

DEEL II.1 - INLEIDING TOT HET ONDERNEMINGSRECHT

HOOFDSTUK 1. DE ONDERNEMING

1. INLEIDING

211. Wanneer een individu na zijn schooltijd besluit om geld te verdienen, zijn er *grosso modo* twee manieren om aan de slag te gaan: (1) als werknemer bij een bedrijf of (2) als zelfstandige (als IT-consultant, marktkramer, advocaat, arts, boekhouder, loodgieter, elektricien, foorkramer, enz.). Wanneer iemand aan de slag gaat als zelfstandige, zal hij daardoor in de regel een “onderneming” doen ontstaan.

Merk op dat in tal van wetten (in de materiële zin van het woord) en in de literatuur nog wordt verwezen naar de begrippen “handelaar” of “koopman”⁶¹, in plaats van “onderneming”. Dit zijn de rechtssubjecten van het vroegere “handelsrecht”, dat reeds in 1807 zijn wortels vond. Door grondige hervormingen van het handelsrecht gedurende de voorbije jaren, ontwikkelde zich in het Belgisch recht een duaal systeem van het “oude” handelsrecht dat van toepassing bleef op de “handelaars” en het opkomende economisch recht dat van toepassing werd op de “ondernemingen”. Het begrip “onderneming” omvatte echter een ruimere groep van rechtssubjecten dan de groep handelaren (zo waren bijv. beoefenaars van een vrij beroep zoals artsen, advocaten, gerechtsdeurwaarders, architecten, enz. wel “ondernemingen”, maar geen “handelaren”). Dit was het gevolg van de engere definitie van het begrip “handelaar”. Daardoor waren bepaalde regels (bijv., waarover verder meer, bewijsvoering in handelszaken, tot 1 mei 2018 ook het insolventierecht, enz.) niet van toepassing op bepaalde ondernemingen (bijv. dus de vrije beroepers). De bepalingen van het economisch recht werden steeds uitgebreid, waardoor het handelsrecht steeds minder relevant werd. Met de wet van 15 april 2018 houdende hervorming van het ondernemingsrecht⁶² (de “Hervormingswet”) werd dit onderscheid (eindelijk) naar de geschiedenisboeken verwezen en zullen de (beperkte) regels die enkel van toepassing waren op handelaars, ook toepassing vinden op “ondernemingen”. In de Hervormingswet werd onder meer bepaald dat in alle wetten, tenzij anders bepaald, de begrippen “handelaar” of “koopman” voortaan dienen te worden verstaan als “onderneming”. Door deze algemene bepaling dienen de begrippen “handelaar”, “koopman” en “ondernemingen” dus voortaan als synoniemen te worden beschouwd.

⁶¹ Beide zijn identieke begrippen.

⁶² BS 27 april 2018.

2. WAT IS EEN “ONDERNEMING”?

212. Het begrip “onderneming” wordt gedefinieerd in de wet, met name in artikel I.1, 1° van het Wetboek van economisch recht (“**WER**”) en omvat:

- a) iedere natuurlijke persoon die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent;
- b) iedere rechtspersoon;
- c) iedere andere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid (bijv. de maatschap).

Met uitsluiting van:

- (a) iedere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid die geen uitkeringsoogmerk heeft en die ook in feite geen uitkeringen verricht aan haar leden of aan personen die een beslissende invloed uitoefenen op het beleid van de organisatie (bijv. feitelijke verenigingen);
- (b) iedere publiekrechtelijke rechtspersoon die geen goederen of diensten aanbiedt op een markt;
- (c) de Federale Staat, de gewesten, de gemeenschappen, de provincies, de hulpverleningszones, de prezones, de Brusselse Agglomeratie, de gemeenten, de meergemeentezones, de binnengemeentelijke territoriale organen, de Franse Gemeenschapscommissie, de Vlaamse Gemeenschapscommissie, de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en de openbare centra voor maatschappelijk welzijn.

213. Voor tal van bepalingen van het WER geldt echter een andere definitie voor het ondernemingsbegrip, nl. “iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen.”

Deze definitie betreft de algemene definitie die vóór de inwerkingtreding van de Hervormingswet gold voor het ondernemingsbegrip en was van toepassing op de boeken waar zij de dag van vandaag nog steeds op van toepassing is (nl. de Boeken III, IV, V, VI, XV, XVI en XVII, zie *infra*, nr. 33). Deze definitie kan worden opgedeeld in de volgende kernbegrippen: (i) elke natuurlijke persoon of rechtspersoon, (ii) economisch doel en (iii) duurzame wijze.

- (i) Elke natuurlijke of rechtspersoon

Ondernemingen kunnen zich bijgevolg voordoen als éénmanszaken, vennootschappen of verenigingen zonder winstoogmerk.

- (ii) Economisch doel

Het begrip “economisch doel” dient ruim te worden geïnterpreteerd en doelt op elke commerciële, industriële en financiële activiteit.

- (iii) Duurzame wijze

Dit betekent dat de economische activiteit op duurzame wijze dient te worden verricht, dus binnen een bepaalde structuur of organisatie en met een zekere regelmaat. Het eenmalig of slechts sporadisch

verrichten van economische activiteiten (bijvoorbeeld als particulier via een zoekertjes website als kapaza.be, ebay.be, tweedehands.be, enz.) zal niet tot gevolg hebben dat men kwalificeert als een onderneming (en dus ook niet is gevat door de verplichtingen die krachtens de boeken van het WER waarop deze definitie van toepassing is).

3. WELKE VORM KAN EEN ONDERNEMING AANNEMEN?

214. Eén van de eerste keuzes die moet worden gemaakt bij het opstarten van een onderneming zal erin bestaan om de voorgenomen activiteit uit te oefenen als natuurlijke persoon of een vennootschap op te richten om deze activiteit in onder te brengen. In het Belgisch recht bestaan immers twee manieren waarop men het voeren van een onderneming kan structureren: als een natuurlijke persoon (de zogenaamde “eenmanszaak”) of via een vennootschap (al dan niet een “rechtspersoon”, zie daarover verder).

215. Een belangrijke overweging die daarbij een rol zal spelen heeft te maken met het al dan niet afscheiden van het zogenaamde “privévermogen” van het “professioneel vermogen”, met name om professionele schuldeisers te beletten dat bij het niet nakomen van professionele verbintenissen (bijv. het betalen van een leverancier door een caféuitbater), zij het privévermogen van deze persoon (*in casu* de caféuitbater) kunnen aanspreken tot betaling van de schuld. In het Belgisch recht zijn “mensen” aparte individuen (“natuurlijke personen”) met elk een eigen vermogen, dat één en ondeelbaar is. Alles wat één persoon heeft (een fiets, een huis, cursusboeken, een balpen, een portefeuille met het geld daarin) zit vervat in dat ene vermogen. In dit vermogen zitten echter niet enkel activa, maar ook schulden (bijv. een geldlening om een auto of een huis aan te kopen). Indien schulden niet worden afbetaald zoals overeengekomen, kunnen schuldeisers, na het zetten van enkele stappen via gerechtelijke weg, bekomen dat activa van de schuldenaar “te gelde worden gemaakt” (meestal via een openbare verkoop) en de betrokken schuld wordt terugbetaald met de opbrengst. In het kader van professionele activiteiten dient erop gewezen dat het vermogen van een onderneming-natuurlijke persoon eveneens één en ondeelbaar is, zodat in dit vermogen zowel privéactiva (bijv. een privéwagen) en privéschulden (bijv. een lening voor de gezinswoning), als professionele activa (bijv. gereedschap) en professionele schulden (bijv. lening voor een bepaalde machine) zitten.

Een onderneming-natuurlijke persoon kan uiteraard voor zichzelf wel bepalen wat privé is en wat professioneel is (en voor die doeleinden bijvoorbeeld een privézichtrekening en een professionele zichtrekening openen bij de bank om professionele inkomsten en uitgaven te scheiden van de privé-inkomsten en –uitgaven). Dit neemt echter niet weg dat alle (private en professionele) activa en alle (private en professionele) passiva in dat ene vermogen van de ondernemer-natuurlijke persoon zitten, dat dient tot onderpand van alle (private en professionele) schulden. Met een dergelijke opsplitsing dient een schuldeiser van de onderneming dus geen rekening te houden⁶³, zodat de professionele schuldeiser in beginsel aan alle privé-activa kan om zich te laten betalen voor de openstaande (professionele) schuld.

Om deze vermenging tussen het privévermogen en het professionele vermogen te voorkomen en het privévermogen af te schermen voor professionele schuldeisers, kan een vennootschap (met “volkomen rechtspersoonlijkheid”)⁶⁴ worden opgericht, waarbij door de oprichter een bepaald bedrag zal moeten worden “ingebracht” in de vennootschap⁶⁵. Deze inbreng wordt eigendom (en dus onderdeel van het vermogen) van de vennootschap en kan slechts onder (strengere) voorwaarden worden terugbetaald aan

⁶³ Hoewel hierop uitzonderingen bestaan, zoals (onder bepaalde voorwaarden) de onbeslagbaarheid van de privéwoning van een zelfstandige, zie *infra*, nr. 97.

⁶⁴ In Onderdeel II.2 komen de vennootschappen aan bod, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen de vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid (zij hebben geen afgescheiden juridisch vermogen; bijv. de maatschap), de vennootschappen met onvolkomen rechtspersoonlijkheid (niettegenstaande zij een afgescheiden vermogen hebben, kunnen schuldeisers van de vennootschap nog steeds onbeperkt verhaal halen op het privévermogen van de vennoten) en de vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid (zij hebben een afgescheiden vermogen en schuldeisers van de vennootschap hebben geen verhaal op het privévermogen van de vennoten; bijv. een naamloze vennootschap).

⁶⁵ Voor de naamloze vennootschap bedraagt het minimum in te brengen bedrag 61.500 euro.

de oprichter van de vennootschap. In ruil voor deze inbreng verkrijgt de oprichter aandelen van de vennootschap, die op hun beurt terechtkomen in het vermogen van de oprichter. De professionele schuldeisers van de onderneming zullen enkel schuldeiser zijn van de vennootschap en dus ook enkel verhaal kunnen halen op het vermogen van de vennootschap (met volkomen rechtspersoonlijkheid), zodoende dat het risico van de onderneming-oprichter beperkt zal zijn tot zijn of haar inbreng.

Voorbeeld. een slotenmaker heeft een “privézichtrekening” met daarop 10.000 euro en een “professionele zichtrekening” met daarop 20.000 euro. Hij heeft ook een lening afgesloten met zijn bank voor 25.000 euro om een machine aan te kopen. Stel dat de zaken niet goed gaan, en de lening wordt niet afbetaald, dan zal de bank het volledige bedrag⁶⁶ kunnen recupereren door beslag te leggen op zowel de professionele als de privézichtrekening. Indien deze slotenmaker zijn professionele activiteiten uitoefent als een vennootschap met beperking van aansprakelijkheid (bijvoorbeeld een naamloze vennootschap (“NV”) of een besloten vennootschap (“BV”), en het bedrag van 20.000 euro heeft ingebracht in deze vennootschap, dan zal de bank enkel verhaal kunnen halen op het vermogen van de vennootschap (aangezien die in die hypothese de lening heeft afgesloten met de vennootschap, en niet met de slotenmaker zelf) en blijft het bedrag op de privézichtrekening buiten schot.

216. Uiteraard zal de natuurlijke persoon wel het effectief beleid en de onderneming voeren. Een vennootschap is immers slechts een juridische fictie die geen fysieke vorm kan aannemen en die zich in het rechtsverkeer slechts kan voortbewegen door middel van natuurlijke personen (bijv. bestuurders in een BV). Het is het uitvoerend orgaan van de vennootschap dat de handjes en de voetjes vormt van de vennootschap en dat de ondernemingsactiviteit uiteindelijk effectief vorm zal geven. In het geval van de slotenmaker in het voorbeeld hierboven, zal het de natuurlijke persoon zijn die bijvoorbeeld sloten gaat installeren of herstellen. De opbrengsten die hij daarmee realiseert, komen niet in zijn eigen vermogen terecht, maar in het vermogen van de vennootschap. Deze opbrengsten kunnen dan later aan de aandeelhouders van de vennootschap onder bepaalde voorwaarden worden uitgekeerd, bijvoorbeeld onder de vorm van een dividend.

217. Een andere overweging die kan worden gemaakt in de keuze om al dan niet een vennootschap op te richten om de onderneming te voeren, hangt af van de hoeveelheid van personen die zouden samenwerken in het kader van hun professionele activiteit. Indien men met een groep van personen een bepaalde professionele activiteit zou wensen te voeren (bijv. enkele slotenmakers die omwille van kostenefficiëntie en gereedschap wensen samen te werken), dan kan men gebruik maken van een vennootschapsvorm om de onderlinge verhoudingen tussen deze personen vast te leggen (bijv. te leveren financiële bijdrage om gereedschap aan te kopen, wijze waarop de winst zal worden verdeeld, enz.). Indien een vennootschapsvorm zou worden gebruikt om dergelijke samenwerkingsverbanden vorm te geven, is het niet essentieel om gebruik te maken van een (volkomen) rechtspersoon, tenzij het de bedoeling is om ook hier het privévermogen af te scheiden van het professioneel vermogen. Let echter wel op dat de vennoten van vennootschappen zonder (volkomen) rechtspersoonlijkheid in de regel hoofdelijk aansprakelijk⁶⁷ zijn voor de schulden van de vennootschap en dat één vennoot het risico loopt om op te draaien voor het geheel van de schulden van de vennootschap, terwijl hij initieel bijvoorbeeld slechts één derde heeft ingebracht en ook maar recht had op één derde van de winst. In dergelijke gevallen zal het dus meestal ook aangewezen zijn om te opteren voor een vennootschapsvorm met volkomen rechtspersoonlijkheid en dus, beperking van aansprakelijkheid tot de initiële inbreng.

⁶⁶ Hierbij even abstractie makend van enige (nalatigheids- of andere) interesten die van toepassing zouden zijn.

⁶⁷ Zie voor dit begrip randnummers 107 e.v.

218. In dit hoofdstuk zal, tenzij expliciet anders aangegeven, ervan worden uitgegaan van de hypothese dat de onderneming zijn activiteiten uitoefent als zelfstandige en niet onder de vorm van een vennootschap. De regeling rond vennootschappen zal verder aan bod komen in Onderdeel II ("Vennootschapsrecht") van dit opleidingsonderdeel.

4. ZIJN ER VOORWAARDEN OM EEN ONDERNEMING TE STARTEN?

4.1. ALGEMEEN

219. Bij het begin van een ondernemingsactiviteit dienen talrijke wetsvoorschriften in acht te worden genomen. Sommige rechtsregels zijn van toepassing bij de aanvang van om het even welke ondernemingsactiviteit. Zij hebben betrekking op de (grond)voorwaarden om een onderneming te exploiteren: (juridisch) bekwaam zijn om een onderneming te voeren, de inschrijving in de Kruispuntbank van Ondernemingen, het zich in regel stellen met fiscale en sociale verplichtingen en het voeren van een gepaste boekhouding. Deze regels worden hierna besproken. Daarnaast zijn er talrijke voorschriften die slechts van toepassing zijn op bepaalde ondernemingen of bij aanvang van een welbepaalde activiteit. Deze worden besproken vanaf randnummer 231.

4.2. GRONDVOORWAARDEN

220. Iedereen heeft het recht om een onderneming te exploiteren. Op deze algemene regel bestaan twee uitzonderingen. Zo kunnen vreemdelingen die geen EU-onderdaan zijn, bepaalde beroepen niet uitoefenen. In andere gevallen wordt de uitoefening van een bepaald beroep aan de genoemde categorie vreemdelingen (niet-EU-onderdanen) alleen onder bepaalde voorwaarden toegestaan. Daarnaast bestaan er een aantal onverenigbaarheden. Zo mogen advocaten, gerechtsdeurwaarders en magistraten bepaalde ondernemingsactiviteiten niet uitoefenen.

221. Verder moet men handelingsbekwaam zijn om een onderneming te kunnen voeren. Dit sluit bijvoorbeeld uit dat (verlengde) minderjarigen een onderneming zouden kunnen zijn.

4.3. INSCHRIJVING IN DE KRUISPUNTBANK VAN ONDERNEMINGEN

222. De Kruispuntbank van Ondernemingen (de “**KBO**”) is een elektronisch register voor het opnemen, bewaren, beheren en het ter beschikking stellen van gegevens die betrekking hebben op de identificatie van ondernemingen. In de KBO worden ook andere entiteiten opgenomen dan “ondernemingen”. De volgende entiteiten zijn verplicht zich in te schrijven in de KBO (art. III.16 WER):


- 1° elke natuurlijke persoon die in België een onderneming is, met uitzondering van o.m. bestuurders in vennootschappen (deze laatsten zijn immers ook steeds zelfstandige)
- 2° elke Belgische rechtspersoon
- 3° elke buitenlandse rechtspersoon met zetel of een bijkantoor in België
- 4° elke andere Belgische organisatie zonder rechtspersoonlijkheid die zich moet inschrijven bij een ondernemingsloket (cf. lijst in art. III.49 WER en ook *infra*, nr. 15) of die BTW plichtig is
- 5° elke vestiging, instantie en dienst van openbaar nut naar Belgisch recht met financiële en boekhoudkundige autonomie
- 6° elke buitenlandse natuurlijke of rechtspersoon of andere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid die zich dient te registreren in uitvoering van bijzondere Belgische wetgeving
- 7° elke vestigingsseenheid van de bovenvermelde geregistreerde entiteiten

Elke ingeschreven entiteit krijgt een uniek ondernemingsnummer van tien cijfers toegewezen en kan via dit nummer in de KBO meteen worden opgeroepen.

De KBO kan geconsulteerd worden via de volgende link:
<http://kbopub.economie.fgov.be/kbopub/zoeknummerform.html;jsessionid=85C8552E3E1E6317B81B8D53E5490E70.worker4b>.

nlfrdeen

Andere informatie en diensten van de overheid: www.belgium.be

 **Public Search** [Home](#) [Nieuw](#) [Info Public Search](#) [Info KBO](#) [Disclaimer](#) [Contact](#)

Nieuwe opzoeking op nummer

Nieuwe opzoeking op naam

Nieuwe opzoeking op activiteit

Nieuwe opzoeking op toelating

Nieuwe opzoeking op adres

ondernemings- of vestigingseenheidsnummer

Zoek

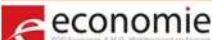
KBO Public Search toont de publieke gegevens van alle in KBO ingeschreven geregistreerde entiteiten (hierna entiteiten genoemd) en alle vestigingseenheden. Alle entiteiten, onafhankelijk van hun status (actief, bekendgemaakt of stopgezet) zijn zichtbaar.
Lees meer in [Nieuw](#)

Foutieve gegevens in uw entiteit ?
Wijzig deze zelf of zoek op tot welke dienst u zich moet richten via de toepassing [My Enterprise](#).
Kunt u geen gebruik maken van [My Enterprise](#) ? Lees dan [hier](#) hoe u een foutief gegeven kan verbeteren.

Vindt u geen antwoord op uw vraag? Neem [contact](#) op met ons.

Deze site bevat [linken](#) naar andere internetsites.

Wilt u meer weten over de wijze waarop uw persoonsgegevens worden verzameld en verwerkt naar aanleiding van uw raadpleging van **Public Search** ? Lees dan aandachtig onze [vertrouwelijkheidsverklaring](#).

 FOD Economie, KMO, Middenstand en Energie

Toestand in de KBO databank op 29/01/2019
Versie: 6.0.0-2991-14/12/2018

In een eerste scherm verschijnt algemene informatie met betrekking tot de onderneming, zoals het adres van de maatschappelijke zetel, contactgegevens, vennootschapsvorm (indien de onderneming een vennootschap is), de bestuurders, het management, enz.

