

De nieuwe algemene toetsingsnorm in Boek 5 BW: gevolgen voor contracten betreffende financiële diensten

Abstract

Het nieuwe artikel 5.52 BW houdt in dat niet-onderhandelbare bedingen die een kennelijk onevenwicht creëren tussen de rechten en plichten van de partijen onrechtmatig zijn en voor niet-geschreven moeten worden gehouden. In deze bijdrage bespreken we deze nieuwe bepaling en argumenteren wij dat ook ondernemingen die financiële diensten verwerven zich op de bescherming die de nieuwe algemene toetsingsnorm biedt, kunnen beroepen. Wij pleiten er verder voor de nodige terughoudendheid aan de dag te leggen bij het hanteren van deze algemene toetsingsnorm, zonder dat dit er evenwel mag toe leiden dat de nieuwe regel dode letter zou blijven in B2B-contracten betreffende financiële diensten.

Inleiding

1. Artikel 5.52 van het Burgerlijk Wetboek (hierna “BW”) voert voor het eerst in de geschiedenis van het Belgische recht een algemene toetsingsnorm inzake onrechtmatige bedingen in het Burgerlijk Wetboek in. Op die manier wordt het mogelijk om (niet-onderhandelbare) bedingen die niet onder het toepassingsgebied van de regelen inzake onrechtmatige bedingen uit het Wetboek Economisch Recht (hierna “WER”) of een andere specifieke regeling vallen op hun rechtmatigheid te toetsen. In wat volgt, schetsen wij vooreerst het toepassingsgebied van deze nieuwe bepaling, waarbij we in het bijzonder argumenteren dat de nieuwe algemene toetsingsnorm ook van toepassing is op contracten betreffende financiële diensten. Daarna onderzoeken wij hoe de nieuwe regels zich verhouden tot specifieke regelen (van financieel recht) en besteden we aandacht aan de criteria op grond waarvan de (on)rechtmatigheid van een beding beoordeeld moet worden. Tenslotte wordt meer concreet en *bij wege van voorbeeld* nagegaan in welke mate de nieuwe algemene toetsingsnorm in B2B-relaties de rechtmatigheid van bepaalde bedingen in kredietcontracten en contracten betreffende betalingsdiensten zou kunnen beïnvloeden.

§1 Toepassingsgebied

A. Personeel toepassingsgebied

2. In tegenstelling tot hetgeen het geval is in het Wetboek Economisch Recht wordt het personele toepassingsgebied van de nieuwe algemene toetsingsnorm op geen enkele wijze beperkt. De omschrijving van het onrechtmatig karakter van een beding maakt dit duidelijk waar het bedingen viseert die een kennelijk onevenwicht creëren tussen (contract)*partijen*. De hoedanigheid van een partij speelt aldus *in principe* geen rol: zowel ondernemingen, consumenten als overheden kunnen de algemene toetsingsnorm uit artikel 5.52 BW inroepen. Dit is een bewuste keuze van de wetgever die elke vorm van discriminatie wil vermijden¹.

3. Nochtans is het personele toepassingsgebied van artikel 5.52 BW in werkelijkheid minder ruim dan men op het eerste zicht zou denken. Gaat het immers over bedingen in contracten gesloten tussen

¹ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 55, 1806/001, 58.

enerzijds een onderneming (in de zin van artikel I.8, 39° WER²) en anderzijds een consument (in de zin van artikel I.1, 2° WER³) of over bedingen in contracten gesloten tussen ondernemingen (in de zin van artikel I.8, 39° WER) onderling, dan gelden de *bijzondere* bepalingen uit het Wetboek Economisch Recht (resp. I.8, 22° en VI.82-84 WER in B2C-relaties en art. VI.91/1 e.v. WER in B2B-relaties)⁴. Deze regelen hebben voorrang. Met andere woorden, de nieuwe algemene toetsingsnorm heeft (enkel) een rol te spelen waar het WER niet van toepassing is.

B. Materieel toepassingsgebied

1. Bedingen waarover niet onderhandeld kan worden: algemeen

4. De plaats van de algemene toetsingsnorm in het BW maakt vooreerst duidelijk dat de algemene toetsingsnorm slechts toepassing vindt op *contractuele* bedingen. Artikel 5.52 BW preciseert verder dat het toepassingsgebied beperkt is tot bedingen *waarover niet kan worden onderhandeld*. Door te bepalen dat de algemene toetsingsnorm enkel gehanteerd kan worden met betrekking tot niet-onderhandelbare bedingen onderscheidt de nieuwe algemene toetsingsnorm zich van de bestaande bepalingen inzake onrechtmatige bedingen uit het WER. Deze laatste vinden immers zowel in B2C als B2B-relaties ook toepassing op individueel onderhandelde bedingen. Dit betekent meteen dat de inperking van de wilsautonomie (en de rechtsonzekerheid) die uit artikel 5.52 BW resulteert minder groot is dan deze die uit het WER voortvloeit.

5. Het is opmerkelijk dat de uiteindelijk aanvaarde tekst van artikel 5.52 BW verschilt van deze van het oorspronkelijke wetsvoorstel waarin de toepassing van de algemene toetsingsnorm werd beperkt tot *toetredingscontracten*⁵. De beperking tot toetredingscontracten werd al snel bekritiseerd omdat er in een C2C-context nauwelijks toetredingscontracten worden gebruikt en het nut van de nieuwe toetsingsnorm *in het algemeen* dus te beperkt zou zijn⁶. De definitieve wettekst is een stap vooruit, aangezien deze nu ook toelaat niet-onderhandelbare bedingen in contracten die geen toetredingscontracten zijn te toetsen. Helaas munt de bepaling niet uit in duidelijkheid. De vraag blijft immers wanneer er over een beding niet kon worden onderhandeld. Volstaat het aan te tonen dat een beding niet het voorwerp van individuele onderhandelingen heeft uitgemaakt of moet men daadwerkelijk bewijzen dat onderhandelingen over de inhoud van het betrokken beding onmogelijk waren? Vereisen dat wordt bewezen dat *elke* onderhandeling van een concreet beding volledig onmogelijk was, lijkt ons alvast te verregaand aangezien het de toepassingsmogelijkheden van de algemene toetsingsnorm te zeer zou inperken. Veeleer lijkt men te moeten uitgaan van een objectief criterium om de niet-onderhandelbaarheid vast te stellen, zoals de economische machtsverhoudingen tussen partijen.

6. Indien de clausules van de overeenkomst wel het voorwerp uitmaakten van onderhandelingen, kan het nuttig zijn om hier in de preambule van de overeenkomst naar te verwijzen, waarbij de

² Elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft (alsmede zijn verenigingen).

³ Elke natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden buiten beroepsactiviteit.

⁴ Zie in detail over deze regelen: R. STEENNOT, *Onrechtmatige Bedingen*, in *Artikel & Commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2020 en de daarbij geciteerde rechtspraak en rechtsleer.

⁵ Deze worden intussen in artikel 5.10 BW gedefinieerd als contracten die vooraf en eenzijdig zijn opgesteld door een partij en waarover niet onderhandeld kan worden.

⁶ P. CAMBIE en R. FELTKAMP, "Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen: (g)een valabel substituuut voor de B2B-wet", *RW* 2021-2022, 1579-1580; R. STEENNOT, "Onrechtmatige bedingen in B2B-contracten: algemene en bijzondere regelen beperken wilsautonomie (steeds meer)" in *Actualia Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia 2022, 84.

verschillende fasen van de onderhandelingen worden gepreciseerd en waarop zij betrekking hadden. Een algemeen beding daarentegen dat bepaalt dat elk beding in het contract het voorwerp kon uitmaken van onderhandelingen, volstaat naar onze overtuiging op zich niet om de toepassing van de algemene toetsingsnorm buiten spel te zetten, aangezien dit zou toelaten om op een indirecte wijze aan de dwingende algemene toetsingsnorm te ontsnappen. Wel zal dergelijk beding tot gevolg hebben dat het aan de wederpartij is om aan te tonen dat in werkelijkheid geen individuele onderhandeling mogelijk was.

