 2013-14, nr. 53-3088/001, 23-25.*

²⁰⁴. Zie in die zin Y. VAN WASSENHOVE, “Kredietverlening aan KMO’s”, *NJW* 2014, 635.

²⁰⁵. *Memorie van toelichting, Parl.St. Kamer 2013-14, nr. 53-3088/001, 25.*

²⁰⁶. *BS 4 september 2002; hierna “wet 2 augustus 2002”.*

van elke kredietgever of kredietbemiddelaar onder toepassing van de WKF zich elke informatie en elk document, in welke vorm ook, doen meedelen. Verder kan zij ook ter plaatse inspecties en expertises verrichten en ter plaatse kennis nemen en een kopie maken van elk document, gegevensbestand en registratie, en toegang hebben tot elk informaticasysteem.

131. Op het vlak van de sanctionering kan de FSMA een bevel tot kredietgevers of -bemiddelaars richten om bepaalde wederrechtelijke praktijken stop te zetten of bij te sturen, desgevallend onder verbeurte van een dwangsom (art. 36 wet 2 augustus 2002). Tot slot beschikt de FSMA ook in deze context over de bevoegdheid om vergunningen

te schorsen of in te trekken (art. 36bis wet 2 augustus 2002). Noteer echter dat niet iedere kredietgever onder de WKF noodzakelijk vergunningsplichtig is.

132. Terzijde kan nog worden opgemerkt dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om de WKF en de gedragscode aan een tweejaarlijkse *evaluatie* te onderwerpen (art. 14 WKF). Een voornemen dat kan worden toegejuicht. Bij deze evaluatie moeten minstens de FSMA, de Nationale Bank en de ombudsman in financiële geschillen (OMBUDSFIN) worden geconsulteerd. De verdere modaliteiten van de evaluatie moeten evenwel nog bij KB worden vastgelegd.

7. BESLUIT

133. De WKF beoogt zowel de professionele kredietmarkt te stimuleren als de strijd aan te binden met een aantal wanpraktijken in de kredietsector. De WKF focust hiertoe voor eerst op het bevorderen van transparantie en *fairness* in de (pre-)contractuele relatie tussen kredietgevers en ondernemingen. De WKF kent ondernemingen daarnaast ook een absoluut recht toe om kredieten vervroegd terug te betalen en beperkt de wederbeleggingsvergoeding voor kredieten van minder dan 1 miljoen euro dwingend tot maximaal 6 maanden interest.

134. Deze bijdrage beoogde een diepgaande, zij het niet-exhaustieve, analyse van de WKF. Op juridisch-technisch vlak werd stilgestaan bij de verschillende interpretatievragen die bij bepalingen van de WKF rijzen. In het bijzonder de juridische draagwijdte van bepaalde regelen en verplichtingen (dwingend recht vs. openbare orde en resultaat- vs. middelvenbintenis), alsook het toepassingsgebied van de WKF blijken allerminst glashelder. Inzake het toepassingsgebied dienen een aantal wetgevende keuzes o.i. te worden betreurd. Hierbij kan onder meer worden verwezen naar de afbakening van het materiële toepassingsgebied aan de hand van kruisverwijzingen naar andere wetgeving, waarvan sommige echter niet langer van kracht zijn (WMPC en wet van 2 augustus 2002 inzake vrije beroepen), alsook van wetgeving die zich maar moeilijk laat toepassen in de context van de WKF (de afbakening van het begrip “onderneming” a.d.h.v. art. 15 W.Venn.).

Bij gebrek aan een duidelijke houvast in de wet en de memorie van toelichting trachtte de minister van Financiën, in antwoord op een parlementaire vraag, een aantal onduidelijkheden weg te werken. De naar voor gebrachte standpunten staan echter op verschillende punten op gespannen voet met de tekst van de wet. Terughoudendheid bij de toepassing daarvan is aldus geboden.

De lege ferenda kan o.i. een alternatief, restrictiever en bovenal eenvoudiger toepassingsgebied worden bepleit, nl.

alle kredietovereenkomsten onder een door de wetgever bepaald plafondbedrag (bv. 1 miljoen euro) gesloten door professionele kredietverleners en die niet onder het principiële toepassingsgebied van de WCK/artikelen VII.64 *et seq.* WER of de WHK vallen.