Gegevens van de geregistreerde entiteit

Algemeen

Ondernemingsnummer:

0425.258.888

Status:

Actief

Rechtsstoestand:

Normale toestand

Sinds 28 december 1983

Begindatum:

28 december 1983

Maatschappelijke Naam:

IKEA BELGIUM

Benaming in het Nederlands, sinds 27 februari 1987

Adres van de maatschappelijke zetel:

Weiveldiaan 19

1930 Zaventem

Sinds 23 september 2002

Telefoonnummer:

Geen gegevens opgenomen in KBO.

Faxnummer:

Geen gegevens opgenomen in KBO.

E-mail:

Geen gegevens opgenomen in KBO.

Webadres:

Geen gegevens opgenomen in KBO.

Type entiteit:

Rechtspersoon

Rechtsvorm:

Naamloze vennootschap

Sinds 28 december 1983

Aantal vestigingseenheden (VE):

8 [Lijst VE - Gegevens en activiteiten per VE](#)

Functies

Bestuurder

Bendayan , Catherine

Sinds 1 augustus 2015

Bestuurder

CHARPENTIER , EMMANUEL

Sinds 1 september 2015

Bestuurder

DEBLINSKA HAJDAS , MARZANNA

Sinds 1 september 2018

Bestuurder

FRAU URIARTE , BELEN

Sinds 1 oktober 2018

Gedelegeerd bestuurder

Bendayan , Catherine

Sinds 1 augustus 2015

Beroepsbekwaamheden en basiskennis bedrijfsbeheer

Vrijstelling niet - KMO

Sinds 21 maart 2012

Vrijstelling

Sinds 21 maart 2012

Hoedanigheden

Werkgever RSZ

Sinds 1 april 1984

Onderworpen aan BTW

Sinds 1 maart 1984

Inschrijvingsplichtige onderneming

Sinds 1 november 2018

Via de KBO kan men eveneens informatie raadplegen die specifiek is verbonden met de betrokken onderneming: de verschenen publicaties in het Belgisch Staatsblad in verband met bijvoorbeeld benoemingen, kapitaalverhogingen, statutenwijzigingen, enz. Ook bevat de KBO een link naar de Nationale Bank van België waar de jaarrekeningen van een bepaalde vennootschap zijn terug te vinden, zoals hieronder afgebeeld. Merk echter op dat niet elke onderneming verplicht is om jaarrekeningen op te stellen of neer te leggen bij de Nationale Bank van België. Dergelijke verplichting geldt bijvoorbeeld niet voor ondernemingen die hun activiteiten uitoefenen als natuurlijke persoon.

Externe links
Publicaties Belgisch Staatsblad ➞
Publicaties jaarrekeningen NBB ➞
Werkgeversrepertorium ➞

Hierna volgt een voorbeeld voor een onderneming die haar activiteiten niet uitoefent via een vennootschap, maar als natuurlijke persoon (een zgn. “éénmanszaak”).

nl fr de en Andere informatie en diensten van de overheid: www.belgium.be

KBO Public Search Home | Nieuw | Info Public Search | Info KBO | Disclaimer | Contact

Nieuwe opzoeking op nummer **Nieuwe opzoeking op naam** **Nieuwe opzoeking op activiteit** **Nieuwe opzoeking op toelating** **Nieuwe opzoeking op adres**

Gegevens van de geregistreerde entiteit

Algemeen

Ondernemingsnummer: [REDACTED]

Status: **Actief**

Rechtstoestand: **Normale toestand**
Sinds 1 april 2006

Begindatum: 1 april 2006

Maatschappelijke Naam: [REDACTED] in
Sinds 1 april 2006

Adres: Geen gegevens beschikbaar wegens bescherming van de persoonlijke levenssfeer
Adres van oudste actieve vestigingseenheid:
[REDACTED]
1050 Elsene

Telefoonnummer: Geen gegevens opgenomen in KBO.

Faxnummer: Geen gegevens opgenomen in KBO.

E-mail: Geen gegevens opgenomen in KBO.

Webadres: [REDACTED] opgenomen in KBO.

Type entiteit: **Natuurlijk persoon**

Aantal vestigingsseenheden (VE): 1 [Bekijk de activiteiten per VE](#)

Functies

Oprichter van een geregistreerde entiteit-natuurlijk persoon [REDACTED] Sinds 1 april 2006

Beroepsbekwaamheden en basiskennis bedrijfsbeheer

Geen gegevens opgenomen in KBO.

Hoedanigheden

Onderworpen aan BTW
Sinds 1 januari 2014

Inschrijvingsplichtige onderneming
Sinds 1 november 2018

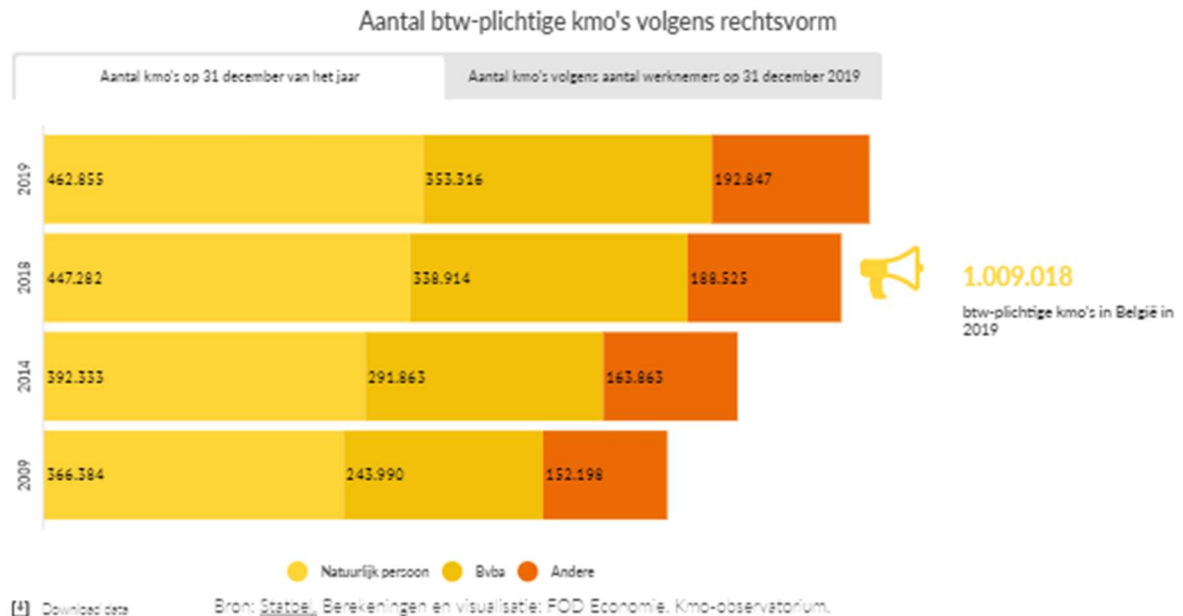
223. In de voorgaande schermafbeeldingen wordt bij “hoedanigheden” verwezen naar “inschrijvingsplichtige onderneming”. Dit is een verwijzing naar de verplichting tot inschrijving bij een erkend ondernemingsloket (cf. *infra*, nr.225).

Vele ondernemingen zijn “inschrijvingsplichtig” sinds 1 november 2018, hoewel zij reeds veel langer bestonden. Dit is het gevolg van de inwerkingtreding van de Hervormingswet. Voorheen werd hier verwezen naar “handelsonderneming” of “onderneming naar privaat recht”, maar gelet op de afschaffing van het handelsrecht, spreekt men voortaan van een “inschrijvingsplichtige onderneming”.

4.4. FISCALE EN SOCIALE VERPLICHTINGEN

224. Een onderneming die goederen levert of diensten verricht, is BTW-plichtig en moet bijgevolg een BTW-nummer aanvragen aan de BTW-administratie. Merk op dat ook deze verplichting volledig los staat van de hoedanigheid van onderneming. Om te bepalen of een onderneming al dan niet BTW-plichtig is, dient te worden gekeken naar de toepasselijke BTW-wetgeving. Dit statuut staat los van het

ondernemingsbegrip. Sommige ondernemingen kunnen immers als niet BTW-plichtig kwalificeren. Dit was tot enkele jaren geleden bijvoorbeeld het geval voor notarissen en advocaten, die in het BTW Wetboek van een specifieke vrijstelling genoten (maar sedert enkele jaren niet meer). Het BTW-statuuat van een onderneming wordt eveneens weergegeven in de KBO, onder de hoofding “hoedanigheden” (zie *supra*, nr. 223).



225. Naast fiscale verplichtingen zijn er ook sociaalrechtelijke verplichtingen. De meeste ondernemingen dienen zich ook in te schrijven bij een erkend ondernemingsloket (bijv. Acerta, Xerius, enz.) met het oog op de inning van sociale bijdragen van zelfstandigen en werkgevers. Meer bepaald gaat het om de volgende ondernemingen (art. III.49 WER):

- A. elke onderneming naar Belgisch recht in de zin van artikel I.1(b) en (c) WER
- B. elke onderneming die in België beschikt over een zetel, een bijkantoor of een vestigingseenheid

Met uitzondering van:

- 1° de onbeperkt aansprakelijke vennoten van een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, een vennootschap onder firma of een gewone commanditaire vennootschap voor de beroepsactiviteit van de vennootschap, op voorwaarde dat de betrokken vennootschap zelf is ingeschreven;
- 2° natuurlijke personen met als enige hoedanigheid van werkgever van huispersoneel
- 3° beroepsverenigingen
- 4° de inrichtende machten van het gesubsidieerde onderwijs
- 5° publiekrechtelijke rechtspersonen, die niet de vorm van een vennootschap of een andere rechtspersoon naar privaatrecht hebben aangenomen;
- 6° de natuurlijke persoon waarvan de zelfstandige beroepsactiviteit bestaat uit het uitoefenen van één of meerdere bestuursmandaten
- 7° de verenigingen van mede-eigenaars
- 8° de representatieve werknemersorganisaties

- 9° niet-beroeps speculanten
- 10° andere ondernemingen bepaald door de Koning

Daar waar het bij werknemers de werkgever is die RSZ-bijdragen dient in te houden van het brutoloon van de werknemer (13,07%, %) en daarbovenop ook nog zgn. patronale bijdragen dient te betalen (25% voor bedienden en 30,57% voor arbeiders, zullen zelfstandige natuurlijke personen driemaandelijks sociale bijdragen dienen te betalen op basis van de “netto-inkomsten” van drie jaar geleden (tot een bepaalde drempel 20,50%, daarna 14,70% met een maximum van 4.235,56 euro per kwartaal). De afrekening ervan gebeurt via een erkend ondernemingsloket. Deze bijdragen gelden als voorlopige bijdragen en worden definitief bepaald eens definitief wordt vastgesteld (via het aanslagbiljet in de personenbelasting) hoeveel het netto-inkomen van de zelfstandige bedroeg in het jaar waarin de bijdragen werden betaald.

4.5. BOEKHOUDING

226. De regels inzake de te voeren boekhouding zijn terug te vinden in artikelen III.82 e.v. WER. Merk op dat voor doeleinden van deze bepalingen het begrip “boekhoudplichtige onderneming” niet samenvalt met het begrip “onderneming” zoals besproken in randnummers 2 e.v. In deze context dient onder “boekhoudplichtige onderneming” het volgende te worden verstaan⁶⁸:

- 1° iedere natuurlijke persoon die in België zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent;
- 2° iedere rechtspersoon of andere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid naar Belgisch recht;
- 3° iedere onderneming met in België gevestigde bijkantoren of centra van werkzaamheden;
- 4° de openbare instellingen naar Belgisch recht die een statutaire opdracht vervullen van commerciële, financiële of industriële aard;
- 5° de instellingen die krachtens een koninklijk besluit worden verplicht een boekhouding te voeren

met uitzondering van:

- 1° bestuurders in vennootschappen
- 2° land-of tuinbouwondernemingen tenzij zij in de vennootschapsbelasting worden belast
- 3° bepaalde verenigingen en stichtingen waarvoor de wet boekhoudplicht voorziet
- 4° niet-beroepsspeculanten
- 5° bepaalde de administratieve diensten (o.m. die met boekhoudkundige autonomie)

227. Voor de precieze inhoud van de verplichtingen inzake boekhouding en jaarrekening, zijn de vorm en grootte van de onderneming van richtinggevende betekenis. Kleine ondernemingen mogen een boekhouding voeren volgens een vereenvoudigd schema; de anderen moeten een volledig stelsel van boeken en rekening houden volgens de voorschriften van het zogenaamde “dubbel boekhouden”. Als “kleine ondernemingen” worden beschouwd: natuurlijke personen-ondernemingen, organisaties zonder rechtspersoonlijkheid en de vennootschappen met onvolkomen rechtspersoonlijkheid waarvan de omzet, exclusief BTW, over het laatste boekjaar 500.000 euro niet overtreft⁶⁹. Grote ondernemingen moeten hun rekeningen onderbrengen in een passend rekeningstelsel, waarvan de minimumindeling is bepaald door

⁶⁸ Artikel I.5 WER.

⁶⁹ Artikel III.85, §1 WER juncto artikel 1 KB van 21 oktober 2018 tot uitvoering van de artikelen III.82 tot en met III.95 van het wetboek van Economisch recht, BS 29 oktober 2018.

het KB van 21 oktober 2018. Voor ondernemingen uit de krediet- en verzekeringssector bestaan er bijzondere regels.

Elke onderneming moet minstens eens per jaar “de nodige opnemingen, verificaties, onderzoeken en waarderingen” verrichten om op een door haar gekozen datum de inventaris op te maken van al haar bezittingen, vorderingen, schulden en verplichtingen.⁷⁰ Nadat de rekeningen in overeenstemming zijn gebracht met de inventaris, moeten worden samengevat en beschreven worden in de jaarrekening.⁷¹ Deze jaarrekening moet een getrouw beeld geven van het vermogen, de financiële positie en het resultaat van de onderneming. De jaarrekening omvat de balans, de resultatenrekening en de toelichtingen. De verplichtingen met betrekking tot het opstellen van de jaarrekening verschillen naargelang de aard en de grootte van de onderneming.⁷²

4.6. OPENING VAN EEN ZICHTREKENING

228. Elke onderneming is krachtens het KB nr. 56 van 10 november 1967 verplicht om houder te zijn van een zichtrekening bij bpost of bij een in België gevestigde kredietinstelling. Zolang de schuldenaar met de betaalgegevens (bijv. rekeningnummer) niet in kennis werd gesteld, begint geen nalatigheidsinterest te lopen, ondanks iedere ingebrekestelling, aanmaning of overeengekomen beding.

229. Ondernemingen mogen in hun onderlinge relaties geen betalingen of stortingen weigeren van ten minste 247,89⁷³ euro met een al dan niet gekruiste cheque of door overschrijving op een rekening bij bpost of bij een in België gevestigde kredietinstelling. De schuldeiser die zijn betaling per cheque of per overschrijving ontvangt als tegenprestatie, mag zijn eigen levering uitstellen tot de betaaltitel werd uitgevoerd.

4.7. BELGISCH VESTIGINGSRECHT

4.7.1. ALGEMEEN – VERGUNNINGSTELSELS

230. Naast de regels die hiervoor werden besproken, bestaan er rechtsregels die nadere voorwaarden opleggen met betrekking tot de aanvang en de uitoefening van welomschreven ondernemingsactiviteiten. Het gaat telkens om wettelijke afwijkingen (beperkingen) op het gewaarborgde beginsel van vrijheid van enige economische activiteit zoals bepaald in artikel II.3 WER. Het vestigingsrecht in de ruime zin van het woord omvat alle wettelijke voorschriften die voorwaarden verbinden aan de toegang tot of uitoefening van welbepaalde ondernemingsactiviteiten.

De redenen die ten grondslag liggen aan de bestaande reglementeringen inzake toegang tot bepaalde activiteiten zijn zeer divers. Nu eens zal de wetgeving voornamelijk tot doel te hebben bekwaamheidsvereisten aan een beroepsbeoefenaar op te leggen, dan weer wordt de toegang tot bepaalde beroepswerkzaamheden beperkt omwille van sociaaleconomische motieven. Verder is het mogelijk dat alleen technische eisen met het oog op veiligheid en gezondheid worden opgelegd waaraan de bedrijfsinrichting dient te voldoen. Tenslotte zijn er ook eisen die bovenmatige hinder voor de omgeving of het milieu willen voorkomen. De Belgische vestigingswetgeving bevat hoe dan ook niet alleen normen die verband houden met de kwaliteit van de dienstverlening. Talrijke vestigingsreglementeringen hebben

⁷⁰ Artikel III.89 WER.

⁷¹ Artikel III.90 WER.

⁷² Artikel III.90, § 2 WER en artikelen 3:1 - 3:3 WVV.

⁷³ Het KB nr. 56 vermeldt het bedrag nog in Belgische frank, nl. 10.000 Belgische frank.

een protectionistisch karakter.

De getuigschriften die een onderneming moet bezitten, zijn even divers. Afhankelijk van de reden waarom een reglementering werd uitgevaardigd, bestaan er bijvoorbeeld vestigingsgetuigschriften en exploitatievergunningen of blijven de formaliteiten beperkt tot het nemen van een inschrijving op daartoe bestemde lijsten.

231. Voor het uitoefenen van bepaalde bedrijvigheden kan het bezit van meerdere vergunningen vereist zijn en kan een vergunningsstelsel van toepassing zijn. Met een vergunningsstelsel wordt bedoeld “*elke procedure die voor een dienstverrichter of voor een afnemer de verplichting inhoudt bij een bevoegde autoriteit stappen te ondernemen ter verkrijging van een formele of stilzwijgende beslissing over de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit*”⁷⁴. De bepalingen met betrekking tot vergunningsstelsels gelden bijgevolg voor “dienstverrichters” of “afnemers”, die op hun beurt respectievelijk worden gedefinieerd als “*iedere natuurlijke persoon onderdaan van een Lid-Staat [van de EU] of rechtspersoon [...], gevestigd in een Lid-Staat [van de EU] die een dienst aanbiedt of verricht*.”⁷⁵ en “*iedere natuurlijke persoon die onderdaan is van een Lid-Staat [van de EU] of die rechten heeft die hem door communautaire besluiten zijn verleend, of iedere rechtspersoon in de zin van artikel 54 van het VWEU die in een lidstaat is gevestigd en, al dan niet voor beroepsdoeleinden, van een dienst gebruik maakt of wil maken*.”⁷⁶

Het staat de regelgever immers niet vrij om discretionair vergunningsvoorwaarden op te leggen voor bepaalde dienstenactiviteiten. Eén en ander is ingegeven door de Europese principes van vrij verkeer van personen, goederen en kapitaal binnen de EU, waarbij lidstaten in beginsel geen enkele belemmering mogen opleggen die zulk vrij verkeer van personen, goederen, of kapitaal in de weg staat, waarbij voor diensten in bepalingen wordt voorzien met het oog op een “vrijheid van dienstverlening binnen de EU”. Zo dienen vergunningsstelsels aan drie voorwaarden te voldoen⁷⁷:

- 1° het vergunningstelsel heeft geen discriminerende werking jegens de betrokken dienstverrichter (bijvoorbeeld door enkel voorwaarden op te leggen aan dienstverrichters van andere Europese lidstaten en Belgische dienstverrichters te ontzien);
- 2° de behoefte aan een vergunningstelsel is gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang;
- 3° het nagestreefde doel kan niet door een minder beperkende maatregel worden bereikt, met name omdat een controle achteraf te laat zou komen om werkelijk doeltreffend te zijn.

Onder “dwingende reden van algemeen belang” dient onder meer te worden verstaan (zonder limitatief te zijn)⁷⁸:

- de openbare orde,
- de openbare veiligheid,
- de staatsveiligheid,
- de volksgezondheid,
- de handhaving van het financiële evenwicht van het sociale zekerheidsstelsel,

⁷⁴ Artikel I.2, 4° WER.

⁷⁵ Artikel I.2, 3° WER.

⁷⁶ Artikel I.2, 7° WER.

⁷⁷ Artikel III.2 WER.

⁷⁸ Artikel I.3, 1° WER.