2. Bedingen in contracten betreffende financiële diensten

7. In de regeling inzake onrechtmatige bedingen in B2B-contracten (art. VI. 91/1 WER) worden overeenkomsten betreffende financiële diensten en (overeenkomsten die voortvloeien uit) overheidsopdrachten uitgesloten. Via de algemene toetsingsnorm uit het BW worden zij nu naar onze overtuiging alsnog aan een rechtmatigheidscontrole onderworpen. Het argument dat de uitsluiting van deze overeenkomsten in artikel VI.91/1 WER (dat de *lex specialis* vormt ten aanzien van de algemene toetsingsnorm uit artikel 5.52 BW) zou doorwerken naar het BW⁷ snijdt geen hout. Indien de wetgever de bedoeling had gehad deze overeenkomsten ook in deze wet van latere datum uit te sluiten, dan was deze voorkeursbehandeling vermeld geweest. Ook uit de vermelding in de memorie van toelichting dat de nieuwe regel van toepassing is in C2C-relaties en meer algemeen geldt voor *alle contracten die buiten het toepassingsgebied van de artikelen VI.82 e.v. en VI.91/1 e.v. WER vallen*⁸, lijkt men ons inziens te moeten afleiden dat de wetgever wel degelijk de bedoeling had om de door de B2B-wet⁹ uitgesloten overeenkomsten aan de nieuwe algemene toetsingsnorm te onderwerpen¹⁰.

Tenslotte zou men zich ernstige vragen kunnen stellen over de verenigbaarheid met het gelijkheidsbeginsel van een interpretatie waarbij financiële diensten worden uitgesloten van de algemene toetsingsnorm. De vaststelling dat er heel wat specifieke financieelrechtelijke wetgeving is (die nog de (weliswaar twijfelachtige¹¹) rechtvaardiging vormde voor de uitsluiting van financiële diensten uit het toepassingsgebied van de regelen inzake onrechtmatige bedingen in B2B-relaties), vormt op zich naar onze overtuiging geen voldoende verantwoording voor een onderscheiden behandeling van contracten betreffende financiële diensten onder de algemene toetsingsnorm. *Eenzijds* kan de aanwezigheid van financiële wetgeving professionele cliënten (waarvan een aantal zich in een gelijkaardige positie bevinden als consumenten) onvoldoende beschermen, aangezien regelen van financieel recht in heel wat gevallen enkel gelden ten aanzien van consumenten of ten aanzien van niet-consumenten kunnen worden wegbedongen, zie bijvoorbeeld de aansprakelijkheidsregelen voor betalingsincidenten. *Anderzijds* biedt een algemene toetsingsnorm, veel meer dan lijsten met verboden bedingen, de mogelijkheid om rekening te houden met de eigenheid van de dienst die wordt verstrekt (of het financiële instrument dat wordt aangeboden). We

⁷ Argument vermeld door I. CLAEYS en E. LANGENAEKEN, “Het aankomende nieuwe verbintenissenrecht” in J. BAECK, I. CLAEYS en A. WYLLEMAN (eds.), *Postuniversitaire cyclus Willy Delva. Hervorming van het verbintenissen- en goederenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2022, 18.

⁸ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 55, 1806/001, 57.

⁹ Wet van 4 april 2019 houdende wijziging van het Wetboek van Economisch Recht met betrekking tot misbruiken van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen, *BS* 24 mei 2019, 50066.

¹⁰ Zie ook (enigszins voorzichtig) in die zin: C. VAN OLDENEEL, “Code civil: le droit des obligations (enfin) modernisé”, *T. Verz.* 2022, 279.

¹¹ Kritisch omtrent deze rechtvaardiging: S. GEIREGAT en R. STEENNOT, “Impact van de B2B-wet op de wilsautonomie en rechtszekerheid: een rechtsvergelijkende analyse”, *TPR* 2019, 991-992.

voegen in dit kader ook nog toe dat ook in de ons omringende landen (Duitsland, Nederland en Frankrijk) niet in een uitsluiting voor financiële diensten van de algemene toetsingsnorm is voorzien.

8. Heel wat overeenkomsten betreffende financiële diensten zijn toetredingscontracten, ook indien de wederpartij van de financiële instelling geen consument is. Hoewel, zoals reeds werd vermeld, de toepassing van de algemene toetsingsnorm niet beperkt is tot toetredingscontracten, is de vaststelling dat het om een toetredingscontract gaat niet zonder belang. Wij zijn immers van oordeel dat bedingen in toetredingscontracten weerlegbaar vermoed kunnen worden niet onderhandelbaar te zijn. Het is aan de gebruiker van de voorwaarden (de financiële instelling) om aan te tonen dat onderhandeling over een bepaald beding wel mogelijk was. Het feit dat over een bepaald beding werd onderhandeld, volstaat overigens niet om het bewijs te leveren dat alle bedingen vatbaar waren voor onderhandeling.

3. Uitsluiting van kernbedingen

9. Zijn uitgesloten van de onrechtmatigheidstoets: bedingen die de hoofdprestaties van het contract bepalen of de gelijkwaardigheid van deze prestaties betreffen. Art. 5.52 BW verduidelijkt niet wat men onder “hoofdprestaties” moet verstaan. Ook de memorie van toelichting geeft hieromtrent geen verdere verduidelijking. Art. VI.82, lid 3 WER (B2C) en VI.91/3, §2, lid 3 WER (B2B) bevatten evenwel een gelijkaardige uitsluiting van *kernbedingen*. De tekst van beide artikels is nagenoeg identiek en bepaalt dat de beoordeling van het onrechtmatig karakter van bedingen geen betrekking heeft op de bepaling van het *eigenlijke voorwerp* van de overeenkomst, noch op de *gelijkwaardigheid van de prijs of vergoeding of de als tegenprestatie te leveren producten*. In B2C-context heeft het Hof van Justitie reeds (een enge) invulling gegeven aan deze uitsluitingen¹². Hoewel de rechter bij de toepassing van de algemene toetsingsnorm uit artikel 5.52 BW niet gebonden is door deze interpretatie, kan die rechtspraak toch enigszins richtinggevend zijn voor de toepassing van artikel 5.52, lid 3 BW¹³.

10. De uitsluiting van kernbedingen wordt klassiek verantwoord vanuit de contractvrijheid. Partijen moeten vrij afspraken kunnen maken over de essentie van de overeenkomst¹⁴. Opmerkelijk is wel dat de klassieke voorwaarde voor de uitsluiting van kernbedingen – met name de voorwaarde dat deze bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd (zie art. VI. 82, lid 3 (B2C) en VI.91/3 §2, lid 3 (B2B) WER) – niet wordt herhaald in het BW. Dit valt te betreuren¹⁵ (en is mogelijks een *slip of the pen* geweest). Men zou toch mogen verwachten dat kernbedingen zo opgesteld moeten worden dat de economische en juridische gevolgen van het beding duidelijk zijn voor een gemiddelde tegenpartij (bij de aanbieding van financiële diensten is dit de gemiddelde professionele afnemer van die diensten). Dit is overigens ook wat het Hof van Justitie vereist in een B2C-context¹⁶. In een B2C-context gaat het

¹² Zie bijvoorbeeld, zonder exhaustief te willen zijn: HvJ 30 april 2014, C-26/13, *Kásler*, ECLI:EU:C:2014:282, nr. 58; HvJ 26 februari 2015, C-143/13, *Matei*, ECLI:EU:C:2015:127, nr. 78; HvJ 23 april 2015, C-94/14, *Van Hove*, ECLI:EU:C:2015:262, nrs. 33-39; HvJ 20 september 2017, C-186/16, *Ruxandra Paula Andriciu*, ECLI:EU:C:2017:703, nrs. 38; HvJ 22 februari 2018, C-119/17, *Liviu Petru Lupean*, ECLI:EU:C:2018:103, nr. 18; HvJ 20 september 2018, C-51/17, *OTP Bank en OTP Faktoring*, EU:C:2018:750, nr. 68; HvJ 3 oktober 2019, C-621/17, *Kiss en CIB Bank*, EU:C:2019:820, nr. 32; HvJ 16 juli 2020, C-224/19 en C-259/19, *Caixabank*, ECLI:EU:C:2020:578, nrs. 64-65; HvJ 10 juni 2021, C-609/19; *BNP Paribas Personal Finance*, ECLI:EU:C:2021:469, nr. 36; HvJ 10 juni 2021, C-776/19 tot C-782/19, *BNP Paribas Personal Finance*, ECLI:EU:C:2021:470, nr. 60.