135. Naast een juridisch-technische analyse, kwam ook het ruimere beleidsmatige kader waarbinnen de WKF te situeren valt aan bod. Hierbij kan het aannemen van een wettelijke regeling inzake wederbeleggingsvergoedingen, voorheen voorwerp van levendige controverse, worden toegejuicht. Onze bijdrage signaleerde op dit punt slechts een aantal elementen die nog voor verbetering vatbaar zijn.

Voorts kan ook de doelstelling om de allerkleinste ondernemingen, die vaak over een zwakke onderhandelingspositie beschikken, bijkomende bescherming te bieden bij de totstandkoming van kredietovereenkomsten *an sich* worden onderschreven. De doeltreffendheid van de diverse gedrags- en informatievoorschriften lijkt evenwel onzeker. Hoewel gestandaardiseerde informatie zeker waardevoller is dan niet-gestandaardiseerde precontractuele informatie, valt te betwijfelen of de door de WKF voorziene precontractuele informatieverstrekking een voldoende middel is om informatieasymmetriën in hoofde van de onderneming m.b.t. de kredietovereenkomst weg te werken. De transactiekosten van de onderneming, en in het bijzonder de kosten om de informatie te verwerken en toe te passen (zgn. “*processing costs*”) blijven hoog. De adviesverplichting uit artikel 6 WKF gaat anderzijds significant verder dan het informeren van de onderneming of het waarschuwen betreffende de potentiële impact van een kredietbeslissing. Opgemerkt dient ook dat de WKF de rechtbanken een wel erg ruime discretionaire marge toekent bij de sanctionering van een eventuele miskennis van de wet.

136. Wij zijn van oordeel dat de WKF de kredietmarkt geenszins zal stimuleren en de toegang van KMO's tot bankfinanciering niet zal bevorderen. Nochtans was dit, minstens

vanuit formeel oogpunt, één van de voornaamste doelstellingen van de wet. De bepalingen inzake precontractuele informatie en advies verhogen de complexiteit van de procedure voor het verkrijgen van een krediet aanzienlijk. Deze toegenomen complexiteit en de inperking van de (contractuele) rechten van kredietgevers, dreigen kredieten voor ondernemingen uiteindelijk duurder te zullen maken. In dit opzicht is de link die de stellers van de WKF absoluut hebben willen leggen tussen de – tot op zeker hoogte verdedigbare – verbetering van de rechtspositie van sommige professionele kredietnemers enerzijds en de bevordering van de toegang tot krediet voor KMO's anderzijds, behoorlijk ongelukkig.

De vervlochten bevoegdheidsverdeling betreffende KMO(-financiering) speelt op dit punt wellicht een belangrijke rol. Economisch beleid is vandaag een regionale bevoegdheid. De federale overheid is bevoegd voor financiële regelgeving (bv. gedragsregels en informatieverstrekking). Het lijkt er dan ook op dat de federale wetgever, bij het uitwerken van een regeling inzake wederbeleggingsvergoedingen absoluut – doch tevergeefs – een bijdrage wou leveren aan een oplossing voor de financieringsproblematiek voor KMO's. Wat dit laatste betreft, komt het er evenwel niet in hoofdzaak op aan de informatieasymmetrie tussen

ondernemingen en kredietgevers weg te werken, doch wel om het veelvoud aan Europese, Belgische en regionale ondersteunings- en begeleidingsprogramma's voor KMO's die de voorbije jaren zijn ontstaan, alsook de alternatieve KMO-financieringskanalen, beter te stroomlijnen en – ook voor micro-ondernemingen – toegankelijker te maken.

137. Bovenstaande overwegingen ten spijt, maakt de WKF vandaag deel uit van het Belgische kredietrecht. Eens de nieuwe gedrags- en informatieplichten door de praktijk zijn geabsorbeerd, dient te worden geëvalueerd welke van deze bepalingen een daadwerkelijke meerwaarde vormen voor potentiële kredietnemers. De kosten voor de financiële sector dienen deel uit te maken van dergelijke kosten-batenanalyse. Hierbij verdient het in ieder geval ook de aanbeveling de omschrijving van het toepassingsgebied van de WKF aanzienlijk te vereenvoudigen. De wetgever lijkt zich ten slotte ook meer fundamenteel te moeten beraden over een beter gestructureerd en waar mogelijk geïntegreerd kredietrecht, nu dit vandaag immers, zonder duidelijke samenhang, verspreid ligt over de WKF, het Burgerlijk Wetboek en de in het Wetboek van economisch recht geïntegreerde WCK en WHK.