- de bescherming van consumenten, afnemers van diensten en werknemers,
- de eerlijkheid van handelstransacties,
- de fraudebestrijding,
- de bescherming van het milieu en het stedelijke milieu,
- dierenwelzijn,
- de intellectuele eigendom,
- het behoud van het nationaal historisch en artistiek erfgoed en
- doelstellingen van het sociaal beleid en het cultuurbeleid.

Vergunningstelsels die worden toegelaten op basis van de drie voormelde voorwaarden, moeten verder nog gebaseerd zijn op criteria die beletten dat de bevoegde autoriteiten hun beoordelingsbevoegdheid op willekeurige wijze uitoefenen. Deze criteria zijn de volgende⁷⁹

- 1° niet discriminerend;
- 2° gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang;
- 3° evenredig met die reden van algemeen belang;
- 4° duidelijk en ondubbelzinnig;
- 5° objectief;
- 6° vooraf openbaar bekendgemaakt;
- 7° transparant en toegankelijk.

Verder moeten de vergunningsprocedures en formaliteiten gemakkelijk toegankelijk zijn en de lasten die zij voor de aanvragers kunnen voortbrengen moeten redelijk zijn en evenredig met de kosten van de vergunningsprocedures.⁸⁰

Het vergunningsstelsel moet aan de dienstverrichter op het gehele Belgische grondgebied het recht op toegang tot of uitoefening van de dienstenactiviteit bieden, mede door de oprichting van agentschappen, dochterondernemingen, kantoren of bijkantoren, tenzij:

- wanneer een vergunning eigen aan elke vestiging of een beperking van de vergunning tot een specifiek deel van het nationale grondgebied is gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang;
- het gaat om vergunningen die zijn afgeleverd door de overheden van de gewesten, de gemeenschappen, de provincies en de gemeenten (waarvan de bevoegdheid immers territoriaal is afgebakend).⁸¹

Naast de criteria waaraan het vergunningsstelsel moet voldoen, geldt ook een reeks voorschriften inzake de toekenning van de vergunning zelf.⁸² Het betreft onder meer de termijnen waarbinnen en de wijze waarop de vergunningsaanvraag moet worden behandeld⁸³, de geldigheidsduur van een vergunning⁸⁴ of hoe te werk moet worden gegaan indien het aantal af te leveren vergunningen beperkt is in aantal (bijv. omwille van beperkte natuurlijke hulpbronnen of een beperkte bruikbare technische mogelijkheden)⁸⁵. Hierop wordt verder niet ingegaan.

⁷⁹ Artikel III.3 WER.

⁸⁰ Artikel III.4 WER.

⁸¹ Artikel III.7 WER.

⁸² Zie de artikelen III.8 t.e.m. 11 WER.

⁸³ Zie de artikelen III.8 en 9 WER.

⁸⁴ Zie artikel III.10 WER.

⁸⁵ Zie artikel III.11 WER.

Ook zijn er gelijkaardige regels die de vrijheid van dienstverlening moeten waarborgen en discriminatie en willekeur door een overheid tegengaan voor het geval de dienstverrichter niet in België is “gevestigd”.⁸⁶ Ook hierop wordt verder niet ingegaan.

232. De vestigingseisen kunnen worden ingedeeld naargelang de gereguleerde sectoren. De belangrijkste worden hierna opgesomd en besproken.

4.7.2. VESTIGINGSWETGEVING VOOR KLEINE EN MIDDELGROTE HANDELS- EN AMBACHTSONDERNEMINGEN

233. Voor kleine en middelgrote ondernemingen (“**KMO’s**”) bestaat een algemene vestigingswetgeving waarvan het zwaartepunt ligt vervat in de programmawet van 10 februari 1998 tot bevordering van het zelfstandig ondernemerschap⁸⁷ (de “**KMO-Wet**”).

Voor de vestigingswetgeving worden onder het begrip “KMO’s” verstaan⁸⁸, de ondernemingen waarvan:

- a) het gemiddeld aantal werknemers op jaarbasis niet meer dan 50 bedraagt;
- b) niet meer dan 25 % van de aandelen of deelbewijzen die het maatschappelijk kapitaal vertegenwoordigen of van de eraan verbonden stemrechten in het bezit is van één of meerdere ondernemingen, andere dan KMO's; en
- c) waarvan ofwel de jaaromzet 7 miljoen euro niet overschrijdt, ofwel het jaarlijks balanstotaal 5 miljoen euro niet overschrijdt.

234. De KMO-Wet verplicht elke KMO, natuurlijke of rechtspersoon met vestiging in Brussel en Wallonië (sedert 1 september 2018 niet meer in Vlaanderen) die in hoofd- of bijberoep een activiteit uitoefent die in het handels- of ambachtsregister moet worden ingeschreven, het bewijs te leveren van basiskennis van bedrijfsbeheer. Deze verplichting geldt niet voor activiteiten waarvoor specifieke reglementering bestaat (die in dergelijke gevallen strengere eisen zal stellen). De vereiste basiskennis van bedrijfsbeheer die wordt opgelegd voor KMO's in alle sectoren omvat kennis betreffende het juridisch kader van de onderneming, de handel, algemene kennis van boekhoudkundige, financiële en fiscale aspecten.

Het bewijs van basiskennis van bedrijfsbeheer en de specifieke beroepsbekwaamheid kan worden geleverd op diverse manieren: voorleggen van bepaalde diploma's of getuigschriften, aantonen van voldoende praktijkervaring, voorleggen van een gelijkwaardige akte van bekwaamheid of enig ander bewijsmiddel waarvan de bewijswaarde volgt uit internationale verplichtingen. Komen in elk geval in aanmerking:

- (i) het getuigschrift over de basiskennis van het bedrijfsbeheer, uitgereikt in of door de derde graad van het secundair onderwijs of het secundair volwassenenonderwijs; of
- (ii) een diploma hoger onderwijs.⁸⁹

Wanneer de onderneming een natuurlijke persoon is, dient het bewijs van basiskennis van bedrijfsbeheer

⁸⁶ Zie de artikelen III.13 en 14 WER.

⁸⁷ Programmawet van 10 februari 1998 tot bevordering van het zelfstandig ondernemerschap, *BS* 21 februari 1998.

⁸⁸ Artikel 2 KMO-Wet.

⁸⁹ Artikel 7 KB 21 oktober 1998 tot uitvoering van Hoofdstuk I van Titel II van de programmawet van 10 februari 1998 tot bevordering van het zelfstandig ondernemerschap, *BS* 19 november 1998.

te worden geleverd door de ondernemer zelf, zijn/haar echtgeno(o)t(e) of wettelijk samenwonende partner, de partner met hij of zij minstens zes maanden samenwoont, of door de natuurlijke persoon die het dagelijks bestuur daadwerkelijk uitoefent (bijv. indien de onderneming een vennootschap is).

235. Indien men niet in regel is met de vestigingseisen, kunnen strafsancties worden opgelegd. Wie werkt onder het gezag, leiding of toezicht van een andere persoon, moet zich echter niet in regel stellen met de voorschriften van de vestigingswetgeving (aangezien men in dergelijke gevallen als werknemer zal worden gekwalificeerd en men bijgevolg geen zelfstandige ondernemer is).

4.7.3. REGLEMENTERING VAN AMBULANTE ACTIVITEITEN EN KERMISACTIVITEITEN

236. Ambulante activiteiten, soms ook omschreven als “leurhandel” (op straat, deur-aan-deur, ...) en kermisactiviteiten worden geregeld door de wet van 25 juni 1993 betreffende de uitoefening en de organisatie van ambulante en kermisactiviteiten⁹⁰ en haar uitvoeringsbesluiten. In die wetgeving wordt nader omschreven binnen welk kader ambulante handel en kermisactiviteiten kunnen plaatsvinden.

De uitoefening van ambulante activiteiten is onderworpen aan een voorafgaande machtiging, die onder bepaalde voorwaarden wordt afgeleverd door een erkend ondernemingsloket op basis van een aanvraag door de betrokkene, waarbij ofwel een bewijs van goed gedrag en zeden wordt gevoegd ofwel het akkoord van het Openbaar Ministerie betreffende de uitoefening van de geplande ambulante activiteit door de betrokkene.⁹¹ De uitoefening van kermisactiviteiten is eveneens onderworpen aan een voorafgaande machtiging die dient te worden afgeleverd door een erkend ondernemingsloket op basis van een aanvraag door de betrokkene.⁹² Hierbij ligt de klemtoon op de veiligheid en de belangen van de kermisgangers, waarbij de potentiële kermisuitbater dient aan te tonen dat de veiligheid gewaarborgd is.

4.7.4. TOEGANG TOT EN DE UITOEFENING VAN DIENSTVERLENENDE INTELLECTUELE BEROEPEN

237. Voor diverse categorieën van intellectuele beroepen, andere dan de traditionele vrije beroepen (advocaat, arts, architect, enz.) die eigen bekwaamheidsvereisten hebben, wordt middels de kaderwet van 1 maart 1976⁹³ in aanvullende vereisten voorzien met betrekking tot bekwaamheidsvereisten, zodat het statuut van dergelijke beroepen vergelijkbaar is met dat van de traditionele vrije beroepen. Daarnaast wordt voor bepaalde van deze categorieën van deze beroepen nog in specifieke wetgeving voorzien. De geviseerde doelgroepen zijn boekhoudkundige en fiscale beroepen⁹⁴, vastgoedmakelaars⁹⁵, privédetectives⁹⁶, psychologen⁹⁷, enz.

⁹⁰ Wet van 25 juni 1993 betreffende de uitoefening en de organisatie van ambulante en kermisactiviteiten, BS 30 september 1993, zoals gewijzigd (hierna de “**Wet van 25 juni 1993**”).

⁹¹ Artikel 17 KB 24 september 2006 betreffende de uitoefening en de organisatie van ambulante activiteiten, BS 29 september 2006 (hierna “**KB van 24 september 2006**”).

⁹² Artikel 1 e.v. KB 24 september 2006 betreffende de uitoefening en de organisatie van kermisactiviteiten en ambulante activiteiten in kermisgastronomie, voor wat betreft de kermisactiviteiten.

⁹³ Kaderwet van 1 maart 1976 tot reglementering van de bescherming van de beroepstitel en van de uitoefening van de dienstverlenende intellectuele beroepen, BS 23 maart 1976.

⁹⁴ Wet van 22 april 1999 betreffende de boekhoudkundige en fiscale beroepen, BS 11 mei 1999; wet van van 7 december 2016 tot organisatie van het beroep van en het publiek toezicht op de bedrijfsrevisoren, BS 13 december 2016.

⁹⁵ KB 30 augustus 2013 betreffende de toegang tot het beroep van vastgoedmakelaar, BS 6 september 2013.

⁹⁶ Wet van 19 juli 1991 tot regeling van het beroep van privé-detective, BS 2 oktober 1991.

⁹⁷ Wet van 8 november 1993 tot bescherming van de titel van psycholoog, BS 31 mei 1994.

4.7.5. VESTIGINGSREGLEMENTERINGEN IN DE FINANCIËLE SECTOR

238. Ook in de financiële sector bestaat een uitgebreide vestigingsreglementering. Zo dienen kredietinstellingen een vergunning aan te vragen bij de Nationale Bank van België (de “**NBB**”) alvorens zij hun financiële operaties mogen aanvangen.⁹⁸ De NBB zal daarbij nagaan of aan alle wettelijke vereisten werd voldaan. Ook voor instellingen voor collectieve beleggingen (“**ICBS**”), beursvennootschappen, beleggingsondernemingen, financiële bemiddelaars, beleggingsadviseurs, wisselkantoren en valutahandel bestaan gelijkaardige verplichtingen, maar zij vallen onder het toezicht van de Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten (de “**FSMA**”).

4.7.6. VESTIGINGSREGLEMENTERING IN HET VERZEKERINGSWEZEN

239. Wie een verzekeringsactiviteit in België wenst uit te voeren, dient daarvoor de voorafgaandelijke toelating te bekomen van de NBB. De FSMA draagt bij tot naleving van deze bepaling. Dergelijke toelating kan slechts worden verleend aan ondernemingen waarvan de financiële toestand alle gewenste waarborgen biedt voor een goede uitvoering van de verbintenissen en waarvan de organisatie in overeenstemming is met de regelen van de verzekeringstechniek. Voor de uitoefening van de verzekeringsactiviteit gelden verder financiële vereisten (solvabiliteitsmarge, waarborgfonds, technische reserves) en administratieve vereisten. Ook de toegang tot de activiteit van verzekeringsbemiddeling en – distributie is gereglementeerd.⁹⁹

⁹⁸ Wet van 25 april 2014 op het statuut van en het toezicht op kredietinstellingen en beursvennootschappen, *BS* 7 mei 2014, zoals gewijzigd.

⁹⁹ Wet van 4 april 2014 betreffende de verzekeringen, *BS* 30 april 2014.

5. WELKE ANDERE REGELS ZIJN VAN TOEPASSING OP ONDERNEMINGEN?

5.1. INLEIDING

240. Ondernemingen zijn voornamelijk onderworpen aan de regels van het economisch recht. In de mate dat het economisch recht niet in regels voorziet (bijv. totstandkoming van verbintenissen tussen ondernemingen), blijven de regels van het gemeen recht (waaronder het burgerlijk recht) van toepassing.

241. Het economisch recht omvat de regelen van zowel publiek als privaatrecht die er specifiek toe strekken om de economische activiteit te organiseren met het oog op het verwezenlijken van een economische ordening en van een economisch sturingsbeleid. Bij de ordening wil de wetgever een ordelijk en efficiënt economisch verkeer inrichten door middel van regels die beogen een evenwicht te verzekeren tussen bepaalde rechtmatig geachte belangen (algemeen belang, belangen van concurrenten, tussenpersonen, consumenten, uitvinders, enz.). Bij de “sturing” worden middelen aangewend om bepaalde economische doeleinden van conjuncturele aard (bijv. prijsbeleid) of van structurele aard (bijv. mededinging) te verwezenlijken. Ordening zal veelal op basis van privaatrechtelijke regelingen gebeuren (aangezien de verhouding wordt geregeld tussen rechtssubjecten), terwijl sturing veelal een beroep doet op publiekrechtelijke regelingen.

5.2. BRONNEN VAN HET ECONOMISCH RECHT

242. De regels die het economisch recht vorm geven zitten grotendeels vervat in het Wetboek van economisch recht dat het levenslicht zag op 28 februari 2013 (het “**WER**”). Dit wetboek bestaat momenteel uit 20 boekdelen en werd gerealiseerd in verschillende stappen, waarbij telkenmale boeken werden (en nog steeds worden) “toegevoegd” over een periode verschillende jaren.

Het opzet en het voorziene aantal contacturen van deze cursus laat vanzelfsprekend niet toe elk van deze boekdelen, zelfs niet oppervlakkig, te bespreken. Om een idee te geven van wat men in dit Wetboek kan verwachten aan regelgeving, volgt hieronder een summier overzicht van enkele regelingen waarin het WER voorziet.

243. In Boek I vinden we alle algemene definities die gelden over de 19 andere boeken heen, alsook specifieke definities die slechts in één boek of soms zelfs maar in een deel van een boek gelden. Zo wordt het begrip “onderneming” in artikel I.1, 1° WER gedefinieerd onder de vorm van een algemene definitie die in beginsel geldt over alle boeken heen, maar voor tal van boeken wordt een andere definitie gebruikt (zie de artikelen I.4/1, 1°, I.5, 1°, I.6, I.7, 2°, I.8, 39°, I.19, 6°, I.21, 8° WER)¹⁰⁰ wordt door artikel I.4, 1° WER voor “onderneming” een andere definitie aangereikt die enkel geldt voor titel 2 van Boek III en voor die doeleinden de algemene definitie opzijshift.

In Boek II vinden we de algemene beginselen van het economisch recht terug. Zo bepaalt artikel II.3 WER dat iedereen vrij is om enige economische activiteit naar keuze uit te oefenen, hetgeen deels een vertaling is van het nog steeds in werking zijn Decreet d’Allarde van 2 en 17 maart 1791¹⁰¹. Dit betekent echter niet dat het gaat om een absolute vrijheid, aangezien deze principiële vrijheid in aanzienlijke mate

¹⁰⁰ Het betreft hier de vroegere definitie van “onderneming” die vóór de Hervormingswet als algemeen ondernemingsbegrip gold en dus de facto nog voor de grote meerderheid van de bepalingen van het WER van toepassing blijft, zie verder, randnummer 3.

¹⁰¹ “A compter du premier avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d’exercer telle profession, art ou métier qu’elle trouvera bon.”

wordt beperkt door andere regelgeving, zoals de intellectuele rechten (o.m. het auteursrecht, merkenrecht, octrooirecht, enz.) of de bepalingen inzake mededinging.

Boek III bevat bepalingen inzake de vrijheid van dienstverlening en van vestiging en verder enkele verplichtingen die ondernemingen dienen na te leven (bijv. verplichte inschrijving in de Kruispuntbank van Ondernemingen, zie *supra*, nr.222).

Verder vinden we in het WER regels terug met betrekking tot:

- bescherming van de mededinging en prijsevoluties (Boeken IV en V)
- marktpraktijken en consumentenbescherming (Boek VI¹⁰²): hier vinden we bijvoorbeeld regels terug die gelden voor overeenkomsten op afstand (o.m. het herroepingsrecht indien goederen worden aangekocht via een webshop) of bepalingen inzake onrechtmatige bedingen, enz.
- financiële diensten (o.m. betalingsdiensten), consumentenkrediet¹⁰³ en hypothecair krediet¹⁰⁴ (Boek VII)
- kwaliteit en de veiligheid van producten en diensten (Boeken VIII en IX)
- handelsagentuurovereenkomsten, commerciële samenwerkingsovereenkomsten en verkoopconcessies (Boek X)
- intellectuele eigendomsrechten (Boek XI)
- regels met betrekking tot het afdwingen van rechten die men bezit krachtens het WER (Boeken XV, XVI en XVII)
- maatregelen die de minister, die bevoegd is voor economie, kan nemen in geval van crisistijd (Boek XVIII)
- Insolventie van ondernemingen (Boek XX)

244. Naast het Wetboek van economisch recht, zijn er nog tal van bijzondere wetten die het economisch recht vorm geven. Zo voorziet bijvoorbeeld het Burgerlijk wetboek in specifieke regels die de bewijsregeling van overeenkomsten tussen en tegen ondernemingen beheersen (cf. *infra*, nrs. 312 e.v.)

¹⁰² Merk op dat deze materie voor beoefenaars van vrije beroepen geregeld werd in Boek XIV. Dit Boek werd intussen opgeheven zodat beoefenaars van een vrij beroep thans ook onder Boek VI vallen.

¹⁰³ Deze bepalingen bevatten dwingende verplichtingen voor kredietverstrekkers indien een consument bijv. een autolening afsluit.

¹⁰⁴ Deze bepalingen bevatten dwingende verplichtingen met betrekking tot de zgn. "woonleningen".

1. FINANCIERING VAN DE ONDERNEMING - ALGEMEEN

245. Wanneer men een economische activiteit wenst te ontplooiën, zal men in de regel ook de nodige financiële middelen moeten bekomen. Wellicht dienen diverse kosten te worden gemaakt, zowel vóór aanvang van de ondernemingsactiviteit (huur of aankoop gebouw, aantrekken van personeel, aankoop van materiaal of machines, enz.), als tijdens de ondernemingsactiviteit (huur, betaling van leveranciers, betaling van werknemers, enz.). Wellicht bestaat de bedoeling erin om omzet te draaien waarmee deze kosten kunnen worden gefinancierd, maar in vele gevallen dienen kosten te worden “voorgeschoten” of dient behoorlijk duur materiaal te worden aangeschaft dat over een periode van enkele jaren wordt afgeschreven, waarvan het bedrag de jaarlijkse omzet mogelijks zelfs overstijgt. Voor dergelijke zaken heeft men dus start- of investeringskapitaal nodig.

246. De meest eenvoudige hypothese is die van de onderneming-natuurlijke persoon die zijn eigen spaargeld aanspreekt om te investeren in zijn onderneming. Bijvoorbeeld een startende slotenmaker die spaargeld gebruikt voor de aankoop van materiaal om sloten te openen en voor de aanleg van een stock met sloten, sleutels, enz.