¹³ Toegegeven, in B2B-relaties lijkt de Belgische wetgever een ruimere invulling te hebben willen geven aan deze uitsluiting. Zie voorstel van wet houdende wijziging van het Wetboek van economisch recht met betrekking tot misbruik van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen, *Parl. St. Kamer*, Doc. 54, 3595/001, 22-25.

¹⁴ Zie ook: Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 54, 3595/001, 23.

¹⁵ In die zin ook: P. CAMBIE en R. FELTKAMP, *ibidem*, RW 2021-2022, 1582.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld, zonder exhaustief te willen zijn: HvJ 30 april 2014, C-26/13, *Kásler*, ECLI:EU:C:2014:282, nr. 73; HvJ 26 februari 2015, C-143/13, *Matei*, ECLI:EU:C:2015:127, nr. 74; HvJ 23 april 2015, C-94/14, *Van Hove*,

Hof overigens nog verder door *in bepaalde gevallen* op grond van het transparantievereiste een onderneming te verplichten de consument te informeren omtrent zijn wettelijk rechten¹⁷. Dergelijke verregaande informatieverplichting lijkt ons evenwel te ver te gaan in relaties waarin het onevenwicht niet van dezelfde aard is als het onevenwicht dat bestaat in B2C-relaties.

C. § 2 Verhouding tot specifieke regelen

1. Verhouding tot specifieke regelgeving

11. De nieuwe algemene toetsingsnorm vormt de *lex generalis*. Dat betekent dat de algemene toetsingsnorm geen toepassing vindt indien de rechtmatigheid van een beding het voorwerp uitmaakt van een bijzondere regeling. De bijzondere regeling primeert en bedingen die de grenzen respecteren die in de bijzondere regel vervat liggen, kunnen naar onze overtuiging op grond van de algemene toetsingsnorm niet als onrechtmatig worden beschouwd.

We illustreren dit aan de hand van enkele regelen uit de KMO-Financieringswet¹⁸, die toepassing vindt wanneer een kredietovereenkomst wordt gesloten tussen een professioneel kredietgever en een kleine onderneming (onderneming die op het ogenblik van de kredietaanvraag voldoet aan de criteria van artikel 1:24 van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen). Artikel 13 verbiedt *onder meer* bedingen of voorwaarden die, behoudens in geval van wanprestatie van de onderneming (kredietnemer) en overmacht, de kredietgever toestaan de overeenkomst voor *bepaalde* duur eenzijdig te beëindigen *zonder redelijke schadeloosstelling* voor de kredietnemer. Artikel 9 van dezelfde wet begrenst voor kredietovereenkomsten waarvan het oorspronkelijke kredietbedrag hoogstens twee miljoen euro bedraagt de wederbeleggingsvergoeding bij een vervroegde terugbetaling door de kredietnemer tot zes maanden rente. Welnu, een beding dat de kredietgever de mogelijkheid biedt de kredietovereenkomst van bepaalde duur eenzijdig op te zeggen, mits redelijke schadevergoeding en een beding dat de wederbeleggingsvergoeding vaststelt op zes maanden rente, kan niet als nog onrechtmatig zijn op grond van de algemene toetsingsnorm. Men vindt deze gedachte ook terug in de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake B2C-relaties.¹⁹ Bepalingen die regelen van dwingend (en zelfs suppletief) recht hernemen, hoeven niet te worden onderworpen aan de rechtmatigheidstoets. De wetgever heeft immers op specifieke wijze bepaald waar het evenwicht tussen de rechten en plichten van de partijen ligt.

12. De voorrang van de specifieke wet geldt evenwel slechts voor bedingen die het voorwerp van een specifieke regeling uitmaken. Bijvoorbeeld, bevoegdheidsbedingen of uitdrukkelijk ontbindende bedingen worden niet specifiek geregeld in de KMO-Financieringswet. Het loutere feit dat een kredietovereenkomst onder het toepassingsgebied van de KMO-Financieringswet valt, impliceert dus

ECLI:EU:C:2015:262, nr. 41; HvJ 9 juli 2015, C-348/14, *Maria Bucura*, ECLI:EU:C:2015:447, nr. 55; HvJ 20 september 2017, C-186/16, *Ruxandra Paula Andricu*, ECLI:EU:C:2017:703, nr. 45; HvJ 20 september 2018, C-51/17, *OTP Bank en OTP Faktoring*, ECLI:EU:C:2018:750, nr. 78; HvJ 3 oktober 2019, C-621/17, *Kiss en CIB Bank*, ECLI:EU:C:2019:820, nr. 37; HvJ 22 februari 2018, C-119/17, *Liviu Petru Lupean*, ECLI:EU:C:2018:103, nr. 31; HvJ 22 februari 2018, C-126/17, *Orsolya Czako*, ECLI:EU:C:2018:107, nr. 35; HvJ 3 maart 2020, C-125/18, *Marc Gómez del Moral Guasch*, ECLI:EU:C:2020:138, nr. 56; HvJ 16 juli 2020, C-224/19 en C-259/19, *Caixabank*, ECLI:EU:C:2020:578, 67-68; HvJ 10 juni 2021, C-609/19, *BNP Paribas Personal Finance*, ECLI:EU:C:2021:469, nr. 53.

¹⁷ Dit is met name het geval indien de afwezigheid van deze informatie de consument zou kunnen misleiden. Zie HvJ 28 juli 2016, C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation t. Amazon*, ECLI:EU:C:2016:612, nr. 71.

¹⁸ Wet 21 december 2013 betreffende diverse bepalingen inzake de financiering voor kleine en middelgrote ondernemingen, BS 31 december 2013, 104012.

¹⁹ HvJ 21 maart 2013, C-92/11, *RWE Vertrieb*, ECLI:EU:C:2013:180.

niet dat bedingen die niet het voorwerp uitmaken van een specifieke regel, zoals bevoegdheidsbedingen en uitdrukkelijk ontbindende bedingen, niet meer getoetst zouden kunnen worden.

2. Bijzondere regeling voor schadebedingen en bevrijdingsbedingen in het BW

13. In het nieuwe Boek 5 BW vindt men naast de algemene toetsingsnorm ook specifieke regelen terug voor schadebedingen (art. 5.88 BW) en bevrijdingsbedingen (art. 5.89 BW). Ook deze bijzondere regelen, die bepalen welke grenzen schadebedingen en exoneratiebedingen moeten respecteren, genieten voorrang. Dat betekent dat in het geval waarin een beding rechtmatig is op grond van artikel 5.88 BW of 5.89 BW, het beding niet meer onrechtmatig kan zijn op grond van de algemene toetsingsnorm²⁰. Het is in dit kader nuttig kort aandacht te besteden aan de grenzen die artikel 5.88 en 5.89 BW bevatten, aangezien contracten betreffende financiële diensten vaak schadebedingen en bevrijdingsbedingen bevatten.

14. Kennelijk bovenmatige *schadebedingen* kunnen en moeten door de rechter gematigd worden (art. 5.88 BW). Op dat punt wijzigt er niets in vergelijking met artikel 1231 oud BW. Het onderscheid tussen het nieuwe artikel 5.88 BW en het oude artikel 1231 oud BW, bestaat erin dat de beoordeling van het kennelijk bovenmatig karakter niet meer moet geschieden in functie van de potentiële schade die voorzienbaar was bij het sluiten van het contract²¹, maar rekening houdend “*met de schade en alle andere omstandigheden, in het bijzonder met de rechtmatige belangen van de schuldeiser*” (art. 5.88 §2, lid 1 BW)²². In de memorie van toelichting wordt gepreciseerd, *enerzijds* dat zowel de *werkelijke schade* als de potentiële schade in aanmerking genomen moeten worden, *anderzijds* dat de rechter ermee rekening moet houden dat de werkelijke schade uit verschillende schadeposten kan bestaan (directe en indirecte schade, morele, materiële en financiële schade)²³. Andere omstandigheden, waarbij in het bijzonder wordt verwezen naar de rechtmatige belangen van de schuldeiser, spelen in de eerste plaats een rol indien de schade niet of moeilijk becijferd kan worden (en noch de potentiële, noch de werkelijke schade als beoordelingscriterium kunnen spelen), maar kunnen ook in aanmerking worden genomen in andere gevallen, zoals kan blijken uit de verwijzing naar de aard van het contract, de ernst van de niet-nakoming en de positie van de schuldenaar²⁴. Verder wordt ook gepreciseerd dat men bij de beoordeling van de bedongen vergoeding rekening mag houden met het belang van de schuldeiser om niet-nakoming te vermijden²⁵. Op die manier wordt afstand gedaan van de klassieke opvatting dat een schadebeding louter een compenserende functie en geen aanspoerende functie toekomt²⁶. In ieder geval verruimt artikel 5.88 BW de beoordelingsvrijheid van de rechter²⁷.

²⁰ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 55, 1806/001, 58.

²¹ Zie Cass. 22 oktober 2004, *RW* 2005-2006, 460, noot D. MERTENS, *JT* 2005, 679, *RABG* 2005, 647, noot J. BAECK. Enige nuancering is echter op zijn plaats. De toepassing van het criterium van de potentieel voorzienbare schade verhinderde echter niet dat de rechter bij de vaststelling van het bedrag van de potentieel voorzienbare schade rekening hield met de werkelijke schade. Ook kon een beroep op een forfaitair schadebeding rechtsmisbruik uitmaken wanneer een beroep op het beding werd gedaan terwijl de werkelijke schade veel lager lag (Y. NINANE en R. THÜNGEN, “L’inexécution du contrat imputable au débiteur” in R. JAFFERALI (ed.) *Le livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Brussel, Larcier 2022, 243).

²² A. DE BOECK, “Een verkennende blik op de markantste vernieuwingen in het verbintenissenrecht”, *Not. Fisc. M.* 2022, 311.

²³ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 55, 1806/001, 100.

²⁴ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 55, 1806/001, 100.

²⁵ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 55, 1806/001, 100.

²⁶ Zie hierover Cass. 17 april 1970, *Arr. Cass.* 1970, 754; I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 639-640.

²⁷ Y. NINANE en R. THÜNGEN, *ibidem* in R. JAFFERALI (ed.) *Le livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, 244.

15. Wat *bevrijdingsbedingen* betreft, bevestigt artikel 5.88 BW vooreerst de rechtspraak van het Hof van Cassatie die *enerzijds* de mogelijkheid biedt om in een exoneration voor zware fout te voorzien²⁸, doch *anderzijds* exonerationbedingen verbiedt die het contract uithollen²⁹ of die de schuldenaar bevrijden van aansprakelijkheid voor zijn opzettelijke fout³⁰. Nieuw zijn het verbod om bedingen op te nemen die de schuldenaar bevrijden van aansprakelijkheid voor fouten die het leven of de fysieke integriteit van een persoon hebben aangetast (niet relevant bij de aanbieding van financiële diensten), alsook het verbod om zich te exonereren voor opzettelijke fouten van een persoon voor wie de schuldenaar moet instaan, i.e. voor personen waarop de schuldenaar (*in casu* de financiële dienstverlener) een beroep doet om zijn verbintenissen uit te voeren. Het is opmerkelijk dat het BW soepeler is dan het WER waar bedingen die de aansprakelijkheid voor zware fout uitsluiten onrechtmatig zijn (B2C (art. VI.83, 13° WER)) of weerlegbaar vermoed worden onrechtmatig te zijn (B2B (art. VI.91/5, 6° WER)).

16. Tenslotte maken we melding van artikel 5.70 BW dat de mogelijkheid erkent om contractueel aan één van de contractpartijen het recht te geven het contract eenzijdig te wijzigen. Aldus erkent artikel 5.70 BW de rechtmatigheid van wijzigingsbedingen. Een toetsing van wijzigingsbedingen aan de algemene toetsingsnorm lijkt ons echter niet uitgesloten omdat, in tegenstelling tot hetgeen het geval is bij schadebedingen en bevrijdingsbedingen, geen specifieke grenzen zijn voorzien.

D. Temporeel toepassingsgebied

17. De bepalingen van Boek 5 BW hebben een eerbiedigende werking³¹. De bepalingen van Boek 5 BW zijn slechts van toepassing op rechtshandelingen en rechtsfeiten die hebben plaatsgevonden na de inwerkingtreding van de wet van 28 april 2022 (i.e. op contracten gesloten op of na 1 januari 2023). Tenzij partijen anders zijn overeengekomen, zijn zij niet van toepassing op de toekomstige gevolgen van rechtshandelingen en rechtsfeiten die hebben plaatsgevonden voor de datum van inwerkingtreding en evenmin op rechtshandelingen en rechtsfeiten die hebben plaatsgevonden na hun inwerkingtreding en die betrekking hebben op een verbintenis ontstaan uit een rechtshandeling die of een rechtsfeit dat heeft plaatsgevonden voor hun inwerkingtreding. Met andere woorden, de nieuwe algemene toetsingsnorm vindt, ondanks het feit dat deze van dwingend recht is, geen toepassing op contracten die werden gesloten voor de inwerkingtreding van Boek 5 BW, zelfs niet indien bepaalde prestaties (bv. terugbetalingen van een krediet) na 1 januari 2023 worden verricht³². Ook het feit dat het contract na de inwerkingtreding van Boek 5 BW werd gewijzigd of verlengd, verandert de analyse niet. De aanpak verschilt van de overgangsregeling die vervat ligt in de B2B-wet

²⁸ Cass. 25 september 1959, *RCJB* 1960, 5, noot J. DABIN, *JT* 1960, 114, noot J. ROTHIER, *RGAR* 1960, nr. 6574, noot R. DALCQ.

²⁹ Cass. 27 september 1990, *Bank Fin.* 1992, 37, noot J.F. ROMAIN.

³⁰ Cass. 25 september 1959, *RCJB* 1960, 5, noot J. DABIN, *JT* 1960, 114, noot J. ROTHIER, *RGAR* 1960, nr. 6574, noot R. DALCQ.

³¹ Art. 64 Wet 28 april 2022 houdende boek 5 “Verbintenissen”, *BS* 1 juli 2022, 54082. Omtrent het begrip “eerbiedigende werking” zie: T. VANCOPPERNOLLE, *Intertemporeel recht*, Mortsels, Intersentia, 2019, 101, nr. 102 e.v.

³² Het is natuurlijk wel mogelijk dat cliënten die in het verleden hebben gecontracteerd de facto mee profiteren. Zo is het denkbaar dat een instelling die haar algemene voorwaarden aanpast voor contracten die vanaf 1 januari 2023 worden gesloten, diezelfde aanpassingen doorvoert in de algemene voorwaarden van voorheen gesloten contracten.

en die inhoudt dat de op 1 december 2020 in werking getreden regelen inzake onrechtmatige bedingen van toepassing zijn op alle contracten die sedert die datum worden gesloten, *hernieuwd of gewijzigd*³³.

Ook uitvoeringscontracten die na de inwerkingtreding van Boek 5 BW worden gesloten naar aanleiding van een raamcontract dat werd gesloten voor de inwerkingtreding van Boek 5 BW, vallen volgens de memorie van toelichting nog onder het oude recht³⁴. Artikel 5.9 BW omschrijft een raamcontract als een contract waarbij de partijen de algemene principes overeenkomen waarbinnen zij latere uitvoeringscontracten zullen sluiten. Dat alles betekent bijvoorbeeld dat de nieuwe algemene toetsingsnorm geen toepassing vindt op nieuwe kredieten die tot stand komen in het kader van een voor 1 januari 2023 gesloten kaderkredietovereenkomst (tenzij wanneer de partijen ervoor kiezen deze overeenkomst(en) aan het nieuwe recht te onderwerpen).

E. Toepassingsgebied ratione loci

18. Indien het gaat om een grensoverschrijdende overeenkomst, zal de Belgische algemene toetsingsnorm toepassing vinden indien het Belgische recht van toepassing is. Indien de toepassing van een ander recht dan het Belgische recht het gevolg is van een rechtskeuzebeding, dient men rekening te houden met de beperkingen uit artikel 3.3 van de Rome I Verordening. Artikel 3.3 Rome I bepaalt dat indien *alle* overige op het tijdstip van de keuze bestaande aanknopingspunten zich bevinden in een ander land dan het land waarvan het recht is gekozen (vb. België, terwijl er voor het recht van de UK werd gekozen), de door de partijen gemaakte keuze de toepassing van de rechtsregels van dat andere land waarvan niet bij overeenkomst mag worden afgeweken, onverlet laat. Meer concreet, zijn er helemaal geen aanknopingen met het gekozen recht, dan kan die rechtskeuze de toepassing van de algemene toetsingsnorm uit artikel 5.52 BW niet verhinderen. Artikel 9 Rome I dat de mogelijkheid biedt om bepalingen van bijzonder dwingend recht toe te passen lijkt ons daarentegen niet te kunnen worden gehanteerd om bij een rechtskeuze voor een ander land, de toepassing van de Belgische algemene toetsingsnorm te rechtvaardigen.