247. Wanneer een ondernemer-natuurlijke persoon geen eigen middelen heeft, dan zal hij een beroep moeten doen op derden die mee in het project willen investeren. Dit kan onder de vorm van krediet zijn, waarbij een derde (meestal, maar niet noodzakelijk, een bank) een geldsom ter beschikking stelt in ruil voor een periodieke interest, waarbij het kapitaal na een bepaalde periode al dan niet in één keer moet worden terugbetaald. Daarbij wordt uitgegaan van het scenario dat op een gegeven ogenblik voldoende cash werd gegenereerd om dit kapitaal, vermeerderd met de toepasselijke interest, terug te betalen.

248. Een andere hypothese houdt in dat derden geïnteresseerd zouden zijn in een deel van de winst die de onderneming op termijn zou realiseren. Doorgaans wordt de onderneming in dat geval ondergebracht in een vennootschap waarbij deze derden aandelen¹⁰⁵ kunnen verkrijgen van de vennootschap in ruil voor een inbreng in geld of in natura (zie hierover meer in Onderdeel II “Vennootschapsrecht”) en waarbij de ondernemer-natuurlijke persoon (bijv. een slotenmaker) de effectieve onderneming voert en de vennootschap vertegenwoordigt in het rechtsverkeer (de zgn. “handjes en voetjes” van de vennootschap, zie *supra* nr.216). Wanneer de vennootschap door haar ondernemingsactiviteit reserves opbouwt, kunnen na verloop van tijd bedragen worden uitgekeerd aan de aandeelhouders, en kunnen derden op die manier winst maken op eerder gedane investeringen (naast een eventuele hogere waardering van de aandelen bij een eventuele verkoop, wanneer winst niet zou worden uitgekeerd aan de aandeelhouders). Anderzijds stellen derden zich op die manier meer bloot aan het ondernemingsrisico, want indien de onderneming niet voldoende omzet zou realiseren om de kosten te dekken, zal zij verlies maken. Indien op een bepaald ogenblik het (ingebrachte) geld is opgebruikt en de aandeelhouders niet langer in de vennootschap wensen te investeren (“geld bijtanken”), dan kan de vennootschap mogelijks failliet worden verklaard, of vereffend worden, zonder enige garantie dat de aandeelhouders hun ingebrachte centen (geheel of gedeeltelijk) kunnen recupereren. Wanneer een derde een vennootschap geld ter beschikking zou stellen middels een lening, dan zal hij als schuldeiser (niet als “aandeelhouder”) eerst worden terugbetaald

¹⁰⁵ Of andere effecten, maar voor didactische doeleinden wordt in het kader van deze cursus enkel over aandelen gesproken.

vóór de aandeelhouders van de vennootschap. Om die reden is een schuldeiser in mindere mate aan het ondernemingsrisico blootgesteld dan een aandeelhouder. Dit betekent echter niet dat een schuldeiser de garantie heeft om steeds te worden terugbetaald. Indien al het geld op is nadat alle activa te gelde werden gemaakt en er daarna nog terug te betalen kredieten overblijven, dan zal, naast de aandeelhouder, ook de schuldeiser in het zand bijten. Een kei kun je immers niet stropen.

Tegenover dit ondernemingsrisico in hoofde van de aandeelhouder staat dat een aandeelhouder, in tegenstelling tot een schuldeiser, een zekere invloed kan uitoefenen op het beleid van de vennootschap. Zo geven aandelen van een vennootschap de houder ervan het recht om aanwezig te zijn en te stemmen op de algemene vergadering van de vennootschap. Op die manier (en afhankelijk van de omvang van de participatie) kan een aandeelhouder ook effectief wegen op het beleid van een vennootschap.

249. Wanneer geld als kapitaal wordt “ingebracht” in de vennootschap, spreekt men ook wel van “eigen vermogen”, terwijl geld dat wordt ter beschikking gesteld onder de vorm van een lening of een krediet, “vreemd vermogen” wordt genoemd. Op het eigen vermogen gaan we verder niet meer in, aangezien dit eerder vennootschapsrechtelijk is getint, wat aan bod komt in Onderdeel II (“Vennootschapsrecht”). Hierna zullen echter wel diverse vormen van vreemd vermogen worden besproken om de onderneming (natuurlijke persoon of vennootschap) te voorzien van voldoende financiële middelen.

2. VREEMD VERMOGEN

2.1. LENING

250. Wanneer een lening wordt toegestaan (bijvoorbeeld, maar niet noodzakelijk, door een financiële instelling) door een bepaalde geldsom te overhandigen met de belofte om dit bedrag (al dan niet met interest) op een bepaald ogenblik terug te betalen, dan zijn de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek inzake de “verbruiklening”¹⁰⁶ van toepassing. Traditioneel wordt aanvaard dat de lening een zakelijk contract is dat tot stand komt ingevolge de afgifte van de zaak. Dit is een uitzondering op het principe van het consensualisme in het Belgisch recht, waarbij overeenkomsten tot stand komen door loutere wilsovereenstemming (zie Deel 1 “Algemene inleiding”). Wanneer de leningovereenkomst is tot stand gekomen (dus door afgifte van de zaak en niet door loutere wilsovereenstemming), dan wordt de eigendom van het geld overgedragen van de financiële instelling naar de ontlener. De ontlener heeft de vrije beschikking over het ontleende bedrag en vervolgens de verplichting om een gelijk bedrag (vermeerderd met interesten indien dit werd overeengekomen) terug te geven. In bankzaken dient de vrije beschikking over de ontleende gelden wel te worden genuanceerd, aangezien in de overeenkomst kan worden overeengekomen (en meestal ook wordt overeengekomen) wat de bestemming van het geld zal zijn (bijv. investering in een bepaalde machine). Dit is ook logisch, aangezien het net omwille van de investering zal zijn dat een onderneming haar activiteit kan voeren en omzet kan genereren om nadien de lening terug te betalen. Indien met het geld een sportwagen zou worden gekocht die na één jaar minder dan de helft van de betaalde prijs waard is, brengt dit geen toegevoegde waarde voor de onderneming en zal het risico voor de bank dat zij haar lening niet terugbetaald zou zien, uiteraard substantieel verhogen.

251. De partijen mogen vrij de rentevoet bepalen, onder voorbehoud van het verbod van woeker en, indien één van de leningnemers een consument is, de toepassing van de wetgeving inzake het consumentenkrediet. Indien de rentevoet niet werd overeengekomen, geldt de wettelijke interestvoet.¹⁰⁷ Ingeval van laattijdige betaling, kunnen verwijlinteresten worden aangerekend, indien dit in de overeenkomst werd bepaald. Dit mag echter niet tot gevolg hebben dat de oorspronkelijke interestvoet zou worden verhoogd met méér dan 0,5% per jaar. Indien de oorspronkelijke interestvoet bijvoorbeeld 3% bedroeg, dan kan deze in geval van laattijdige betaling maximaal verhoogd worden tot 3,5%. Indien toch een te grote verhoging van de rente zou worden bepaald (bijv. 5%), dan zal deze tot het wettelijk maximum van 0,5% worden gereduceerd.

252. In geval van een vervroegde terugbetaling van de lening wordt de zogenaamde wederbeleggingsvergoeding bepaald op maximum 6 maanden interest, te berekenen op het terugbetaalde bedrag en aan de overeengekomen interestvoet.¹⁰⁸ Zie *infra*, randnummer 275 e.v. over dit begrip.

¹⁰⁶ De “verbruiklening” staat tegenover de “bruiklening”, wat impliceert dat het goed dat wordt geleend na een bepaalde periode wordt teruggegeven aan degene die het goed heeft uitgeleend. Bijvoorbeeld een aanhangwagen die wordt geleend voor één dag om te verhuizen. De “verbruiklening” impliceert dat dat wat wordt uitgeleend, ook tenietgaat, maar waarbij de ontlener zich ertoe verbindt om aan de uitlener evenzoveel van gelijke soort en hoedanigheid terug te geven. De geldlening valt hieronder, aangezien het ontleende geld zal worden besteed en bijgevolg niet meer kan worden terugbezorgd aan de uitlener.

¹⁰⁷ Artikel 1907 BW.

¹⁰⁸ Artikel 1907bis b-BW.

2.2. KREDIETOVEREENKOMST

2.2.1. ALGEMEEN

253. Een kredietovereenkomst is een (consensuele) overeenkomst waarbij een persoon (de kredietverlener) zich ertoe verbindt tijdelijk aan een andere persoon (de kredietnemer) en tot een bepaald bedrag hetzij geld, hetzij kredietwaardigheid ter beschikking te stellen. De kredietnemer verbindt zich ertoe om een commissie te betalen, alsook het eventueel opgenomen bedrag, vermeerderd met een bepaalde rente op het opgenomen bedrag. De kredietnemer is echter niet verplicht om het krediet op te nemen. Indien hij niets opneemt, zal hij enkel de vooraf overeengekomen commissie dienen te betalen. Een voorbeeld van een kredietovereenkomst is de mogelijkheid om “onder nul” te gaan op een zichtrekening bij een kredietinstelling. Een ander voorbeeld is een krediet dat wordt gekoppeld aan een kredietkaart (VISA, Mastercard, American Express, ...). Wanneer het maandelijks terug te betalen bedrag van de kredietkaart een bepaalde drempel overschrijdt, kan gebruik worden gemaakt van een dergelijk krediet om dit bedrag gespreid terug te betalen. Enkel in dat geval zal dus een bepaald bedrag van deze “kredietlijn” worden opgenomen, waarvan maandelijks een bepaald bedrag wordt terugbetaald (vermeerderd met (hoge) interest) tot het opgenomen bedrag (vermeerderd met interest) is terugbetaald. Kenmerkend aan dergelijke kredieten is dat wanneer kapitaal wordt terugbetaald, dat deel terug kan worden opgenomen. Dit heet ook “*revolving krediet*”.

254. Krediet kan ook worden verstrekt door terbeschikkingstelling van kredietwaardigheid, waarbij geen geldsom wordt overhandigd of ter beschikking wordt gehouden van de kredietnemer, maar waarbij de kredietgever zijn persoonlijke kredietwaardigheid ter beschikking stelt, door zich bijvoorbeeld borg te stellen of door een autonome bankgarantie te verlenen, waarbij de kredietgever slechts zal hoeven te betalen indien zich een bepaalde gebeurtenis voordoet.

255. Hoewel in de volksmond een beide termen vaak door elkaar worden gebruikt, is een “lening” niet hetzelfde als een “krediet”. In tegenstelling tot de geldlening, die een zakelijke overeenkomst is die tot stand komt door afgifte van de geldsom, is de kredietovereenkomst een consensuele overeenkomst, die tot stand komt door loutere wilsovereenstemming (men bedingt immers slechts de *mogelijkheid* om een bepaalde som geld op te nemen). Dit onderscheid is niet louter van academisch belang, maar heeft ook een groot praktisch belang. Het gevolg van de kwalificatie is immers dat de onder randnummers 250 en 251 besproken regels niet van toepassing zijn op de kredietovereenkomst.

256. Voor bepaalde kredietvormen heeft de wetgever bijzondere regelgeving uitgevaardigd. Zo heeft de wetgever ter bescherming van de consument bijzondere regels uitgevaardigd voor het consumentenkrediet en voor het hypothecair krediet (de zgn. “woningkredieten” voor consumenten). Deze regels zijn opgenomen in Boek VII van het Wetboek van Economisch Recht.¹⁰⁹ Bij wet van 21 december 2013¹¹⁰ heeft de wetgever ook een bijzondere regeling uitgevaardigd voor kredietverlening aan KMO's. In het kader van dit hoofdstuk aangaande financieringsmiddelen voor de onderneming wordt hieronder verder ingegaan op deze regeling. De regeling inzake consumentenkredieten wordt niet verder besproken, aangezien dit buiten het bestek van deze cursus valt.

¹⁰⁹ Artikel VII.64 t.e.m. VII.122 WER voor wat betreft het consumentenkrediet en artikel VII.123 t.e.m. VII.147/38 WER voor wat betreft het hypothecair krediet.

¹¹⁰ Wet van 21 december 2013 betreffende diverse bepalingen inzake de financiering voor kleine en middelgrote ondernemingen, BS 31 december 2013, zoals gewijzigd door de wet van 21 december 2017 houdende wijziging van de wet van 21 december 2013 betreffende diverse bepalingen inzake de financiering voor kleine en middelgrote ondernemingen (hierna “Wet KMO Financiering”).

2.2.2. WET KMO FINANCIERING

2.2.2.1. ALGEMEEN

257. Naast de bescherming van de consument bij het aangaan van kredietovereenkomsten, heeft de wetgever het ook opportuun geacht om ook voor kredietverlening door banken aan KMO's een regelgevend kader te voorzien, aangezien uit gegevens van de FOD Economie bleek dat de kredietverlening aan KMO's tussen 2007 en 2010 een dalende trend vertoonde, hoewel het aantal kredietaanvragen tijdens die periode steeg. Ook bleek dat de kredietvoorwaarden voor KMO's na de financiële crisis strenger waren geworden, wat het economisch herstel belemmerde gelet op het belang van kredietverlening als motor voor de economie. Verder kwamen nog andere knelpunten aan het licht, zoals stijging van de gevraagde waarborgen, een gebrek aan duidelijkheid inzake de informatie die de kredietgevers vragen aan KMO's, ondoorzichtigheid van de toekenningscriteria, een hoge kostprijs van het krediet, traagheid van het beslissingsproces, enz. Deze problemen wou de wetgever aanpakken en het resultaat hiervan werd de Wet KMO Financiering.

258. Het was echter niet de intentie van de wetgever om op de contractuele relatie tussen kredietgever en ondernemer *mutatis mutandis* dezelfde regels toe te passen als voor het consumentenkrediet maar wel om een specifiek kader te creëren voor het ondernemingskrediet, aangezien de financieringsproblematiek voor KMO's van een heel andere aard is. De regeling inzake het consumentenkrediet heeft immers vooral tot doel om de consument te beschermen tegen overmatige schuldenlast, terwijl de Wet KMO Financiering ernaar streeft om de contractuele relatie tussen kredietgever en ondernemer evenwichtiger te maken, meer transparantie te creëren en de toegang tot krediet te stimuleren.¹¹¹

259. Artikel 10 van de Wet KMO Financiering voorziet eveneens in een op te stellen gedragscode, die er is gekomen met de “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”, BS 4 maart 2014, (de “**Gedragscode**”)¹¹².

2.2.2.2. TOEPASSINGSGEBIED

260. De Wet KMO Financiering is van toepassing op de kredietovereenkomsten gesloten met een onderneming die in de Europese Economische Ruimte haar vestiging of maatschappelijke zetel heeft, op voorwaarde dat (i) de kredietgever zijn commerciële of beroepsactiviteiten ontplooit in België, of (ii) de kredietgever dergelijke activiteiten met ongeacht welke middelen richt op België of op verscheidene landen, met inbegrip van België, en de kredietovereenkomst onder die activiteiten in België valt.

261. Hieruit blijkt een aantal voorwaarden. In de eerste plaats moet het gaan om “kredietovereenkomsten”. Deze term is in de Wet KMO Financiering gedefinieerd en betekent “*elke overeenkomst waarbij een kredietgever een krediet verleent of toezegt aan een onderneming, in de vorm van een lening, of van elke andere gelijkaardige regeling, met uitsluiting van de kredietovereenkomsten die vallen onder de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet en de wet van 4 augustus 1992 op het hypothecair krediet*”.¹¹³

¹¹¹ MvT wetsontwerp betreffende diverse bepalingen inzake de financiering voor kleine en grote middelgrote ondernemingen, Parl.St. Kamer 2013 – 2014, nr. 3088/001, p. 6.

¹¹² Deze gedragscode werd nog niet aangepast naar aanleiding van de wijzigingswet van 21 december 2017.

¹¹³ Artikel 2, 3° Wet KMO Financiering. De verwijzingen naar de wet op het consumentenkrediet en de wet op het hypothecair krediet dienen te worden gelezen als een verwijzing naar de relevante bepalingen van Boek VII WER, aangezien deze beide wetten inmiddels werden geïntegreerd in het Wetboek van economisch recht.

Uit deze definitie zijn opnieuw enkele elementen af te leiden over de betrokken partijen, nl. het moet gaan om een “kredietgever” en een “onderneming”.

Deze beide begrippen worden eveneens in de Wet KMO Financiering gedefinieerd.

262. Onder “kredietgever” wordt verstaan: “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 is voor interpretatie vatbaar, aangezien bijvoorbeeld het toestaan van betalingsuitstel door een leverancier hier op het eerste zich eveneens kan onder vallen, aangezien dit een krediet is “in het kader van zijn gebruikelijke handels- of beroepsactiviteiten. De memorie van toelichting van de Wet KMO Financiering verduidelijkt: *“Er wordt ook benadrukt dat met deze wet enkel de zogenaamde “financiële” kredieten worden gevisieerd aangegaan tussen een professionele kredietgever en een onderneming, zoals een kredietopening of een kaskrediet. Krediet verleend in de vorm van een uitstel van betaling van facturen tussen ondernemingen onderling wordt niet gevisieerd door deze wet. Intragroepsleningen tussen ondernemingen die deel uitmaken van dezelfde vennootschapsgroep, factoring- of leasingactiviteiten worden evenmin gevisieerd door deze wet. Om voorgaande reden werd ook expliciet bepaald in de definitie van het begrip “kredietgever” dat het moet gaan om een persoon die een krediet verstrekt in het kader van zijn “gebruikelijke” handels- of beroepsactiviteiten.”*¹¹⁴

Het toekennen van uitstel van betaling door een leverancier valt dus niet onder het begrip “kredietovereenkomst” in de zin van de Wet KMO Financiering.

De uitzondering waarin het laatste zinsdeel van de definitie voorziet, heeft tot doel de kredietbemiddelaars uit te sluiten van de definitie. Kredietbemiddelaars worden immers apart gedefinieerd.¹¹⁵

263. Onder “onderneming” wordt verstaan: “de onderneming bedoeld in artikel I.1, 1°, van het Wetboek van economisch recht, die op het ogenblik van de kredietaanvraag beantwoordt aan de van toepassing zijnde criteria vastgesteld in artikel 15, §§ 1 tot en met 6, van het Wetboek van vennootschappen.”

¹¹⁴ MvT wetsontwerp betreffende diverse bepalingen inzake de financiering voor kleine en grote middelgrote ondernemingen, Parl.St. Kamer 2013 – 2014, nr. 3088/001, p. 7-8.

¹¹⁵ Zie artikel 2, 1° Wet KMO Financiering: “een natuurlijke persoon of rechtspersoon die niet optreedt als kredietgever en die in het raam van zijn bedrijfs- of beroepsactiviteiten tegen een vergoeding in de vorm van geld of een ander overeengekomen economisch voordeel:

- a) aan ondernemingen kredietovereenkomsten voorstelt of aanbiedt;
- b) ondernemingen anderszins dan onder a) bedoeld, bijstaat bij de voorbereiding van het sluiten van kredietovereenkomsten;
- c) namens de kredietgever met ondernemingen kredietovereenkomsten sluit. Wordt hiermee gelijkgesteld de persoon die kredietovereenkomsten aanbiedt of toestaat wanneer deze overeenkomsten het voorwerp uitmaken van een onmiddellijke overdracht of indeplaatsstelling ten gunste van een andere erkende kredietgever aangewezen in de overeenkomst”.

Het dient dus om een “kleine” onderneming te gaan, waarbij wordt gesteund op de criteria van “kleine vennootschap” in (nu) artikel 1:24 van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen. Deze criteria zijn de volgende:

- a) jaargemiddelde van het personeelsbestand: 50;
- b) jaaromzet (excl. BTW): 9 miljoen euro;
- c) balanstotaal: 4,5 miljoen euro.