§ 2 Beoordeling van de onrechtmatigheid

19. Bedingen zijn onrechtmatig indien ze een *kennelijk* onevenwicht creëren. Aangezien art. 5.52, lid 3 BW een uitsluiting bevat voor kernbedingen, gaat het hier noodzakelijkerwijze om een juridisch onevenwicht, niet om een economisch onevenwicht³⁵. De vereiste van een *kennelijk* onevenwicht houdt in dat de rechter zich terughoudend moet opstellen en zich moet beperken tot een marginale toetsing³⁶. Tot dusver sluit de algemene toetsingsnorm aan bij de in het WER geïncorporeerde algemene toetsingsnormen (die in het WER evenwel een aanvulling vormen op de lijsten met bedingen die hetzij *per se* onrechtmatig zijn, hetzij weerlegbaar vermoed worden onrechtmatig te zijn).

20. Opmerkelijk is dat de tekst van artikel 5.52, lid 2 BW zelf slechts één van de klassieke beoordelingscriteria uitdrukkelijk vermeldt, met name de omstandigheden rond het sluiten van de

³³ Art. 39, lid 4 Wet 4 april 2019. Zie verder bv. E. TERRY, "Onrechtmatige bedingen tussen ondernemingen" in *Nieuw economisch recht in B2B-relaties*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 98.

³⁴ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 55, 1806/001, 297.

³⁵ Over de begrippen "juridisch onevenwicht" en "economisch onevenwicht", zie E. TERRY, *Nieuw economisch recht in B2B-relaties*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 108, nr. 24 met verwijzingen aldaar.

³⁶ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 55, 1806/001, 58. Zie ook (kritisch): P. CAMBIE en R. FELTKAMP, *ibidem*, RW 2021-2022, 1580.

overeenkomst (vgl. met de tekst van art. VI.82 WER en VI.91/3 WER³⁷). De lezing van de memorie van toelichting maakt echter duidelijk dat de andere gekende beoordelingscriteria, zoals de aard van de producten, de andere bedingen van het contract, de gebruiken en de algemene economie van het contract, deel uitmaken van die omstandigheden en aldus toch meegenomen kunnen of moeten worden bij het beantwoorden van de vraag of een bepaald beding al dan niet een kennelijk onevenwicht creëert tussen de rechten en plichten van de partijen³⁸.

Zo zal het feit dat bij een autonome bankgarantie door de opdrachtgever geen beroep kan worden gedaan op excepties uit de onderliggende verhouding en de bank de garantie op eerste verzoek kan betalen (en vervolgens terugbetaling van de opdrachtgever kan verkrijgen), niet leiden tot het bestaan van een kennelijk onevenwicht, aangezien deze afspraken inherent zijn aan de aard van het product. Wat de gebruiken betreft, kan in het bijzonder worden verwezen naar internationaal aanvaarde documenten (vb. ISDA Master Agreement). Bedingen die in dit type van documenten voorkomen, kunnen geacht worden geen kennelijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van de partijen te creëren. Wat het criterium “de andere bedingen in het contract” betreft, kan men ook rekening houden met (het gebrek aan) wederkerigheid³⁹. Verder lijkt men bij samenhangende contracten ook te kunnen kijken naar bedingen in contracten, waarvan het contracten waarin het te toetsen beding vervat ligt, afhankelijk is.

21. Ook de mate waarin een beding afwijkt van het suppletief recht speelt volgens de memorie van toelichting een rol⁴⁰. De rechter moet een vergelijking maken tussen de rechten en plichten van partijen wanneer het contract het litigieuze beding bevat en de rechten en plichten van partijen wanneer het contract dit beding niet zou bevatten. Dat dit criterium wordt vermeld, is opvallend, omdat dit criterium door het Hof van Justitie werd ontwikkeld in een B2C-context⁴¹. In ieder geval mag niet elke afwijking van het suppletief recht als onrechtmatig worden beschouwd aangezien de aard van het suppletief recht er net in bestaat dat ervan afgeweken kan worden. Enkel wanneer op grond van een beding aan een partij in aanmerkelijke mate wordt ontnomen waarop zij op grond van het suppletief recht aanspraak kon maken, kan er sprake zijn van een kennelijk onevenwicht.

22. Bijzonder is verder dat omgekeerd geen melding wordt gemaakt van de duidelijkheid en begrijpelijkheid van een beding als potentieel beoordelingscriterium⁴², dit terwijl dit criterium in B2C-context een uitermate belangrijke rol heeft gespeeld⁴³. Het feit dat de duidelijkheid en begrijpelijkheid van bedingen niet afzonderlijk wordt vermeld, sluit naar onze overtuiging evenwel niet uit dat dit criterium een rol kan spelen bij de beoordeling van het al dan niet bestaan van een kennelijk onevenwicht. De beoordeling van de begrijpelijkheid en de duidelijkheid van een beding moet alsdan geschieden vanuit het standpunt van de gemiddelde professionele cliënt, die behoort tot de doelgroep van de betrokken overeenkomsten.

23. In tegenstelling tot het WER, bevat het BW geen lijst van bedingen die *per se* onrechtmatig zijn (zwarte lijst- VI.91/4) of die weerlegbaar vermoed worden onrechtmatig te zijn (grijze lijst – VI.91/5) voor B2B-relaties. Wat de zwarte lijst van *per se* verboden bedingen in B2C-relaties betreft (VI.83), benadrukt de wetgever in de memorie van toelichting dat deze lijst niet noodzakelijkerwijze toepasbaar in een C2C-context is. De loutere vaststelling dat een beding voorkomt op de zwarte lijst van onrechtmatige bedingen in een B2C-context, volstaat niet om tot de onrechtmatigheid van

³⁷ In artikel VI.91/3 WER worden verder de algemene economie van de overeenkomst en de geldende handelsgebruiken vermeld.

³⁸ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 55, 1806/001, 58-59.

³⁹ Zie bv. Orb. Hasselt 22 juni 2022, *Lim. RI.2022*, 236.

⁴⁰ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 55, 1806/001, 58.

⁴¹ HvJ 14 maart 2013, C-415/11, *Aziz*, ECLI:EU:C:2013:164.

⁴² In tegenstelling tot hetgeen het geval is in art. VI.82 en VI.91/3 WER.

⁴³ Zie R. STEENNOT, *Onrechtmatige Bedingen. Artikel & Commentaar*, Mechelen, Kluwer 2020, 215 en 85-86.

eenzelfde beding in een niet B2C-context te besluiten⁴⁴. Dit mag inderdaad niet verwonderen aangezien de wederpartij zich bij de toepassing van de algemene toetsingsnorm uit het BW niet (minstens niet noodzakelijk) in dezelfde ondergeschikte positie bevindt als een consument tegenover een onderneming.

Zoals eerder reeds werd vermeld, kan de algemene toetsingsnorm uit artikel 5.52 BW ook gehanteerd worden inzake contracten betreffende financiële diensten tussen ondernemingen onderling, dit in tegenstelling tot de regelen die in het WER vervat liggen. Het spreekt voor zich dat ook hier geldt dat het enkele feit dat een beding in artikel VI.91/4 (zwarte lijst) of VI.91/5 WER (grijze lijst) wordt vermeld, niet volstaat om op grond van artikel 5.52 BW te besluiten tot het bestaan van een kennelijk onevenwicht. Immers, indien de wetgever dit effect had beoogd, dan had hij financiële diensten niet uitgesloten van de regelen inzake onrechtmatige bedingen in artikel VI.91/1 WER.