Om van een kleine vennootschap (en dus “**KMO**”) te kunnen spreken in het kader van de Wet KMO Financiering, mag maximaal één van bovenstaande criteria worden overschreden. De beoordeling dient te gebeuren op het ogenblik van de kredietaanvraag. Het feit dat de onderneming nadien niet meer aan deze criteria zou voldoen, brengt niet met zich mee dat de Wet KMO Financiering niet meer van toepassing is op het betrokken krediet.

264. Daarnaast dient de onderneming haar maatschappelijke zetel of een vestiging te hebben in de Europese Economische Ruimte en dient de kredietgever zijn commerciële activiteiten te ontplooiën in België of dergelijke activiteiten minstens op België te richten waarbij de kredietovereenkomst onder dergelijke activiteiten in België dient te vallen. De Wet KMO Financiering geldt bijgevolg ook voor kredietgevers die niet in België gevestigd zijn, indien zij in België hun commerciële activiteiten ontplooiën of dergelijke activiteiten richten op België of op verscheidene landen, waaronder België, en de kredietovereenkomst onder de activiteiten in België van de kredietgever valt.

265. Het zij ook opgemerkt dat de Wet KMO Financiering niet van toepassing is indien er meerdere kredietnemers zijn en minstens één van deze kredietnemers niet beantwoordt aan de definitie van “onderneming”.¹¹⁶

2.2.2.3. INHOUDELIJKE BEPALINGEN VAN DE WET KMO FINANCIERING

266. De Wet KMO Financiering heeft betrekking op enkele door de “kredietgever” na te leven gedragsregels en legt enkele verplicht na te leven bepalingen op die de rechtsverhouding tussen de KMO en de kredietgever beheersen (vnl. inzake vervroegde terugbetaling van kredieten).

A. GEDRAGSREGELS

i. ZORGVULDIGHEIDSPLICHT

267. Een eerste gedragsregel betreft de zorgplicht en bepaalt de wijze waarop de kredietgever, de kredietbemiddelaar en de onderneming zich moeten gedragen. Zij moeten zich in hun onderlinge rechtsverhoudingen te goeder trouw en billijk gedragen. Daarnaast moet de door hen verstrekte informatie correct, duidelijk en niet misleidend zijn.¹¹⁷ Dit is een uitdrukkelijke bevestiging van de algemene zorgvuldigheidsplicht die geldt in de rechtsverhoudingen tussen kredietgever, kredietbemiddelaar en onderneming. Deze zorgvuldigheidsplicht slaat zowel op de precontractuele fase als op de contractuele fase en betreft een middelenverbintenis.¹¹⁸ Het begrip “billijk” dat wordt opgenomen in dit artikel moet begrepen worden in haar normaal gangbare betekenis, zijnde rechtvaardig en redelijk.¹¹⁹

¹¹⁶ Artikel 3/1 Wet KMO Financiering.

¹¹⁷ Artikel 4 Wet KMO Financiering.

¹¹⁸ MvT wetsontwerp betreffende diverse bepalingen inzake de financiering voor kleine en grote middelgrote ondernemingen, Parl.St. Kamer 2013 – 2014, nr. 3088/001, p. 10.

¹¹⁹ Ibid.

ii. INFORMATIEPLICHT

268. Naast de zorgvuldigheidsplicht voorziet de Wet KMO Financiering in een reeks bepalingen die betrekking hebben op verplichtingen inzake informatie.¹²⁰

269. Zo dienen de kredietgever, of in voorkomend, geval de kredietbemiddelaar, vooraleer een kredietaanbod te doen, de pertinente informatie in te winnen die zij noodzakelijk achten om de haalbaarheid te beoordelen van het beoogde project waarvoor het krediet wordt aangevraagd, alsook de financiële toestand, terugbetalingsmogelijkheden en de lopende financiële verbintenissen van de toekomstige schuldenaars (d.i. de onderneming of de persoon die een persoonlijke zekerheid stelt voor de onderneming). De onderneming, en in voorkomend geval de steller van een persoonlijke zekerheid, zijn ertoe gehouden daarop juist en volledig te antwoorden. Overeenkomstig artikel 10, § 1, lid 1, 2° Wet KMO Financiering bepaalt de Gedragscode welke informatie minimaal aan de onderneming moet worden gevraagd. Het gaat daarbij onder meer om de identiteit van de onderneming, de groepsstructuur, de aandeelhoudersstructuur, de uitgeoefende activiteit, de positionering van de onderneming binnen de sector waarin zij actief is, het doel van het krediet, allerhande financiële informatie van de onderneming (financiële cijfers, financieel plan, gestelde persoonlijke en zakelijke zekerheden, negatieve zekerheden), enz.

Aan de persoonlijke zekerheidssteller (indien die er zou zijn) dient minimaal te worden gevraagd naar de identiteit en de vermogenstoestand.

Bovenstaande informatie is echter niet exhaustief en de kredietgever of kredietbemiddelaar dient steeds zelf na te gaan welke bijkomende informatie mogelijks nog vereist is om tot een correcte inschatting te komen van de haalbaarheid van het beoogde project en van de kredietpositie van de onderneming. Daarnaast voorziet de Gedragscode ook nog in een verplichting in hoofde van de onderneming om zelf andere nuttige en beschikbare informatie (waarvan zij redelijkerwijze moet veronderstellen dat deze relevant is in het kader van de kredietbeslissing) aan te leveren die de kredietgever in staat stelt om een correcte inschatting te maken van de kredietpositie van de onderneming en bij te dragen tot de selectie van de gepaste kredietvormen.

270. Ten tweede is de kredietgever of, in voorkomend geval, de kredietbemiddelaar verplicht een schriftelijke passende toelichting te bezorgen aan de onderneming op het moment van de kredietaanvraag opdat die zich een beeld kan vormen van de voor haar relevante kredietvormen. De toelichting omvat in elk geval de belangrijkste kenmerken van de voor de onderneming relevante kredietvormen en de specifieke gevolgen hieraan verbonden voor de onderneming. Verder wordt in de Gedragscode nog bepaald wat de precieze vorm en inhoud dient te zijn van de toelichting.

271. Ten derde dient op het moment van het kredietaanbod, kosteloos, een exemplaar van de ontwerp kredietovereenkomst te worden verstrekt. Daarbij dient een summier informatiedocument te worden gevoegd, waarvan de precieze inhoud wordt bepaald door de Gedragscode. Dit summier informatiedocument heeft tot doel de onderneming toe te laten, zonder veel moeite, de nodige kenmerken en modaliteiten van het aangeboden krediet terug te vinden. Op basis van de informatie in dit document moet de kredietnemer in staat zijn om twee of meerdere kredietaanbiedingen bij dezelfde of een andere kredietgever of kredietbemiddelaar, op eenvoudige wijze en voor wat betreft de belangrijkste punten, te vergelijken.

¹²⁰ Zie artikel 7 Wet KMO Financiering.

272. Tenslotte dienen de kredietgever of de kredietbemiddelaar, al naargelang het geval, tussen de kredietovereenkomsten die zij gewoonlijk aanbieden of waarvoor zij gewoonlijk bemiddelen, te zoeken naar het krediet dat qua soort het best 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.¹²¹

B. ANDERE BEPALINGEN

i. KREDIETWEIGERING

273. Ingeval een krediet wordt geweigerd stellen de kredietgever of de kredietbemiddelaar, al naargelang het geval, de onderneming in kennis van de belangrijkste elementen waarop deze weigering is gebaseerd of die de risico-inschatting hebben beïnvloed, en dit op een transparante en in voor de onderneming verstaanbare bewoordingen, en dit op schriftelijke of mondelinge wijze. De onderneming kan een schriftelijke verduidelijking van de mondelinge kennisgeving verkrijgen. Deze bepaling doet echter geen afbreuk aan de contractuele vrijheid van de kredietgever en roept geen recht op krediet in het leven voor de onderneming.

ii. VERVROEGDE TERUGBETALING

274. De problematiek inzake vervroegde terugbetaling kan best worden geschetst aan de hand van een voorbeeld. Gewoonlijk is een krediet gesloten voor een bepaalde termijn en zijn de wederzijdse verplichtingen vooraf duidelijk bepaald. Neem het voorbeeld van een krediet op 10 jaar voor 250.000 euro aan 3% rente, waarbij het kapitaal en de rente met een vast maandelijks bedrag gedurende 10 jaar wordt terugbetaald. In dit voorbeeld zou maandelijks een vast bedrag van 2.409,35 euro worden terugbetaald, kapitaal en verschuldigde interest¹²² daarin begrepen. Uit berekeningen blijkt dat de totale interestlast over deze 10-jarige periode 39.122,05 euro bedraagt. De kredietgever weet zich m.a.w. verzekerd van een opbrengst van 39.122,05 euro over een looptijd van 10 jaar. De problematiek die zich stelt, is de vraag wat er dient te gebeuren indien het krediet vervroegd zou worden terugbetaald door de kredietnemer. Het gaat *in casu* om een overeenkomst van bepaalde duur waarvoor geldt dat deze slechts vervroegd kan worden beëindigd mits het akkoord van alle betrokken partijen, indien de kredietovereenkomst daarover niets bepaalt.¹²³ Meestal zal de kredietgever ook slechts bereid zijn hiermee akkoord te gaan indien het verlies dat hij hierdoor zal lijden, integraal wordt vergoed. Het verlies in hoofde van de kredietgever wordt immers veroorzaakt door de toekomstige interestbedragen (die zijn inbegrepen in het maandelijks af te lossen bedrag) die hij zal mislopen. Daarentegen zal hij de terugbetaalde gelden opnieuw zelf kunnen uitlenen aan een bepaalde rente. De schade voor de kredietgever zal dus het verschil zijn tussen de misgelopen interesten door de vervroegde terugbetaling en de potentiële opbrengst van het opnieuw uitgeleende kapitaal, die echter zeer moeilijk te voorspellen is. Daarom wordt deze potentiële opbrengst meestal berekend a.d.h.v. de dan geldende interbancaire rente die geldt voor de looptijd die gelijk is aan

¹²¹ Artikel 6 Wet KMO Financiering.

¹²² Pro memorie: de interest wordt steeds berekend op het uitstaand bedrag op een bepaald ogenblik. Omdat het maandelijks af te lossen bedrag vast is en steeds een deel van het kapitaal wordt terugbetaald, zal het aandeel van de interest in dit vast bedrag afnemen naarmate de looptijd verstrijkt, zodat men naarmate de looptijd vordert steeds meer kapitaal zal aflossen. Formules bepalen dan welk maandelijks vast bedrag vereist is om een bepaald bedrag aan een bepaalde rente over een bepaalde periode terug te betalen.

¹²³ Merk op dat indien een overeenkomst van bepaalde duur eenzijdig zou worden verbroken, de tegenpartij recht heeft op een schadevergoeding die het geleden verlies of de gederfde winst vergoedt, wat in casu zou neerkomen op de nog niet betaalde interestbedragen over de nog te lopen periode tot aan de vervaldag, verminderd met de te verwachten opbrengst van het terugbetaald kapitaal.

de resterende looptijd van het krediet. Wanneer de kredietnemer het krediet vroegtijdig zou terugbetalen, zou hij m.a.w. meteen alle interest die verschuldigd zou zijn over deze 10-jarige periode moeten betalen, verminderd met de opbrengst die de bank zal hebben ten gevolge van het “weder beleggen” van het terugbetaald kapitaal. Het kan daarbij gaan om een zeer groot bedrag, aangezien (i) de interbancaire rente doorgaans een stuk lager ligt dan de toegepaste commerciële rentevoeten en (ii) er sedert 2008 continu een aanzienlijke rentedaling is geweest, zodat de rentevoet van het terug te betalen krediet velen malen hoger kan liggen dan de op het ogenblik van het vervoegd terugbetalen toepasselijke interbancaire rente. Wanneer een onderneming haar schulden zou willen herstructureren, kan een dergelijke schadevergoeding een bijzonder harde en kostelijke noot zijn om te kraken.

275. De wetgeving inzake hypothecaire kredieten (die van toepassing is op consumenten en dus niet op KMO's) bepaalt bijvoorbeeld dat dergelijke schadevergoeding (ook wel “wederbeleggingsvergoeding” genoemd aangezien de kredietgever het terugbetaalde geld waarop ze niet had gerekend moet “weder beleggen”) niet meer mag bedragen dan drie maanden interest. Ook voor consumentenkredieten wordt dergelijke wederbeleggingsvergoeding ingeperkt. Voorts bepaalt artikel 1907*bis* van het Burgerlijk Wetboek dat dergelijke wederbeleggingsvergoeding niet meer dan zes maanden interest mag bedragen, berekend op de terugbetaalde som en naar de in de overeenkomst bepaalde rentevoet. We hebben echter gezien dat deze regeling van toepassing is op “leningen” en niet op “kredieten”. In de mate dat het krediet niet kwalificeert als een lening (wat meestal het geval zal zijn, indien de overeenkomst bijvoorbeeld voorziet in een mogelijke wederopname of indien het bedrag in stukken kan worden opgenomen), zal deze bepaling dus niet door ondernemingen kunnen worden ingeroepen.

Om een oplossing te bieden aan deze problematiek, specifiek voor KMO's, werd een regeling voorzien in de Wet KMO Financiering, waarvan de krachtlijnen hierna worden weergegeven.

276. Vooreerst heeft de kredietnemer steeds het recht om het krediet geheel of gedeeltelijk terug te betalen. Dit is een belangrijk element, aangezien het in de meeste gevallen gaat om een overeenkomst van bepaalde duur, die slechts vervroegd kan worden beëindigd met instemming van alle betrokken partijen.¹²⁴ De onderneming dient de kredietgever ten minste tien werkdagen voor de terugbetaling bij ter post aangetekende brief van zijn voornemen op de hoogte te brengen.¹²⁵

277. Daarnaast wordt bepaald dat de betaling van de wederbeleggingsvergoeding de enige voorwaarde voor dergelijke vervroegde terugbetaling mag zijn. In het geval het oorspronkelijke kredietbedrag hoogstens 2 miljoen euro¹²⁶ bedraagt, mag deze wederbeleggingsvergoeding maximaal zes maanden interest bedragen, berekend over de terugbetaalde som en naar de in de overeenkomst bepaalde rentevoet.¹²⁷ Voor ondernemingskredieten waarvan het kredietbedrag meer dan 2 miljoen euro bedraagt wordt, onverminderd artikel 1907*bis* van het Burgerlijk Wetboek¹²⁸, de hoogte van de wederbeleggingsvergoeding contractueel vastgesteld tussen kredietgever en onderneming, met dien verstande dat deze niet hoger mag zijn dan het bedrag berekend volgens de berekeningsmodaliteiten

¹²⁴ Artikel 9, § 1, lid 1 Wet KMO Financiering.

¹²⁵ Artikel 9, § 1, lid 2 Wet KMO Financiering.

¹²⁶ Dit bedrag werd opgetrokken van 1 naar 2 miljoen bij wet van 21 december 2017 houdende wijziging van de wet van 21 december 2013 betreffende diverse bepalingen inzake de financiering voor kleine en middelgrote ondernemingen, BS 29 december 2017.

¹²⁷ Artikel 9, § 2, lid 1 Wet KMO Financiering. Dit is inderdaad dezelfde regeling zoals voorzien door artikel 1907*bis* BW is voorzien voor de “lening”.

¹²⁸ Indien het krediet dus zou kwalificeren als een “lening”, blijft de maximale wederbeleggingsvergoeding van zes maanden zoals bepaald in artikel 1907*bis* BW van toepassing.

hieromtrent vastgesteld in de Gedragscode.¹²⁹ De Gedragscode voorziet echter dat *de facto* het “oude” berekeningsmechanisme wordt toegepast, nl. de misgelopen intereststromen over de volledige looptijd van het krediet, verminderd met de rente die de kredietgever zou ontvangen bij wederbelegging en die wordt vastgesteld op basis van de interbancaire rente (EURIBOR of langetermijnrente, afhankelijk van de resterende looptijd van het krediet), met die bijzonderheid dat elke individuele kredietgever deze referentievoeten mag verhogen of verlagen in de kredietovereenkomst, mits dit duidelijk aan de kredietnemer wordt gecommuniceerd. De Gedragscode voorziet ook in een voorbeeld om dit te verduidelijken:

<u>Gegevens van het krediet</u>	
• Datum vervroegde terugbetaling :	8 november 2013
• Uitstaand saldo :	1.205.684,00 EUR
• Rentevoet :	2,59 %
• Eindvervaldag :	01/01/2018
<u>Benaderende berekening</u>	
• Uitstaand saldo :	1.205.684 EUR
• Restlooptijd :	4 jaar en 2 maanden, maar gezien degressief krediet (vaste kapitaalaflossingen), gemiddeld 2 jaar en 1 maand
• 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)	
• Verlies voor de bank is :	$1.205.684 \text{ EUR} * (2,59\% - 0,54\%) * 2 \text{ jaar en } 1 \text{ maand} = \mathbf{51.492,75 \text{ EUR}}$
• Het exacte resultaat zal waarschijnlijk lager zijn door rekening te houden met de tijdswaarde van het geld (= actualisatie).	

Voor alle duidelijkheid: indien het krediet zou kwalificeren als een “lening”, dan blijft de kredietnemer, ongeacht of die een KMO is en ongeacht de grootte van het oorspronkelijk ontleend bedrag (nl. meer of minder dan 2 miljoen euro), beschermd door artikel 1907*bis* van het Burgerlijk Wetboek en zal de wederbeleggingsvergoeding maximaal zes maanden interest bedragen, berekend over de terugbetaalde som en naar de in de overeenkomst bepaalde rentevoet.

2.3. KORTETERMIJNFINANCIERING

2.3.1. WISSELBRIEF

2.3.1.1. ALGEMEEN - DE WISSELBRIEF IS EEN WAARDEPAPIER

278. De wisselbrief is een waardepapier dat een onvoorwaardelijke opdracht inhoudt om op de vervaldag een bepaalde som geld te betalen aan de nemer van de titel of aan diens order. Vandaag wordt de wisselbrief nog vooral gebruikt in het kader van kredietverlening (bv. cedentendisconto¹³⁰, leveranciersdisconto¹³¹, acceptkrediet, enz.). Hoewel de wisselbrief in se een betaalmiddel is, geven we er toch de voorkeur aan om dit hier reeds te bespreken, aangezien het gebruik van de wisselbrief voornamelijk kadert in kortetermijnfinanciering van de onderneming.

¹²⁹ Artikel 9, § 1, lid 2 Wet KMO Financiering.

¹³⁰ Zie infra nr. 296.

¹³¹ Zie infra nr. 297.

279. Alvorens in te gaan op de wisselbrief wordt eerst stil gestaan bij de notie “waardepapier”. Een waardepapier is een akte waarin een recht op zodanige wijze is geïncorporeerd dat het alleen door middel van het papier zelf kan worden uitgeoefend en overgedragen. Men spreekt daarbij ook wel van een “abstracte verbintenis” (zie hierna). Andere voorbeelden zijn cheques en effecten (hoewel deze laatste categorie niet meer de vorm van “waardepapier” kan aannemen gelet op de afschaffing van effecten aan toonder, reeds enige tijd geleden).

280. Een waardepapier mag niet worden verward met een geschrift dat tot bewijs dient van een schuldvordering. Zoals eerder gezien in Deel 1 “Algemene inleiding”, is één van de constitutieve elementen van een verbintenis het bestaan van een (geoorloofde) oorzaak. Elke verbintenis behoeft bijgevolg een oorzaak. De oorzaak van de betaling van een geldsom kan bijvoorbeeld de levering van een wagen zijn. Verder is voor wat verbintenissen in het Belgisch recht betreft (en zoals eveneens gezien in Deel 1 “Algemene inleiding”) het beginsel van “consensualisme” van toepassing, wat betekent dat verbintenissen tot stand komen, louter door wilsovereenstemming (mits aan de andere vereisten is voldaan, nl. geldige wilsuiting door een handelingsbekwaam rechtssubject, een bepaald of bepaalbaar voorwerp van de verbintenis en een geoorloofde oorzaak van de verbintenis). Dit neemt niet weg dat verbintenissen kunnen worden betwist. In dat geval dient de verbintenis (inclusief de constitutieve elementen, dus ook de oorzaak) te worden bewezen door diegene die zich erop beroept. Wanneer een overeenkomst mondeling werd gesloten, zal dit bewijs echter zeer moeilijk kunnen worden geleverd. Bovendien dient in het burgerlijk recht (dus in het kader van particuliere betrekkingen) ook rekening te worden gehouden met de vereiste van een geschrift voor verbintenissen met een waarde van meer dan 3.500 euro (cf. *infra*, nr. 311).

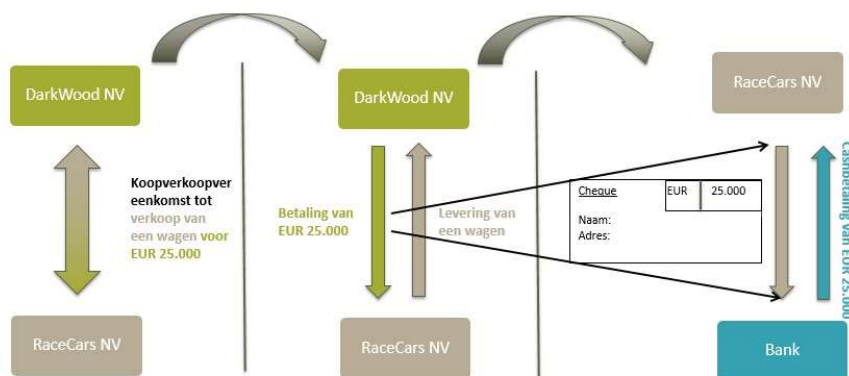
Het *bewijs* staat echter los van het *bestaan* van de verbintenis en het bewijs van de overeenkomst (het “papier”) incorporeert niet de rechten en plichten die uit dergelijke overeenkomsten zouden voortvloeien. Een overeenkomst kan immers niet worden overgedragen door de fysieke overdracht van het geschreven document. Dit is het punt waarop een waardepapier essentieel verschilt van het geschreven document dat het bewijs vormt van het bestaan van een verbintenis. Bij een waardepapier wordt de schuldvordering neergelegd in het papier zelf, zodat de uitoefening ervan enkel mogelijk is op vertoon van het papier zelf. Op de houder van dit papier rust geen andere bewijsplicht. De houder dient dus ook de oorzaak van dit waardepapier heeft verkregen niet te bewijzen. Door de creatie van het waardepapier wordt de schuldvordering (bijv. om een bepaalde som te ontvangen) als het ware losgekoppeld van de achterliggende verhouding tussen de partijen waaruit zij voortvloeit. Dit wordt “abstractie” genoemd. Het gevolg is dat de overdracht van de schuldvordering eenvoudigweg kan gebeuren door de overdracht van het waardepapier. Bij titels aan toonder gebeurt dit door de levering van het papier (bijv. een cheque), bij orderpapier (zoals de wisselbrief) gebeurt dit door “endossement” (zie *infra*, nr.288).

Het voorbeeld van de cheque kan dit verder verduidelijken. Een (bank)cheque wordt vandaag de dag bijvoorbeeld nog vaak gebruikt in het kader van de aankoop van een wagen. Dit is immers voordelig voor zowel de koper als de verkoper: de koper dient niet vooraf het totaalbedrag van de wagen over te schrijven vooraleer de levering van de wagen heeft plaatsgevonden¹³² en de verkoper ontvangt bij levering de cheque, die hem het onvoorwaardelijk recht verleent om de betaling van het bedrag dat op de cheque is vermeld uitbetaald te krijgen door de bank op louter vertoon van de cheque. In de meeste gevallen gaat het bovendien om een zgn. “bankcheque”, waarbij de cheque niet wordt getrokken op de koper, maar op de bankinstelling zelf (weliswaar nadat de bankrekening van de koper door diens bank werd gedebiteerd), aangezien dit voor de verkoper meer zekerheid biedt dat de cheque gedekt is.

¹³² De cash-betaling van een wagen is meestal geen optie aangezien cash-betalingen boven 3.000 euro verboden zijn.

Wanneer de verkoper zich met de cheque bij zijn bank aanmeldt, en de uitbetaling vraagt van de cheque, zal hij niets anders moeten doen dan de cheque af te geven. Hij dient niet de onderliggende oorzaak (nl. de levering van de wagen) te bewijzen, noch kan de bank aan de betalingsverplichting ontsnappen door excepties in te roepen die voortspruiten uit de onderliggende verhouding tussen de koper en de verkoper (bijv. indien nadien zou blijken dat de wagen ernstige gebreken vertoont en de koper de bank verzoekt om het bedrag van de cheque niet uit te betalen).

Een bankcheque wordt meestal op naam uitgeschreven (dus met vermelding van de begunstigde). Het gevolg hiervan is dat de bank enkel aan de persoon die is vermeld op de cheque mag betalen. Indien dit het geval is, kan de schuldvordering die de cheque in zich draagt, niet zonder meer worden overgedragen door de overdracht van de cheque, aangezien er een begunstigde op staat aangeduid. In dat geval zal de cheque eveneens moeten worden overgedragen middels een “endossement”, wat betekent dat de begunstigde op de (achterkant van de) cheque de naam van de nieuwe begunstigde schrijft en dit ondertekent. Twee hypothesen zijn *in casu* denkbaar: de cheque vermeldt als begunstigde de naam van de koper of de naam van de verkoper. In het eerste geval kan de koper tot en met het ogenblik waarop hij de cheque zou endosseren, de cheque door de bank aan zichzelf laten uitbetalen. Het voordeel van de koper bestaat erin dat hij het endossement kan uitstellen tot de levering van de wagen en tot hij wagen heeft geïnspecteerd op mogelijke gebreken. In het tweede geval zal de cheque slechts kunnen worden uitbetaald aan de verkoper, aangezien hij staat aangeduid als begunstigde van de cheque. Mocht de wagen een gebrek vertonen of mocht de levering niet plaatsvinden, kan de koper uiteraard nog steeds weigeren om de cheque af te geven aan de verkoper, maar de koper kan de cheque niet aan zichzelf laten uitbetalen, aangezien hij niet is aangeduid als begunstigde (tenzij de verkoper de cheque zou endosseren ten gunste van de koper, maar in dergelijke context lijkt dat niet steeds haalbaar). In dat geval zal de koper de vervaldatum van de cheque dienen af te wachten, alvorens hij het bedrag terug op zijn bankrekening zal ontvangen (m.a.w. als de bank 100% zeker is dat de cheque niet meer kan worden aangeboden). Hierna volgt nog een schematisch overzicht van het abstract karakter van de cheque (als waardepapier).



2.3.1.2. HET PRAKTISCH NUT VAN DE WISSELBRIEF EN MECHANISME

281. Zoals hoger aangehaald is de wisselbrief een waardepapier en betaalmiddel, maar het praktisch nut van de wisselbrief bestaat er vooral in om korte termijn schuldvorderingen te “mobiliseren”. Een voorbeeld kan dit verduidelijken: indien een onderneming een levering doet van goederen aan een andere onderneming en daarvoor een factuur uitschrijft die betaalbaar is binnen de 30 dagen vanaf de factuurdatum, ontvangt de onderneming het factuurbedrag mogelijks pas na een periode van 30 dagen

terwijl zij mogelijks dat geld tijdens deze periode zelf goed kan gebruiken om eigen facturen te betalen. Voor ondernemingen kan het bijgevolg interessant zijn om reeds vóór afloop van de betaaltermijn van een factuur over dit geld te beschikken. Dit kan gerealiseerd worden op verschillende manieren, en één daarvan is via de wisselbrief.

282. Het mechanisme van de wisselbrief kan best worden verduidelijkt aan de hand van een voorbeeld: in een professionele relatie wordt een wagen verkocht voor 25.000 euro. Het factuur is betaalbaar binnen een termijn van 30 dagen. De koper ontvangt de wagen en betaalt in principe het verschuldigd bedrag na 30 dagen. Om meteen te kunnen beschikken over het bedrag van 25.000 euro schrijft de verkoper van de wagen een wisselbrief uit voor een bedrag van 25.000 euro met als vervaldag een datum die 30 dagen in de toekomst ligt. Deze wisselbrief dient vervolgens door de koper te worden “aanvaard”, hetgeen hij doet door de wisselbrief voor aanvaarding te ondertekenen. Vervolgens kan de verkoper deze wisselbrief in het kader van een kredietrelatie met zijn bank, de wisselbrief aan de bank overdragen (d.i. “endosseren”). De bank wordt dan de begunstigde van de wisselbrief en de koper van de wagen zal op de vervaldag niet aan de verkoper moeten betalen, maar aan de bank (die de koper daartoe uiteraard dient te verzoeken). In ruil voor het ontvangen van dit “waardepapier”, zal de bank de verkoper de som betalen van de waarde van de wisselbrief, nl. 25.000 euro, verminderd met een disconto (een vergoeding die wordt aangerekend voor het voortijdig ter beschikking stellen van dit bedrag, meestal in de vorm van een rente). De bank kan op haar beurt de wisselbrief overdragen en de wisselbrief kan vervolgens verder onbeperkt worden overgedragen, mits elke overdrager de wisselbrief ondertekent. In geval van insolventie van de koper, zal de bank nog steeds een verhaal hebben op de vorige houders van de wisselbrief en dit tot aan de trekker (in dit voorbeeld zal dit echter enkel de verkoper van de wagen zijn). Elke endossant draagt dus het insolventierisico van de betrokkene- acceptant, wat ook logisch is, aangezien de endossant door het aanvaarden van de wisselbrief in eerste instantie (dus vóór dat de endossant de wisselbrief zelf overdroeg) het insolventierisico van de betrokkene reeds had aanvaard. Mocht hij de wisselbrief immers niet hebben overgedragen, was hij op vervaldag *houder* en diende hij betaling te verkrijgen van de *betrokkene*. Je kan het risico op het ingebreke blijven van de *betrokkene* op vervaldag bijgevolg niet ontlopen door de wisselbrief over te dragen aan een andere persoon.

2.3.1.3. WISSELRECHTELIJKE TERMINOLOGIE

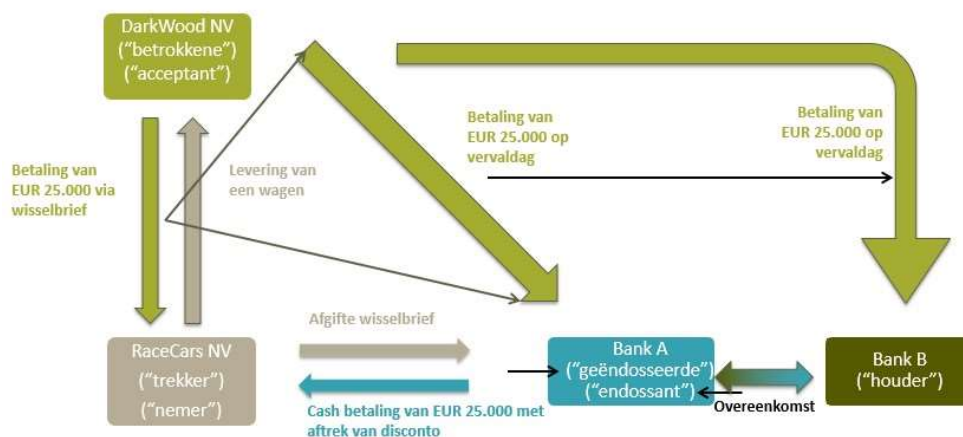
283. Bij een wisselbrief komen de volgende partijen tussen:

- trekker: diegene die het initiatief neemt om de wisselbrief in omloop te brengen (bijv. de verkoper bij een koopverkoop van goederen);
- betrokkene: diegene die dient te betalen, meestal de schuldenaar in de onderliggende verhouding (bijv. de koper bij een koopverkoop);
- acceptant: de *betrokkene* die de opdracht tot betalen uitdrukkelijk heeft aanvaard;
- geëndosseerde: diegene aan wie de wisselbrief met de eruit voortvloeiende rechten en plichten wordt overgedragen;
- endossant: diegene die de wisselbrief overdraagt;
- houder: diegene die in het bezit is van de wisselbrief op de vervaldag; aan hem zal moeten worden uitbetaald indien hij zijn recht doet blijken door een ononderbroken reeks van endossementen;
- nemer: diegene in wiens voordeel de wisselbrief wordt opgesteld, nl. de eerste *houder* van de wisselbrief.

Andere belangrijke termen zijn het “endossement” (nl. de “overdracht” van de wisselbrief) en het “regres”.

Het regres is de vordering tot betaling gegrond op een wisselbrief jegens vorige endossanten tot de trekker, indien de betrokkene-acceptant op vervaldag de verschuldigde som niet kan voldoen (zie *infra*, nr. 291).

2.3.1.4. DE WISSELBRIEF SCHEMATISCH



2.3.1.5. ABSTRACT KARAKTER VAN WISSELBRIEVEN

284. De wisselverhouding staat los van de onderliggende verhouding die aan het trekken van de wissel ten grondslag ligt. Excepties¹³³ gesteund op deze onderliggende verhouding kunnen alleen ingeroepen worden door de zgn. “onmiddellijk verbonden partijen”, maar niet door “verwijderde partijen” (o.m. de geëndosseerden). De onmiddellijk verbonden wisselpartijen zijn rechtstreeks elkaars schuldeiser en schuldenaar (nl. de verkoper en de koper van de wagen in bovenstaand voorbeeld, of de trekker en Bank A of nog, Bank A en Bank B), zonder tussenschakeling van een andere persoon. Verwijderde partijen worden elkaars schuldeiser en schuldenaar ten gevolge van de overdracht van een wisselbrief (bijvoorbeeld de betrokkene-acceptant en Bank A, of de trekker en Bank B of nog, de betrokkene-acceptant en Bank B).

285. Tussen onmiddellijk verbonden partijen is er enkel *formele abstractie*. Dit houdt in dat de schuldenaar van de wisselbrief zal moeten betalen, louter op vertoon van de wisselbrief door de houder, tenzij de wisselschuldenaar kan aantonen dat de *onderliggende* schuldvordering nietig is (en dus geen betaling is verschuldigd), of dat de schuldeiser zijn verbintenissen uit de onderliggende overeenkomst niet is nagekomen (en de schuldenaar zich kan beroepen op de ENAC (zie *infra* nr. 224)). We komen terug op bovenstaand schema om te verduidelijken. Stel dat op de vervaldag de wisselbrief zich nog steeds in handen van RaceCars NV bevindt en DarkWood NV wordt gevraagd om de som van 25.000 euro te betalen. RaceCars NV en DarkWood NV zijn onmiddellijk verbonden partijen, dus kan DarkWood NV de betaling weigeren indien de wagen bijvoorbeeld nog niet zou geleverd zijn, terwijl dit volgens de koopverkoopovereenkomst wel reeds had moeten gebeuren (RaceCars NV is in dat geval haar verplichtingen onder de koopverkoopovereenkomst met betrekking tot de wagen niet nagekomen).

¹³³ Excepties zijn argumenten die partijen kunnen inroepen om de eigen verbintenis niet te moeten nakomen, hoewel een dergelijke partij krachtens de overeenkomst wel verplicht was om haar verbintenis na te komen. Voorbeeld: een koopverkoopovereenkomst van een wagen voorziet dat de verkoper de wagen op een bepaald tijdstip moet leveren en dat de koper de wagen op datzelfde tijdstip dient te betalen. Gesteld dat de verkoper de wagen niet heeft geleverd, dan kan de verkoper dat als “exceptie” opwerpen om de wagen nog niet te betalen, hoewel de koper krachtens de overeenkomst wel gehouden was om te betalen op dat specifiek tijdstip.

286. Tussen verwijderde partijen liggen de zaken anders. De abstractie tussen hen reikt verder en is er sprake van *materiële abstractie*. Verweermiddelen uit de onderliggende verhoudingen kunnen tussen hen niet worden opgeworpen. Zij zijn immers niet elkaars rechtstreekse schuldeiser en schuldenaar. We verduidelijken met hetzelfde voorbeeld als hierboven, met dat verschil dat de wisselbrief zich op de vervaldag van de wisselbrief niet in handen bevindt van RaceCars NV, maar van Bank A. De wisselbrief werd dus overgedragen door de *trekker* aan Bank A, die op de vervaldag DarkWood NV om betaling zal vragen. Stel dat de wagen ook in dit voorbeeld niet werd geleverd, dan nog zal DarkWood NV de betaling moeten voldoen, omdat zij de exceptie van niet-nakoming uit haar verhouding met RaceCars NV niet aan Bank A kan tegenwerpen. Men zegt ook wel dat wanneer de wisselbrief wordt overgedragen aan een derde partij, *de wisselbrief wordt gezuiverd van de excepties uit de onderliggende verhouding*.

Tussen verwijderde partijen kunnen bijvoorbeeld nog wel absolute verweermiddelen worden ingeroepen die de wisselverbinde nissen zelf raken (de nietigheid van de wisselbrief, valse handtekening van de wisselbrief, onbekwaamheid van de schuldenaar om de wisselbrief te ondertekenen, enz.). Indien sprake is van kwade trouw in hoofde van de houder, kan dit door de *betrokkene* eventueel ook als ontsnapingsgrond worden ingeroepen (bijv. indien de houder bij de verkrijging van de wisselbrief wist dat de betrokkene excepties kon doen gelden tegen de persoon van wie de houder de wisselbrief kreeg en dat de schuldenaar deze excepties door de overdracht van de wisselbrief zou verliezen en de “materiële abstractie” m.a.w. doelbewust werd gecreëerd net om de schuldenaar deze excepties te ontnemen).¹³⁴

2.3.1.6. VORM EN INHOUD VAN WISSELBRIEVEN

287. Het wisselbriefrecht wordt gekenmerkt door een streng formalisme. Enkel wanneer een wisselbrief aan de vereisten voldoet, zullen de verbintenissen die voortvloeien uit de wisselbrief geldig zijn. Op de wisselbrief komen verschillende vermeldingen voor: wezenlijke vermeldingen en bijkomstige of facultatieve vermeldingen.

De wezenlijke vermeldingen zijn¹³⁵:

- de benaming “wisselbrief”;
- een onvoorwaardelijke opdracht tot betaling van een bepaalde geldsom; geen enkel voorbehoud of voorwaarde is toegestaan; wordt dit wel opgenomen, dan is de wisselbrief nietig;
- de naam van de *betrokkene*;
- de vervaldag; indien de vervaldag niet is opgenomen, is de wisselbrief betaalbaar “op zicht”;
- de plaats van betaling; indien deze plaats niet is opgenomen, dan geldt de plaats van de betrokkene;
- de naam van degene aan wie betaald moet worden (dit kan echter later worden ingevuld, maar ten laatste op het ogenblik dat de betaling dient plaats te vinden);
- de plaats waar de wissel getrokken werd (zal de plaats van de *trekker* zijn bij ontstentenis van enige vermelding);
- de datum (dit is van groot belang, bijv. ingeval van faillissement om te bepalen of de wisselbrief werd getrokken buiten of tijdens de “verdachte periode”¹³⁶);
- de handtekening van de *trekker*.

¹³⁴ Artikel VII.216/18 WER.

¹³⁵ Artikel VII.216/2 WER.

¹³⁶ Zie voor dit begrip *infra*, nr. 267.

Indien één van de wezenlijke vermeldingen niet werd opgenomen (uitgezonderd vervaldag en plaats van betaling), zal de wisselbrief nietig zijn.