24. Uit hetgeen voorafgaat, mag men echter niet afleiden dat van de vermelding van een bepaald type beding op een niet rechtstreeks toepasselijke zwarte of grijze lijst geen enkel signaal kan uitgaan. Ook in andere landen wordt in gevallen waarin de lijsten niet van toepassing zijn, een zekere reflexwerking aanvaard⁴⁵. Meer concreet en bij wege van voorbeeld, verbieden zowat alle lijsten bedingen die ertoe strekken te voorzien in een onherroepelijke verbintenis voor de wederpartij, terwijl de uitvoering van de prestaties van de gebruiker van het beding onderworpen is aan een voorwaarde waarvan de verwezenlijking uitsluitend afhankelijk is van haar wil (art. VI.83, 1° WER; VI.91/4, 1° WER, art. 13 KMO-Financieringswet). Daaruit mag men afleiden dat de wetgever dit type van bedingen absoluut wenst te weren, waardoor deze bedingen ook in contracten die niet onder de genoemde bepalingen vallen (bv. een kredietovereenkomst met een onderneming die niet als kleine onderneming kwalificeert) wellicht kennelijk onevenwichtig zullen zijn.

Verder maken zowel de zwarte lijst uit artikel VI.83 WER als de grijze lijst uit artikel VI.91/5 WER duidelijk dat de wetgever zich kritisch opstelt met betrekking tot eenzijdige wijzigingsbedingen (zie overigens ook art. VII.24 WER dat evenwel enkel in de verhouding tot consumenten van dwingende aard is). Hoewel eenzijdige wijzigingsbedingen (zelfs als ze niet voldoen aan de in het WER bepaalde voorwaarden) op grond van de algemene toetsingsnorm niet automatisch kennelijk onevenwichtig zijn (hetgeen overigens ook blijkt uit artikel 5.70, lid 2 BW), geven de lijsten uit het WER het signaal dat dergelijke bedingen problematisch *kunnen* zijn. De lijsten kunnen de beoordeling door de rechter daarbij op twee verschillende manieren beïnvloeden. *Eenzijds* kan de rechter in het helemaal niet respecteren van de voorwaarden uit de lijst (bv. een *algemene* eenzijdige wijzigingsmogelijkheid in een contracten van bepaalde duur, zonder opzegrecht voor de wederpartij) een belangrijk signaal zien om het beding als onrechtmatig te bestempelen. *Anderzijds* kan de rechter zich echter ook laten inspireren door de lijsten om bedingen die wel voldoen aan de voorwaarden om niet onrechtmatig te zijn op grond van een lijst, als rechtmatig te bestempelen (bv. bedingen in overeenkomsten van onbepaalde duur die de wederpartij een opzegmogelijkheid bieden bij een eenzijdige tariefverhoging die louter afhankelijk is van de wil van de onderneming).

§ 3 Onrechtmatige bedingen worden voor niet geschreven gehouden

25. Bedingen die een kennelijk onevenwicht creëren worden voor *niet-geschreven* gehouden. Hetzelfde geldt voor exoneratiebedingen die de in artikel 5.89 BW bepaalde grenzen niet respecteren. Het valt op dat de terminologie verschilt van deze inzake onrechtmatige bedingen in het WER, waarin

⁴⁴ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 55, 1806/001, 59.

⁴⁵ Zie S. GEIREGAT en R. STEENNOT, *ibidem*, 1008, nr. 34 en 1011, nr. 36.

wordt bepaald dat onrechtmatige bedingen *nietig* zijn (art. VI.84 en VI.91/6 WER)⁴⁶. In de memorie van toelichting luidt het dat het voor niet-geschreven houden van een beding een vorm van een gedeeltelijke nietigheid is⁴⁷. Dat is opmerkelijk omdat de nietigheid en het voor niet geschreven houden van een beding twee verschillende concepten zijn⁴⁸.

De bedoeling van de wetgever blijkt vooral te zijn een matiging van een onrechtmatig beding in bepaalde gevallen mogelijk te maken. Meer concreet zou het beding, voor wat betreft het rechtmatige deel ervan, behouden kunnen blijven indien het betrokken beding deelbaar is in het licht van de bedoeling van de partijen en het doel van de geschonden regel. Deze deelbaarheid kan naar onze overtuiging contractueel worden bedongen. Klassiek zijn clausules waarin wordt bepaald dat in het geval waarin een beding onrechtmatig is op grond van een regel van dwingend recht, het beding niettemin behouden blijft in de mate waarin de wet zich niet tegen het beding verzet. *Zo bijvoorbeeld* kan een uitdrukkelijk ontbindend beding dat voor niet geschreven moet worden gehouden omdat het een kennelijk onevenwicht creëert tussen de rechten en plichten van de partijen (bv. omdat het toelaat bij de minste tekortkoming van de wederpartij de overeenkomst te ontbinden (*infra*)), in een gereduceerde vorm behouden worden in het geval waarin het wordt ingeroepen bij een ernstige tekortkoming. Het deelbare uitdrukkelijk ontbindende beding wordt immers niet volledig geschrapt (zoals dat gebeurt in B2C-relaties⁴⁹), doch gelet op de bedoeling van de partijen gereduceerd tot een aanvaardbaar niveau.

26. In ieder geval moet, in het geval waarin een beding volledig nietig wordt verklaard (omdat het niet deelbaar blijkt te zijn), teruggevallen worden op het suppletief recht⁵⁰. De wetgever heeft – zo blijkt duidelijk uit de voorbereidende werken – niet de bedoeling om toepassing te maken van de strenge rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot onrechtmatige bedingen in B2C-contracten, waarbij een aanvulling met het suppletief recht na de nietigverklaring *in principe* wordt verboden, dit om het afschrikwekkend karakter van de sanctie voor onrechtmatige bedingen te behouden⁵¹.

§ 4 Impact op bedingen in kredietovereenkomsten en overeenkomsten betreffende betalingsdiensten

27. Uit hetgeen voorafgaat, blijkt dat de algemene toetsingsnorm onder meer gehanteerd kan worden om niet-onderhandelbare bedingen in B2B-kredietcontracten en B2B-contracten betreffende betalingsdiensten op hun rechtmatigheid te toetsen. Creëert een beding een kennelijk onevenwicht, dan moeten het voor niet geschreven worden gehouden. Het is onmogelijk om binnen het bestek van deze bijdrage alle gebruikelijke bedingen in kredietcontracten en contracten betreffende betalingsdiensten te onderzoeken. Niettemin is het nuttig een aantal voorbeelden te geven van

⁴⁶ De sanctie vindt enkel toepassing op het beding: de overeenkomst blijft voor het overige bestaan, tenzij wanneer het beding essentieel was voor de overeenkomst (hetgeen eerder uitzonderlijk is gelet op de uitsluiting van kernbedingen uit de algemene toetsingsnorm).

⁴⁷ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 55, 1806/001, 59-60.

⁴⁸ Zie meer uitgebreid: P. CAMBIE en R. FELTKAMP, *ibidem*, RW 2021-2022, 1583.

⁴⁹ HvJ C-488/11, *Asbeek Brusse*, ECLI:EU:C:2013:341.

⁵⁰ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 55, 1806/001, 60 (de memorie van toelichting is op dit punt heel wat duidelijker dan deze bij de wet 4 april 2019 houdende wijziging van het Wetboek van economisch recht met betrekking tot misbruik van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen, *BS* 24 mei 2019, 50066. Zie daarover bv. S. GEIREGAT en R. STEENNOT, *ibidem*, 1035 e.v.).

⁵¹ Recent nog bevestigd in HvJ 8 september 2022, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&td=ALL&num=C-80/21> (DBP), ECLI:EU:C:2022, 646.

frequent voorkomende types van bedingen en daarbij meteen aan te geven met welke elementen rekening gehouden kan en moet worden bij de toetsing van dergelijke bedingen.

A. Beëindigingsbedingen in kredietovereenkomsten

28. Kredietovereenkomsten bevatten in de regel bedingen die bepalen onder welke voorwaarden de partijen de overeenkomst kunnen beëindigen⁵². Dergelijke bepalingen wijken veelal af van het suppletief recht door de mogelijkheden waarover de kredietgever beschikt om de overeenkomst te beëindigen uit te breiden of de mogelijkheden waarover de kredietnemer beschikt om de overeenkomst te beëindigen te preciseren of aan bepaalde voorwaarden te onderwerpen. In wat volgt, maken we een onderscheid naargelang de mogelijkheid tot beëindiging al dan niet ontstaat ingevolge een toerekenbare niet-nakoming (wanprestatie) vanwege de wederpartij (ontbindende bedingen versus opzegbedingen) en wat de beëindiging los van wanprestatie betreft, naargelang het om een voortijdige beëindiging door de kredietgever of de kredietnemer gaat.

Vooraf merken we nog op dat de toepassing van de nieuwe algemene toetsingsnorm geen afbreuk doet aan de toepassing van het verbod op rechtsmisbruik. Beiden situeren zich evenwel op een ander niveau. Bij rechtsmisbruik gaat het immers niet over de (on)rechtmatigheid van een beding, doch over het verbod voor een partij om op een kennelijk onredelijke wijze⁵³ gebruik te maken van een in se rechtmatig beding.

29. *Uitdrukkelijk ontbindende bedingen* komen frequent voor in kredietovereenkomsten. Zij bepalen welke wanprestatie van de kredietnemer volstaat opdat de kredietgever kan overgaan tot de buitengerechtelijke ontbinding van de kredietovereenkomst. Hoewel artikel 5.93 BW de recent door het Hof van Cassatie⁵⁴ erkende mogelijkheid bevestigt om een (krediet)overeenkomst door middel van een kennisgeving aan de schuldenaar te ontbinden, blijven ontbindende bedingen nuttig, dit omdat ze de beoordelingsvrijheid van de rechter met betrekking tot de ernst van de wanprestatie uitsluiten.

Waar het in het verleden niet mogelijk was om ontbindende bedingen in commerciële kredietovereenkomsten op hun rechtmatigheid te beoordelen – ook niet onder de KMO-Financieringswet⁵⁵ – biedt de algemene toetsingsnorm voor contracten gesloten vanaf 1 januari 2023 (*supra* nr. 17) die mogelijkheid nu wel. Meer concreet kunnen ontbindende bedingen, die de kredietgever toelaten de kredietovereenkomst te snel (i.e. bij de meest geringe niet-nakoming of dreigende niet-nakoming) te ontbinden, een kennelijk onevenwicht creëren tussen de rechten en plichten van de partijen en aldus onrechtmatig zijn. De rechter beschikt over een ruime beoordelingsvrijheid (in tegenstelling tot hetgeen het geval is bij consumentenkredieten, waar de voorwaarden opdat een ontbindend beding rechtmatig zou zijn, nauwkeurig zijn bepaald). Hij houdt daarbij rekening met alle omstandigheden rond het sluiten van de overeenkomst.

⁵² Zie meer uitgebreid: L. MAES en R. STEENNOT, “De vervroegde beëindiging van commerciële kredietovereenkomsten” in D. Bruloot (ed.), *Rechtskroniek Notariaat* 38, Herentals, Knops Publishing, 2021, 33 e.v.

⁵³ Wie zijn recht uitoefent op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en redelijk persoon in dezelfde omstandigheden geplaatst, maakt misbruik van zijn recht (art. 1.10, lid 2 BW).

⁵⁴ Cass. 23 mei 2019, *TBBR* 2019, 474, noot S. STIJNS en S. JANSEN, *JT* 2020, 63; Cass. 11 december 2020, *TBH* 2021, 433, noot S. SOMERS en S. JANSEN, *NJW* 2021, 540, noot C. LEBON, *TBO* 2020, 518.

⁵⁵ D. BRULOOT en M. DEMUYNCK, “Artikelen 11-13 Wet 21 december 2013” in *Artikelsgewijze Commentaar Financieel Recht*, Mechelen, Kluwer, 2016, losbl.; Y. VAN WASSENHOVE, “Kredietverlening aan KMO's: nieuw wettelijk kader”, *NJW* 2014, 634.

30. *Opzegbedingen* verruimen (of preciseren) de mogelijkheden voor de kredietgever om de overeenkomst op te zeggen zonder dat de kredietnemer zich schuldig heeft gemaakt aan een toerekenbare niet-nakoming. Zo bijvoorbeeld kunnen opzegbedingen in afwijking van het gemeen recht de mogelijkheid geven aan de kredietgever om een kredietovereenkomst van bepaalde duur eenzijdig op te zeggen. Wat kredietovereenkomsten betreft die onder de KMO-Financieringswet vallen, is de analyse eenvoudig, aangezien artikel 13 KMO-Financieringswet een bijzondere regeling bevat die als *lex specialis* voorrang geniet. In de relatie tussen een kredietgever en een kleine onderneming zijn opzegbedingen verboden indien zij de kredietgever de mogelijkheid bieden de overeenkomst van bepaalde duur eenzijdig op te zeggen zonder daarbij in het voordeel van de kredietnemer in een redelijke schadeloosstelling te voorzien. Maar wat te doen met opzegbedingen in kredietcontracten van bepaalde duur die niet onder de KMO-Financieringswet vallen? Welnu, zij moeten voortaan getoetst worden aan de algemene toetsingsnorm. De rechter gaat na of de bedingen een kennelijk onevenwicht creëren. De rechter kan daarbij naar onze overtuiging niet zo ver gaan dat hij alle bedingen die niet voldoen aan de in artikel 13 KMO-Financieringswet bepaalde voorwaarden, ook in commerciële kredieten met grote ondernemingen als kennelijk onevenwichtig beschouwt. De wetgever heeft er immers bewust voor geopteerd om het toepassingsgebied van de in artikel 13 KMO-Financieringswet voorziene regel te beperken tot kleine ondernemingen. De rechter zal, rekening houdend met al de vermelde beoordelingscriteria (bv. de omstandigheden rond het sluiten van de overeenkomst en de andere bedingen, waaronder de bedingen die de beëindigingsmogelijkheden van de kredietnemer bepalen) moeten nagaan of het onevenwicht zo manifest is dat het niet kan worden aanvaard.

31. In tijden van dalende rentevoeten (die nu evenwel achter ons lijken te liggen) wensen bepaalde kredietnemers over te gaan tot de vervroegde terugbetaling van hun krediet (die ze dan financieren met een nieuw krediet bij dezelfde of een andere kredietgever aan een lagere rentevoet). Wederom bevat de KMO-Financieringswet bijzondere regelen, die enerzijds de kredietnemer het recht bieden om het krediet vervroegd terug te betalen (art. 9 §1) en die anderzijds de wederbeleggingsvergoeding die van de kredietnemer geëist kan worden beperken: 1) tot zes maanden rente voor kredietovereenkomsten waarvan het oorspronkelijke kredietbedrag twee miljoen euro niet te boven gaat en 2) tot een, volgens in een gedragscode vastgestelde berekeningsmodaliteiten, berekend bedrag voor kredieten waarvan het oorspronkelijke kredietbedrag twee miljoen overschrijdt (art. 9 §2). Zoals reeds vermeld, hebben deze bepalingen als *lex specialis* voorrang.

De vaststelling dat de op grond van de gedragscode berekende vergoeding in de praktijk veelal hoger ligt dan een vergoeding van zes maanden rente, volstaat niet om op grond van de algemene toetsingsnorm tot een kennelijk onevenwicht te besluiten. Integendeel, het gegeven dat de vergoeding wordt berekend op grond van de criteria bepaald in een gedragscode die op grond van de wet is opgesteld door representatieve organisaties, levert zelfs eerder een argument op om te argumenteren dat er geen kennelijk onevenwicht is, in het bijzonder omdat men zou kunnen stellen dat de vastgelegde berekeningswijze een aanvaarde handelspraktijk is. Bekijkt men evenwel de gedragscode meer in detail, dan stelt men vast dat er via de keuze van de rentevoet die bij de berekening van de wederbeleggingsvergoeding moet worden gebruikt, mogelijkheden zijn om een grotere wederbeleggingsvergoeding te voorzien dan deze die op grond van de in de gedragscode opgenomen parameters zou worden bepaald⁵⁶. In dat geval is het niet uitgesloten dat op grond van de algemene toetsingsnorm wordt geconcludeerd dat de aldus vastgestelde wederbeleggingsvergoeding een

⁵⁶ Zie hierover: Art. 10, §1, 3° Gedragscode, in bijlage bij Koninklijk Besluit 17 augustus 2018 houdende uitvoering van artikel 10, § 1, tweede lid, van de wet van 21 december 2013 betreffende diverse bepalingen inzake de financiering voor kleine en middelgrote ondernemingen, BS 27 augustus 2018, 66344.

kennelijk onevenwicht creëert. Hoe meer wordt afgeweken van de in de gedragscode bepaalde berekeningswijze, hoe groter die kans.