2.3.1.7. *ENDOSSEMENT*

288. Elke wisselbrief kan worden overgedragen.¹³⁷ Dit heet “endosseren”. Het endossement is een verklaring die door de houder op de rugzijde of op een verlengstuk van de wisselbrief wordt geschreven én door de endossant wordt ondertekend. Het endossement dient, net als de wisselbrief zelf, onvoorwaardelijk te zijn.¹³⁸

2.3.1.8. *VERPLICHTING VAN DE TREKKER EN VAN DE BETROKKENE-ACCEPTANT*

289. Zeer belangrijk is dat de wisselbrief op een bepaald ogenblik wordt aanvaard (“geaccepteerd”) door de betrokkene. Zo lang de wisselbrief niet door de betrokkene werd geaccepteerd, blijft de trekker de wisselschuldenaar. Dit is ook logisch aangezien in eerste instantie enkel de handtekening van de trekker voorkomt op de wisselbrief (zie *supra*, nr. 287). Indien de trekker de wisselbrief overdraagt zonder dat de betrokkene deze heeft geaccepteerd, zal de houder zich op eindvervaldag enkel naar de trekker kunnen richten (of enige endossant, zie *infra*, nr. 291), maar niet naar de betrokkene. Na acceptatie door de betrokkene, zal de betrokkene de hoofdschuldenaar worden van de wisselbrief en zal de trekker enkel tot betaling kunnen worden aangesproken indien de betrokkene-acceptant op de vervaldag niet heeft betaald. De betrokkene kan uiteraard niet verplicht worden om te aanvaarden, tenzij hij zich hiertoe heeft verbonden in het kader van een andere overeenkomst (bijv. in de onderliggende koopverkoopovereenkomst van de wagen in het voorbeeld hoger).

290. De acceptatie dient aan bepaalde voorwaarden te voldoen en dient op de wisselbrief zelf te worden geschreven en ondertekend door de betrokkene. Ook de acceptatie moet onvoorwaardelijk zijn. De acceptatie beperken tot een deel van de som is echter wel toegelaten.¹³⁹

2.3.1.9. *BETALING VAN WISSELBRIEVEN*

291. De betalingsverplichting in hoofde van de betrokkene-acceptant ontstaat op enkele voorlegging van de wisselbrief, hetzij op de vervaldag, hetzij “op zicht” indien geen vervaldag werd bepaald. Daartoe zal de houder die de wisselbrief ter betaling aanbiedt, blij moeten geven van een ononderbroken reeks van endossementen die teruggaat tot de trekker. Wanneer de betrokkene aan de houder betaalt, is hij bevrijd van zijn wisselschuld. De betrokkene moet betalen op de vervaldag zelf. De houder mag niet weigeren om een gedeeltelijke betaling aan te nemen, maar heeft uiteraard wel verhaal op de betrokkene voor het saldo.

292. Wanneer de betrokkene-acceptant niet betaalt, zal de houder zich kunnen richten naar de trekker en alle endossanten van de wisselbrief. Dit heet “regres” uitoefenen. Na de acceptatie door de betrokkene blijven de trekker en elke persoon die de wisselbrief nadien overdraagt schuldenaar van de wisselbrief, weliswaar in ondergeschikte orde ten aanzien van de betrokkene-acceptant. De houder kan de betaling vorderen van elke andere wisselschuldenaar dan de betrokkene-acceptant indien aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- de houder moet eerst betaling eisen van de betrokkene;

¹³⁷ Artikel VII.216/12 WER.

¹³⁸ Artikel VII.216/13, lid 2 WER.

¹³⁹ Artikel VII.216/27, lid 1 WER.

- de niet-betaling van de wissel op vervaldag (of “op zicht” indien geen vervaldag werd aangeduid), wat via een gerechtsdeurwaarder dient te worden vastgesteld in een authentieke akte;

293. de houder moet kennis geven van de weigering tot betaling aan de trekker en aan zijn eigen endossant (diegene die de wisselbrief aan de houder heeft overgedragen).

2.3.2. DISCONTOKREDIET

2.3.2.1. ALGEMEEN

294. Het discontokrediet is een andere techniek die wordt gebruikt om vorderingen op korte termijn te “mobiliseren”, o.m. door gebruik te maken van de wisselbrief. Het disconto laat toe dat een schuldeiser uit de onderliggende verhouding (bijv. RaceCars NV uit het voorbeeld hoger) betalingsuitstel kan verlenen aan diens schuldenaar (DarkWood NV uit het voorbeeld hoger), maar dat hij toch meteen over het geld kan beschikken (om bijv. de eigen facturen te kunnen betalen). Indien wordt gewerkt met een wisselbrief, trekt, zoals reeds hiervoor toegelicht, de schuldeiser uit de onderliggende verhouding de wisselbrief waarop tenminste alle essentiële vermeldingen worden genoteerd. Vervolgens draagt de trekker de wisselbrief, nadat hij door de betrokkene werd geaccepteerd, over aan een bank uit hoofde van een disconto-overeenkomst. In ruil voor de overdracht van de wisselbrief, ontvangt de trekker het nominaal bedrag van de wisselbrief, verminderd met een commissie en/of een rente die afhankelijk is van de duurtijd tot de vervaldag. De betrokkene zal op de vervaldag vervolgens verplicht zijn om te betalen aan de bank in plaats van aan de trekker (*i.e.* de schuldeiser uit de onderliggende verhouding). Indien de betrokkene-acceptant (*i.e.* de schuldenaar uit de onderliggende verhouding) op de vervaldag niet betaalt, zal de procedure worden gevolgd, zoals uiteengezet in randnummer 297.

2.3.2.2. LEVERANCIERSDISCONTO VS. CEDENTENDISCONTO

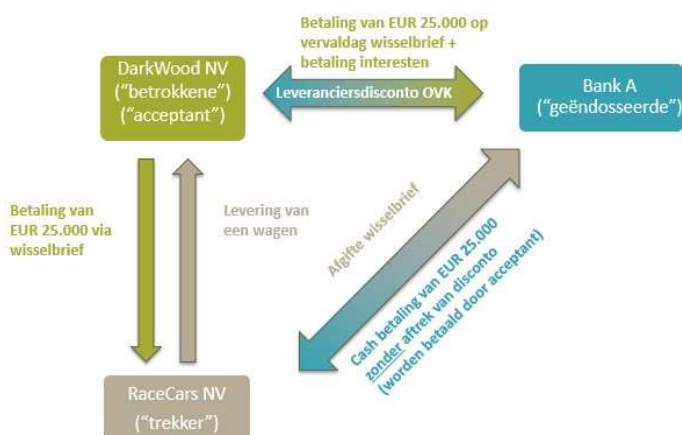
295. Inzake discontokredieten wordt traditioneel het onderscheid gemaakt tussen het “cedentendisconto” en het “leveranciersdisconto”.

296. Het cedentendisconto is een overeenkomst die wordt gesloten tussen de schuldeiser uit de onderliggende verhouding en diens bank en houdt voor deze bank de verplichting in om binnen de voorwaarden van de overeenkomst en tot een bepaald plafond (nl. het maximumbedrag van de kredietopening) de aangeboden handelseffecten (meestal een wisselbrief) te “disconteren” die door de schuldeiser uit de onderliggende verhouding wordt aangeboden. Bij afgifte van de wisselbrief zal de rekening van de schuldeiser bij diens bank zal aldus worden gecrediteerd voor het nettobedrag van het aangeboden effect, nl. de nominale waarde van het effect verminderd met de overeengekomen rente en/of commissie. De kosten die verbonden zijn aan dit krediet, zijn dus ten laste van de schuldeiser uit de onderliggende verhouding. Hieronder volgt een schematisch overzicht van het cedentendisconto-mechanisme.



297. Het leveranciersdisconto is een overeenkomst die wordt gesloten tussen de schuldenaar uit de onderliggende verhouding en diens bank en houdt voor de bank de verplichting in om binnen de voorwaarden van de overeenkomst en tot een bepaald plafond (nl. het maximumbedrag van de kredietopening) de aangeboden handelseffecten (meestal een wisselbrief) te "disconteren" die door enige schuldeisers uit de onderliggende verhouding wordt aangeboden. De rente en commissie zullen echter voor rekening van de schuldenaar zijn – hij is immers de klant van de bank en partij in de kredietovereenkomst – en de schuldeiser zal het volledige bedrag ontvangen. Indien op de vervaldag de betrokkene niet in staat is om aan de betalingsverplichtingen te voldoen of weigert te betalen, zal de bank regres kunnen uitoefenen op elke ondertekenaar die op de wisselbrief voorkomt (dus de trekker en elke endossant).

298. Wel dient rekening te worden gehouden met een bepaalde stroming in de rechtspraak die in bepaalde omstandigheden de bank aansprakelijk houdt indien zij wisselbrieven heeft aanvaard, terwijl zij wist of behoorde te weten dat de *betrokkene* (dus de kredietnemer) op de vervaldag niet in staat zou zijn om de wisselschuld te voldoen, zodat de kans reeds vanaf de afgifte van de wisselbrief bijgevolg zeer groot was dat zij in ondergeschikte orde de schuldeiser uit de onderliggende verhouding (de trekker van de wisselbrief) zou moeten aanspreken. De schuldeiser uit de onderliggende verhouding zou in dat geval de dupe zijn, aangezien hij als "trekker" van de wisselbrief (evenals elke endossant) gehouden blijft om de betaling van de wisselbrief na te komen indien de betrokkene-acceptant op de vervaldag in gebreke blijft. Hieronder volgt een schematisch overzicht van het leveranciersdisconto-mechanisme.



2.3.3. FACTORING

299. Factoring kan omschreven worden als een overeenkomst waarbij een onderneming de schuldvorderingen die zij op haar klanten heeft, overdraagt aan een gespecialiseerde onderneming (de “factor”, meestal een met een bank verbonden onderneming) die tegen betaling van een vergoeding wordt belast met de administratie en/of de inning van deze vorderingen en/of de bedragen van deze vorderingen voorfinanciert.

300. De verhouding tussen de onderneming en de factor wordt geregeld door een factoringovereenkomst (veelal een standaardovereenkomst, die door de klant niet-onderhandelbaar is; ook wel “toetredingsovereenkomst” genoemd). De door de factor verleende diensten kunnen variëren: debiteurenbeheer, inning, incasso, financiering, kredietverzekering, enz. Een onderscheid wordt gemaakt tussen “*old line*” factoring en “*recourse*” factoring. In het eerste geval doet de factor de debiteurenadministratie en neemt hij het kredietrisico over. Indien de schuldenaar uit de onderliggende verhouding niet betaalt, zal het risico bijgevolg bij de factor liggen. Bij “*recourse*” factoring blijft het kredietrisico bij de schuldeiser uit de onderliggende verhouding en zal de factor enig bedrag dat werd voorgefinancierd opnieuw opeisen bij diens klant indien de schuldenaar uit de onderliggende verhouding in gebreke blijft.

301. Belangrijk bij factoring is dat de overdracht van de vordering gebeurt overeenkomstig de relevante wettelijke bepalingen. De overdracht van overeenkomsten is wettelijk geregeld (artikelen 1690 e.v. van het Burgerlijk Wetboek).¹⁴⁰ De overdracht van facturen is eveneens geregeld bij wet van 25 oktober 1919¹⁴¹. Deze laatste regeling houdt enkele regels in met betrekking tot het factuur dat wordt overgedragen. Meer bepaald dient het factuur:

- gedagtekend te zijn;
- de identiteit van de schuldeiser en schuldenaar te vermelden;
- de prijs van elke levering en de totaalvordering te vermelden.

Het factuur moet niet worden aanvaard door de schuldenaar, noch dient het factuur te worden ondertekend door de schuldeiser.

302. Het endossement (de overdracht) zelf is eveneens aan enkele voorwaarden onderworpen en dient:

- de naam van de geëndosseerde te vermelden;
- door de endossant gedagtekend en ondertekend te zijn;
- indien het endossement strekt tot inpandgeving, daarvan melding te maken.

303. Het endossement van een factuur kan slechts gebeuren ten gunste van een bank of een erkende kredietinstelling. Opeenvolgende endossementen zijn verboden (vgl. met de wisselbrief). De schuldenaar dient in kennis te worden gesteld van het endossement van het factuur door een schriftelijke kennisgeving

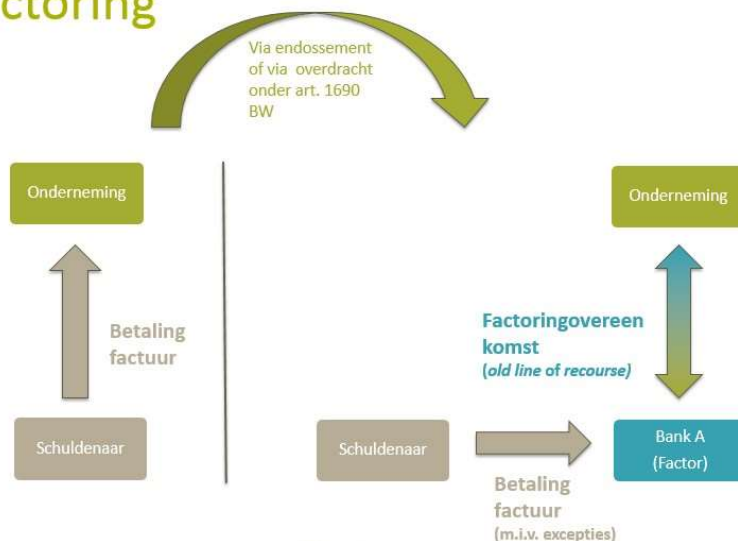
¹⁴⁰ Op deze regeling wordt verder niet ingegaan. Essentieel is echter wel dat net zoals dit geldt voor de Wet van 25 oktober 1919 zoals hierna bepaald, de overdracht ter kennis wordt gebracht van de schuldenaar. Indien hij van de overdracht niet op de hoogte werd gebracht of door hem werd erkend, zal hij nog steeds bevrijdend kunnen betalen in handen van de oorspronkelijke schuldeiser (artikel 1690, § 1, lid 2 BW).

¹⁴¹ Wet van 25 oktober 1919 betreffende het in pand geven van de handelszaak, het disconto en het in pand geven van de factuur, alsmede de aanvaarding en de keuring van de rechtstreeks voor het verbruik gedane leveringen, BS 5 november 1919, zoals gewijzigd (hierna de “Wet van 25 oktober 1919”).

van endossement. Deze kennisgeving vermeldt dat de schuldenaar vanaf de ontvangst ervan zijn schuld alleen in handen van de geëndosseerde bevrijdend kan betalen. Betaalt de schuldenaar na een dergelijke kennisgeving tóch aan de oorspronkelijke schuldeiser, dan zal hij een tweede maal dienen te betalen aan de geëndosseerde (en zijn centen van de oorspronkelijke schuldeiser zal moeten recupereren¹⁴²). De overdracht en de in pandgeving van de schuldvordering kunnen tegen derden worden ingeroepen door het loutere feit van het endossement van het factuur. Indien de overdrager dezelfde rechten aan verscheidene overnemers overdraagt, krijgt hij die er zich te goeder trouw op kan beroepen als eerste de overdracht van schuldvordering aan de schuldenaar ter kennis te hebben gebracht of als eerste de erkenning van de overdracht door de schuldenaar te hebben bekomen, de voorkeur.

Ongeacht of gebruik wordt gemaakt van de regeling van artikel 1690 e.v. BW of van de regeling waarin de Wet van 25 oktober 1919 voorziet, in beide gevallen blijven de excepties die de schuldenaar in de onderliggende verhouding kon tegenwerpen tegen de oorspronkelijke schuldeiser, tegenwerpelijk aan de factor. Indien in het voorbeeld hoger geen gebruik zou worden gemaakt van de wisselbrief, maar van een factoringovereenkomst en de wagen niet zou worden geleverd, dan zou de schuldenaar dit aan de factor kunnen tegenwerpen om het factuur niet te moeten betalen. Dit is bijgevolg essentieel verschillend van de techniek van de wisselbrief, waarbij alle excepties die de schuldenaar aan zijn schuldeiser kon tegenwerpen, door de overdracht van de wisselbrief worden gezuiverd.

Factoring



2.4. LEASING

304. Met leasing of financieringshuur wordt een (niet wettelijk geregelde) kredietovereenkomst bedoeld waarbij de leasinggever (de “*lessor*”) op aanwijzing van de leasingnemer (de “*lessee*”) een bepaald roerend goed koopt en aan de leasingnemer ter beschikking stelt voor een termijn die overeenstemt met de economische levensduur van het betrokken roerend goed, in ruil voor een bepaalde huurprijs. Essentieel voor de leasingovereenkomst is de aankoopoptie op het einde van de overeenkomst tegen een bepaalde restwaarde. Dit onderscheidt de leasingovereenkomst bijvoorbeeld van de huurkoop, waarbij de eigendom op het einde van de overeenkomst automatisch overgaat op de huurder. Het gaat bij leasing ook niet om een koop op afbetaling, aangezien bij een koop op afbetaling de eigendom van het verkochte goed meteen overgaat op de koper.

¹⁴² Wat soms moeilijk kan zijn indien de oorspronkelijke schuldeiser bijvoorbeeld inmiddels insolvent is geworden.

305. Typisch onderscheidt men “financiële leasing” van “operationele leasing”. Financiële leasing is een zuivere financieringsvorm, waarbij de leasinggever enkel geïnteresseerd is in de rente die hij kan verwerven op de financiering. Met het geleasede object wil de leasinggever verder niets te maken hebben, met uitzondering van het eigendomsrecht, dat tot zekerheid zal dienen van de verplichtingen van de leasingnemer jegens de leasinggever (nl. de betaling van de periodieke huurprijs). Hoewel de eigendom over het geleasede goed steeds bij de leasinggever blijft (desgevallend tot de aankoopoptie wordt uitgeoefend), ligt het economische risico bij financiële leasing niettemin volledig bij de leasingnemer. Gaat het geleasede goed teniet, dan zal de leasingnemer niettemin de verschuldigde huur dienen blijven te betalen. De leasinggever zal in de regel ook de vrijwaringsvorderingen (bijv. garantieverplichting, aansprakelijkheid voor een “gebrekkige levering”, enz.) die hij als eigenaar heeft op de leverancier van het geleasede goed overdragen op de leasingnemer om de verhouding tussen de leasinggever en de leasingnemer niet in het gedrang te brengen door gebreken die het geleasede object zou vertonen.

306. Operationele leasing vertoont meer gelijkenissen met een gewone huurovereenkomst, waarbij de leasinggever in de regel in staat voor het economisch risico van het geleasede goed. Vaak gaat operationele leasing ook gepaard met een onderhoudsverplichting in hoofde van de leasinggever. Operationele leasing vind je vaak terug in het kader van autoleasing of leasing van bedrijfsapparatuur (bijv. kopieertoestellen, printers, enz.). Zo liggen bij autoleasing alle gebruikskosten (aankoopprijs, verzekering, belasting op in verkeersstelling, jaarlijkse verkeersbelasting, onderhoud, banden en eventueel een tankkaart) bij de leasinggever en betaalt de leasingnemer in ruil hiervoor een maandelijkse vergoeding met BTW. Eén van de nadelen is dat op de door de leasinggever voorgefinancierde belastingen ook BTW dient te worden betaald (aangezien de bedragen van deze belastingen zitten vervat in de maandelijkse huurprijs). Bij operationele leasing ligt de residuwaarde in de regel ook een stuk hoger (min 16%) dan bij financiële leasing (maximum 15%), wat aangeeft dat de nadruk bij operationele leasing eerder ligt op het gebruiksrecht van het goed, daar waar bij financiële leasing het doel er eerder in bestaat om het goed op het einde van de leasingovereenkomst te verwerven door de aankoopoptie uit te oefenen.

Het voordeel van operationele leasing is dat de verplichtingen voor de leasingnemer niet als schuld op de balans worden geboekt, maar als kosten worden opgenomen in de resultatenrekening. De leasingnemer behoudt daarom een grotere kredietmarge, dan wanneer hij de aankoop zelf zou financieren door middel van bijvoorbeeld een lening. Bij financiële leasing wordt het geleasede goed (exclusief de restwaarde) wel geactiveerd op de balans van de leasingnemer. Andere voordelen van beide vormen van leasing zijn: geen eigen middelen aan te spreken om een investering te realiseren, voorfinanciering van de BTW (die in eerste instantie door de leasinggever wordt betaald¹⁴³ en nadien maandelijks door de leasingnemer aan de leasinggever).

¹⁴³ En deze onmiddellijk in aftrek kan nemen.