32. De vraag rijst verder in welke mate de algemene toetsingsnorm een rol kan spelen, enerzijds om bij commerciële kredieten die niet onder de KMO-Financieringswet vallen bedingen te verbieden die bepalen dat de kredietnemer niet het recht heeft om tot een vervroegde terugbetaling over te gaan, anderzijds om de bedongen wederbeleggingsvergoeding bij kredieten van meer dan twee miljoen euro te toetsen.

Wat bedingen betreft die een *verbod inhouden om tot een vervroegde terugbetaling over te gaan*, kunnen we kort zijn: zij bevestigen eigenlijk enkel wat uit het gemeen recht resulteert. De schuldeiser (kredietgever) heeft gemeenrechtelijk immers de mogelijkheid om zich te verzetten tegen een voortijdige betaling door de schuldenaar indien de termijn ook in het voordeel van de schuldeiser is bedongen (zie art. 5:153 BW (art. 1186 oud BW))⁵⁷. Dat laatste is het geval indien krediet wordt verstrekt en een rente werd bedongen.

Wat het *bedrag* betreft van de bedongen wederbeleggingsvergoeding in commerciële kredieten die niet onder de KMO-Financieringswet vallen, is de oefening heel wat moeilijker (althans indien het niet om een lening op interest gaat⁵⁸). Zomaar de grenzen transponeren die in de KMO-Financieringswet vervat liggen, om via de algemene toetsingsnorm te argumenteren dat hogere bedragen kennelijk onevenwichtig zijn, kan niet. Dit betekent echter niet dat elke toetsing uitgesloten is. De rechter oordeelt soeverein, rekening houdend met de omstandigheden rond het sluiten van de overeenkomst, daarin begrepen de informatie die is gegeven bij het sluiten van de overeenkomst, de hoogte van de gevraagde vergoeding, alsook de rechten van de kredietgever om de overeenkomst voortijdig te beëindigen (zonder dat er sprake is van een toerekenbare niet-nakoming vanwege de kredietnemer).

B. Bepalingen betreffende het risico op fraude

33. Artikel VII.43 en VII.44 WER bepalen wie het risico draagt van niet-toegestane betalingstransacties. Deze bepalingen zijn evenwel slechts dwingend indien de betalingsdienstgebruiker een consument is. Dit impliceert dat van de risicoverdeling die in Boek VII WER vervat ligt, *kan* worden afgeweken indien de betalingsdienstgebruiker hoofdzakelijk voor professionele doeleinden een betalingsdienst gebruikt. Bedingen die afwijken van hetgeen in de artikelen VII.44 WER is bepaald, kunnen voortaan (i.e. voor zover de overeenkomst werd gesloten op of na 1 januari 2023) evenwel getoetst worden aan de algemene toetsingsnorm. Daarbij is het belangrijk te benadrukken dat niet elke afwijking van de bepalingen uit Boek VII WER een kennelijk onevenwicht creëert. Immers, mocht de wetgever de bedoeling hebben gehad om geen enkele afwijking toe te staan in de relatie tot niet-consumenten, dan had hij de aansprakelijkheidsregeling ook dwingend gemaakt in de verhouding tot (bepaalde) professionele betalingsdienstgebruikers.

Daaruit mag men evenwel niet afleiden dat alle afwijkingen op de aansprakelijkheidsregelen uit artikel VII.44 WER de toets aan de algemene toetsingsnorm zullen doorstaan. Zo zijn wij van oordeel dat bedingen die bepalen dat de betalingsdienstgebruiker, die niet grof nalatig heeft gehandeld, ook aansprakelijk is voor transacties die plaatsvinden na kennisgeving van verlies, diefstal of onrechtmatig gebruik van een elektronisch betaalinstrument, een kennelijk onevenwicht creëren en derhalve

⁵⁷ L. VAN DEN STEEN, "Het recht op vervroegde terugbetaling van een krediet van bepaalde duur en de wederbeleggingsvergoeding", *RW* 2005-2006, 980; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, "De overeenkomst: definitie en soorten" in T. Vansweevelt en B. Weyts (eds.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 125.

⁵⁸ Indien het om een lening op interest gaat, beperkt artikel 1907bis oud BW de wederbeleggingsvergoeding sowieso tot zes maanden rente.

onrechtmatig zijn. Een professionele betalingsdienstaanbieder die elektronische betalingsdiensten aanbiedt moet, gelet op de huidige stand van de technologie, ervoor zorgen dat een onmiddellijke blokkering van een elektronisch betaalinstrument tot de mogelijkheid behoort (en moet, indien dit niet het geval is, daar de risico's van dragen)⁵⁹. Enkel een grove nalatigheid van de betalingsdienstgebruiker rechtvaardigt dat de aansprakelijkheid alsnog bij de betalingsdienstgebruiker wordt gelegd. Ook voor bepaalde transacties die plaatsvinden voor kennisgeving kan het kennelijk onevenwichtig zijn om het risico ten laste van de betalingsdienstgebruiker te leggen. Te denken valt bijvoorbeeld aan transacties met een nagemaakt instrument (tenzij namaak van het instrument mogelijk werd door een nalatigheid van de betalingsdienstgebruiker).

34. Bedingen die bepalen dat het risico voor factuurfraude, CEO-fraude en vergelijkbare fraudevormen waarbij de betalingsdienstgebruiker wordt overtuigd door een fraudeur om zelf een betalingsopdracht naar de rekening van een fraudeur of diens tussenpersoon te initiëren, voor rekening van de betalingsdienstgebruiker is, zijn naar onze overtuiging op heden niet kennelijk onevenwichtig. Men dient er immers rekening mee te houden dat deze bedingen op dit ogenblik een loutere bevestiging inhouden van hetgeen – ook voor consumenten – uit boek VII WER resulteert (omdat het in deze gevallen gaat over toegestane betalingstransacties en betalingsdienstaanbieders betalingsopdrachten mogen uitvoeren op basis van het rekeningnummer alleen: zij hoeven de overeenstemming tussen naam en rekeningnummer niet te verifiëren (art. VII.55/2 WER)). Mocht evenwel in de toekomst een beschermingsregeling worden uitgewerkt om consumenten tegen dit soort vormen van fraude te beschermen, dan kan dat de analyse beïnvloeden. Met andere woorden, wat vandaag evenwichtig is, is dat niet noodzakelijk ook morgen.

Besluit

35. De nieuwe algemene toetsingsnorm uit artikel 5.52 BW vindt toepassing op alle contracten die niet onder het toepassingsgebied van de bestaande regelen inzake onrechtmatige bedingen uit het WER vallen, met inbegrip van contracten betreffende financiële diensten, gesloten tussen ondernemingen onderling. Op die manier biedt de wetgever voor het eerst een *algemene* bescherming aan professionele gebruikers van financiële diensten tegen bedingen die de gebruiker al te zeer benadelen. Belangrijk is daarbij meteen te benadrukken dat deze bescherming beperkt is tot bedingen die niet onderhandeld konden worden (waarbij bedingen in toetredingscontracten vermoed worden niet vatbaar voor onderhandeling te zijn). Bedingen die specifiek worden geregeld in sectorspecifieke regelgeving (bv. bepalingen uit de KMO-Financieringswet) en die daarmee in overeenstemming zijn, kunnen naar onze overtuiging niet meer op grond van de algemene toetsingsnorm worden verboden.

Bedingen in contracten die niet onder het toepassingsgebied vallen van bijzondere bepalingen (bv. kredietcontracten met grote ondernemingen), bedingen die niet het voorwerp uitmaken van een bijzondere regeling (bv. uitdrukkelijk ontbindende bedingen en bevoegdheidsbedingen), alsook bedingen die ertoe strekken af te wijken van niet-dwingende bepalingen (bv. inzake de aansprakelijkheid voor niet-toegestane betalingstransacties), kunnen daarentegen wel getoetst worden op hun rechtmatigheid. Het vereiste van een kennelijk onevenwicht impliceert daarbij dat omzichtig met de algemene toetsingsnorm moet worden omgesprongen. Zo volstaat het loutere feit dat wordt afgeweken van het suppletief recht niet om tot het bestaan van een kennelijk onevenwicht te besluiten. Op die manier wordt de impact op de wilsautonomie beperkt tot hetgeen noodzakelijk is om de professionele gebruiker te beschermen. Niettemin, blijft enige rechtsonzekerheid bestaan, gelet op de beoordelingsvrijheid waarover de rechter beschikt.

⁵⁹ Met uitzondering van de gevallen bedoeld in artikel VII.31 §1,1° en §3 WER.