3. ONBESLAGBAARHEID VAN DE WONING VAN DE ZELFSTANDIGE

3.1. ALGEMEEN

307. Zoals eerder uitgelegd, kan een zelfstandige ondernemer bij aanvang van zijn activiteiten (of later) ervoor opteren om haar activiteiten uit te oefenen als natuurlijke persoon (zgn. éénmanszaak) of via een vennootschap. Een onderneming-natuurlijke persoon heeft geen afgescheiden vermogen en professionele schuldeisers kunnen onbeperkt aan het privévermogen van de ondernemer (wat niet het geval is indien een ondernemer zijn activiteiten onderbrengt in een vennootschap met volkomen rechtspersoonlijkheid). Om deze (bittere) pil te verzachten, voorziet de wetgever¹⁴⁴ in de mogelijkheid voor zelfstandige ondernemers¹⁴⁵ om de privéwoning onder bepaalde voorwaarden te onttrekken aan de verhaalsmogelijkheid daarop van professionele schuldeisers. Daartoe dient aan enkele voorwaarden te zijn voldaan. Deze worden hierna besproken.

3.2. VOORWAARDEN

308. Vooreerst dient de zelfstandige ondernemer een verklaring af te leggen voor de notaris waardoor het onroerend goed dat tot zijn hoofdverblijfplaats dient, onbeslagbaar wordt voor professionele schuldeisers. Deze verklaring dient te worden overgeschreven in een daartoe bestemd register op het hypotheekkantoor en vanaf deze overschrijving is de woning niet langer vatbaar voor beslag voor professionele schulden die pas na dat ogenblik zijn ontstaan. De volgende schulden zijn onder meer uitgesloten: professionele schulden die zijn ontstaan voor inschrijving van de verklaring van onbeslagbaarheid, alle privéschulden, gemengde schulden¹⁴⁶, en schuldvorderingen die voortvloeien uit een misdrijf (zelfs indien ze betrekking hebben op de beroepsbezigheid). Voor dergelijke schulden blijft de privéwoning bijgevolg nog vatbaar voor beslag door de respectievelijke schuldeisers.

309. Een andere voorwaarde houdt in dat het moet gaan om de woning die wordt bestemd tot hoofdverblijfplaats, dus de privéwoning. Dit is een feitelijk begrip, nl. de plaats waar men het grootste gedeelte van de tijd effectief verblijft. Een tijdelijke afwezigheid (bijvoorbeeld een (lange) vakantie) doet aan deze bescherming geen afbreuk.

3.3. DRAAGWIJDTE VAN DE ONBESLAGBAARHEID

310. Enkel de professionele schuldeiser die een krediet toestaat na de datum van overschrijving van de verklaring in het hypotheekregister, zal geen beslag kunnen leggen op de woning van de zelfstandige ondernemer.

Daarbij dient echter een kanttekening te worden gemaakt. “Oude” professionele schuldeisers en privéschuldeisers kunnen wél beslag leggen op de privéwoning en deze te gelde maken. Welnu, indien dit gebeurt, zal de professionele schuldeiser die geen beslag kon leggen op de privéwoning van de zelfstandige ondernemer, wél kunnen deelnemen in de opbrengst van de verkoop van de woning, aangezien deze wettelijke regeling niet voorziet in een voorrecht voor de andere schuldeisers (dus de “oude” professionele schuldeisers en de privéschuldeisers).

¹⁴⁴ Artikelen 72-83 van de wet van 25 april 2007 houdende diverse bepalingen (IV) (de “Wet van 25 april 2007”).

¹⁴⁵ Artikel 72 van de Wet van 25 april 2007 verstaat hieronder: “iedere natuurlijke persoon die in België een beroepsbezigheid in hoofdberoep, in bijberoep, of een beroepsbezigheid na pensionering uitoefent uit hoofde waarvan hij niet door een arbeidsovereenkomst of door een statuut verbonden is”.

¹⁴⁶ Dit zijn schulden die zowel privé als professioneel zijn, bijvoorbeeld een autokrediet voor een wagen die deels professioneel, deels privé wordt gebruikt.

De onbeslagbaarheid strekt zich met andere woorden niet uit tot de activa (in de meeste gevallen een geldsom) die in de plaats komen van de privéwoning van de zelfstandige ondernemer, tenzij indien is voldaan aan de hierna bepaalde voorwaarden (waar niet aan voldaan zal zijn in geval van tegeldemaking door andere schuldeisers). Indien de woning zou worden verkocht¹⁴⁷, blijft de verkregen prijs niet vatbaar voor beslag ten aanzien van de professionele schuldeisers van wie de rechten ontstaan zijn na het overschrijven van de verklaring tot onbeslagbaarheid, op voorwaarde dat de verkregen geldsommen binnen een termijn van één jaar, te rekenen vanaf de datum van de authentieke akte, door degene die de verklaring heeft gedaan, wederbelegd worden om een onroerend goed aan te kopen waar zijn hoofdverblijfplaats is gevestigd. Gedurende deze periode van één jaar worden de geldsommen bewaard in handen van de notaris die de verkoopsakte heeft verleden. Indien de akte door verschillende notarissen wordt verleden, worden de geldsommen bewaard in handen van de notaris die is aangewezen door degene die de verklaring heeft afgelegd.

¹⁴⁷ De Wet van 25 april 2007 heeft het over “overdracht van zakelijke rechten”; omwille van didactische redenen houden we hier op “verkoop”, wat meestal ook het geval zal zijn.

HOOFDSTUK 3. DE ONDERNEMING OP DE MARKT

1. ALGEMEEN

In dit onderdeel wordt dieper ingegaan op allerlei facetten waarmee een onderneming te maken krijgt wanneer zij zich op de markt en in het rechtsverkeer begeeft: welke bewijsregels gelden tegen ondernemingen, hoofdelijkheid tussen ondernemingen, tussenpersonen of distributeurs waarop ondernemingen een beroep kan doen, de relatie met consumenten, enz.

2. ENKELE SPECIFIEKE REGELINGEN VOOR ONDERNEMINGEN

2.1. BEWIJZEN DOOR EN TEGEN ONDERNEMINGEN

2.1.1. ALGEMEEN: BEWIJZEN BUITEN ONDERNEMINGSCONTEXT

311. De wettelijke regels omtrent bewijs strekken ertoe om te bepalen met welke bewijzen een rechter rekening dient te houden bij de beoordeling van een zaak. Zo bestaan er verschillende bewijsmethoden: bewijs door geschrift (bijv. een door alle partijen ondertekende overeenkomst), bewijs door getuigen, bewijs door feitelijke vermoedens¹⁴⁸ (fotokopieën van overeenkomsten gelden bijv. als vermoedens, afdrukken van e-mails, enz.), de bekentenis en de eed. Het bewijsrecht bepaalt welke bewijsmiddelen toegelaten zijn en hoe deze gewaardeerd moeten worden.

De algemene regel is dat het bewijs het bewijs met alle bewijsmiddelen kan worden geleverd. Een rechter mag dus soeverein beslissen welke waarde hij of zij hecht aan een bepaald bewijsmiddel. Dit vrij bewijsstelsel is echter niet van toepassing indien het gaat om rechtshandelingen met een waarde van minstens 3.500 euro (voor duurcontracten te beoordelen over een duur van één jaar).¹⁴⁹ In dat geval is het bewijsstelsel gereguleerd en kan het bewijs enkel worden geleverd met een “ondertekend geschrift”.¹⁵⁰ Dit ondertekend geschrift kan ofwel een authentieke akte, ofwel een onderhandse akte zijn. Authentieke akten zijn akten die in de wettelijke vorm worden verleden voor een openbare of ministerieel ambtenaar die de bevoegdheid en hoedanigheid heeft om te instrumenteren (bijvoorbeeld een gerechtsdeurwaarder of notaris). Daarbij dient weliswaar een onderscheid te worden gemaakt tussen twee soorten vermeldingen: de feiten die de “ambtenaar” zelf heeft vastgesteld (bijv. de aanwezige partijen) en de feiten die door de partijen worden aangebracht en aldus worden omschreven in de overeenkomst. De eerste soort van vermeldingen staan onbetwistbaar vast, behoudens bewijs van valsheid in geschriften in hoofde van de openbare ambtenaar. De andere vermeldingen staan vast tot bewijs van het tegendeel. Een onderhandse akte is een geschreven overeenkomst¹⁵¹ die wordt opgesteld en ondertekend door partijen, zonder dat de tussenkomst van een openbare ambtenaar of een andere derde is vereist. Een voorbeeld hiervan is een klassieke huurovereenkomst die wordt gesloten tussen een huurder en verhuurder.

312. De andere bewijsmiddelen kunnen eventueel aanvullend worden aangevoerd, maar kunnen nooit bewijzen tegen of boven een ondertekend geschrift, zelfs indien de som of de waarde het bedrag van 3.500 euro niet te boven gaat. Dat kan dus enkel met een ander ondertekend geschrift.¹⁵²

2.1.2. BEWIJS IN ONDERNEMINGSZAKEN

2.1.2.1. ALGEMEEN

313. Het gereguleerd bewijsstelsel zoals in het vorige randnummer besproken is niet van toepassing voor het leveren van het bewijs *tussen* ondernemingen of *tegen* ondernemingen.¹⁵³ Om overeenkomsten met een waarde van 3.500 euro of meer, te bewijzen zal dus niet noodzakelijk een

¹⁴⁸ Abstract geformuleerd is een feitelijke vermoeden een bewijsmiddel waarbij de rechter het bestaan van één of meer onbekende feiten afleidt uit het voorhanden zijn van één of meer bekende feiten.

¹⁴⁹ Artikel 8.8 BW.

¹⁵⁰ Artikel 8.9, § 1 BW.

¹⁵¹ Het feit dat wordt gesproken van een “geschreven overeenkomst” betekent niet dat de overeenkomst in haar geheel dient te worden “geschreven”. Een gedrukte overeenkomst, die met een pen door de partijen wordt ondertekend, kwalificeert als een geschreven overeenkomst.

¹⁵² Artikel 8.9, § 1, lid 3 BW.

¹⁵³ Artikel 8.11 BW.

ondertekend geschrift nodig zijn om een rechter het bestaan van de overeenkomst te laten vaststellen. De regels in het ondernemingsrecht strekken er immers toe om transacties zo soepel mogelijk te laten verlopen, waardoor een al te rigide bewijsstelsel een rem kan zijn op het snel afsluiten van transacties en bijgevolg een rem kan zijn op het economische verkeer. Let wel, dit vrij bewijsstelsel betekent niet dat een rechter eender welk bewijs dat de partijen aanvoeren moét aanvaarden. Het houdt enkel in dat een rechter volledig vrij is in het aanvaarden en waarderen van een aangevoerd bewijs in functie van de concrete omstandigheden van de zaak die voorligt.

314. Wanneer een onderneming echter moet bewijzen *tegen* een partij die geen onderneming is (bijv. een particulier), dan is dit vrij bewijsstelsel niet van toepassing. Het geldt evenmin in geval natuurlijke personen die een onderneming uitoefenen, maar die een bewijs dienen te leveren voor zaken die kennelijk vreemd zijn aan de onderneming (bijv. een bakker die een wagen koopt voor loutere privédoeleinden en de aankoop moet bewijzen).

2.1.2.2. BEWIJSWAARDE VAN DE BOEKHOUDING OF EEN FACTUUR

315. De boekhouding van een onderneming heeft slechts een wettelijke bewijswaarde tegen een andere onderneming indien de vermeldingen in de boekhouding van de onderscheiden partijen overeenstemmend zijn. In alle andere gevallen oordeelt de rechter vrij over de bewijswaarde van de boekhouding. De boekhouding van een onderneming levert geen wettelijke bewijswaarde op tegen personen die geen onderneming zijn. Verder mag de boekhouding van een onderneming worden ingeroepen tegen deze onderneming.

316. Een door een onderneming aanvaarde of niet binnen een redelijke termijn betwiste factuur tegen deze onderneming bewijst op van de aangevoerde rechtshandeling (bijvoorbeeld de bestelling van diensten bij de onderneming die het factuur heeft uitgeschreven).¹⁵⁴ Een onderneming kan niettemin steeds proberen om de rechter ervan te overtuigen dat zijn stilzwijgen niet gelijk staat aan een aanvaarding of dat er mondeling is geprotesteerd. Zelfs wanneer de factuur uitdrukkelijk of stilzwijgend is aanvaard, blijft het tegenbewijs toelaatbaar. Het wettelijk vermoeden van conformiteit van de factuur dat door de aanvaarding in het leven is geroepen, is dus niet onweerlegbaar. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de uitdrukkelijke aanvaarding het gevolg is van een fout van een verkeerd ingelichte werknemer. Niettemin kan dit vermoeden slechts weerlegd worden wanneer er ernstige bewijselementen voorhanden zijn. Het uitgangspunt blijft dat een aanvaarde factuur de rechtshandeling bewijst.

Het gebrek aan betwisting van een factuur door een persoon die geen onderneming is, kan niet worden beschouwd als een aanvaarding van die factuur, behalve wanneer deze afwezigheid van betwisting een omstandig stilzwijgen uitmaakt, d.w.z. deel uitmaakt van een bredere context die aan het stilzwijgen een duidelijke betekenis geeft. De uitdrukkelijke of stilzwijgende aanvaarding van een factuur door een persoon die geen onderneming is, maakt bovendien slechts een feitelijk vermoeden uit en kwalificeert dus niet als een overeenkomst.

2.2. VERMOEDEN VAN HOOFDELIJKHEID TUSSEN SCHULDENAARS

317. Hoofdelijkheid betekent dat één van meerdere schuldenaars van eenzelfde schuld jegens één of meerdere schuldeisers kunnen worden aangesproken voor het hele bedrag.

¹⁵⁴ Artikel 8.9, § 4 BW.

Voorbeeld: Vaak worden zgn. “woonkredieten” aangegaan door twee gehuwden. Zij zijn elk schuldenaar voor een gelijk deel en kunnen in beginsel ook slechts voor de helft van het totaalbedrag door de bank worden aangesproken. Welnu, wanneer in de kredietovereenkomst wordt bepaald (wat in de praktijk steeds het geval is) dat deze schuldenaars “hoofdelijk” gehouden zijn tot nakoming van de schuld, zal de bank elke schuldenaar (naar keuze van de bank) kunnen aanspreken voor de totaliteit van de schuld. In de regel zal de bank zich dus richten naar de meest vermogende schuldenaar om zo snel mogelijk te worden betaald.

318. Krachtens het burgerlijk recht vloeit hoofdelijkheid tussen schuldenaars voort uit de wet of overeenkomst.¹⁵⁵ Ofwel dient hoofdelijkheid dus te worden bedongen in een overeenkomst (zoals bijvoorbeeld in de kredietovereenkomst hierboven) ofwel te worden bepaald door de wet. In dit laatste geval bepaalt een rechtsregel voor specifieke omstandigheden dat schuldenaars van een bepaalde schuld hoofdelijk tot nakoming zijn gehouden. Een voorbeeld hiervan is de tienjarige hoofdelijke aansprakelijkheid van architect en aannemer voor het geheel of gedeeltelijk tenietgaan van een gebouw door een gebrek in de bouw.¹⁵⁶

319. In het economisch recht ligt dit anders. Wederom omwille van de flexibiliteit wordt in het economisch recht niet vereist dat hoofdelijkheid wordt bedongen in een overeenkomst. In het economisch recht geldt een vermoeden van hoofdelijkheid tussen ondernemingen. Dit betekent dat er steeds hoofdelijkheid zal spelen, tenzij van dit principe expliciet bij overeenkomst wordt afgeweken. Er is echter geen geschreven rechtsregel die dit vermoeden vastlegt. Het vermoeden van hoofdelijkheid tussen ondernemingen is een voorbeeld van een niet-geschreven rechtsregel die voortvloeit uit het “gewoonterecht”.

Voorbeeld: Drie slotenmakers hebben samen een lening van 30.000 euro afgesloten bij een bank om een machine aan te kopen om sleutels te maken. Indien de lening niet correct wordt afbetaald, dan zal de bank bij elk van deze slotenmakers de betaling kunnen vragen van het volledig uitstaand saldo van de lening, zonder dat deze mogelijkheid bij overeenkomst dient te worden bedongen. Nadien dient de slotenmaker die het volledige bedrag heeft moeten ophoesten 10.000 euro bij elk van de twee andere slotenmakers te recupereren, met het risico dat één van hen of zij allebei insolvent zijn geworden, in welk geval hij niets of slechts een deel zal kunnen recupereren.

2.3. BETALINGSACHTERSTAND IN HANDELSVERBINTENISSEN

320. De betalingsachterstand van handelsschulden (factuurschulden) is voor het kleine en middelgrote ondernemingen een belangrijke oorzaak van insolventie. De Europese Richtlijn nr. 2011/7/EU van 16 februari 2011 betreffende de bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties, die werd omgezet door de wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties¹⁵⁷ probeert deze problematiek aan te pakken. Deze wet is van toepassing op alle betaling tot vergoeding van “handelstransacties”. Bedoeld worden transacties tussen ondernemingen onderling of tussen ondernemingen en overheidsinstanties (waarbij deze overheidsinstanties de schuldenaar zijn) die leiden tot het leveren van goederen, het verrichten van diensten of het ontwerp en

¹⁵⁵ Artikel 1202 BW.

¹⁵⁶ Artikel 1792 BW.

¹⁵⁷ Wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties, BS 8 augustus 2002, zoals gewijzigd (de “Wet Betalingsachterstand Handelstransacties”).

de uitvoering van openbare werken en bouw- en civieltechnische werken tegen vergoeding.¹⁵⁸ Het toepassingsgebied van de wet valt bijgevolg samen met dat waar in de regel facturen worden uitgereikt (dus niet bijv. schadevergoeding).

321. De wet beoogt de bescherming van de schuldeiser en voorziet in eerste orde in een eenvormige betalingstermijn die van toepassing zal zijn indien in de overeenkomst geen datum of termijn voor betaling is vastgesteld. In dat geval bedraagt de betalingstermijn dertig kalenderdagen, te rekenen vanaf¹⁵⁹:

- 1° de ontvangst door de schuldenaar van de factuur of een gelijkwaardig verzoek tot betaling, of
- 2° de ontvangst van de goederen of diensten, indien de datum van ontvangst van de factuur of het gelijkwaardig verzoek tot betaling niet vaststaat of indien de schuldenaar de factuur of het gelijkwaardig verzoek tot betaling eerder ontvangt dan de goederen of diensten, of
- 3° de aanvaarding of controle ter verificatie van de conformiteit van de goederen of diensten met de overeenkomst, indien de wet of de overeenkomst voorziet in een procedure voor aanvaarding of controle en indien de schuldenaar de factuur of het gelijkwaardig verzoek tot betaling ontvangt vóór of op de datum waarop de aanvaarding of controle plaatsvindt. De maximumduur van een procedure voor aanvaarding of controle bedraagt niet meer dan dertig kalenderdagen vanaf de datum van ontvangst van de goederen of diensten, tenzij in de overeenkomst anders is overeengekomen en mits daarbij geen sprake is van kennelijke onbillijkheid jegens de schuldeiser.

De wet laat toe om kortere of langere termijnen te voorzien, maar wanneer de betalingstermijn kennelijk onbillijk is, kan de schuldeiser de herziening daarvan vorderen voor de rechtbank.¹⁶⁰

De regeling inzake de eenvormige betalingstermijn tussen ondernemingen aan de ene kant (als schuldeiser) en overheidsinstanties aan de andere kant (als schuldenaar) is grotendeels gelijkaardig, op de volgende uitzonderingen na.¹⁶¹ Net zoals ondernemingen onderling, kunnen een onderneming en een overheidsinstantie in een overeenkomst een langere betalingstermijn overeenkomen, maar tussen ondernemingen en overheidsinstanties geldt dat een langere betalingstermijn objectief gerechtvaardigd moet kunnen worden door de bijzondere aard of door bepaalde elementen van de overeenkomst. Bovendien mag de betalingstermijn niet langer zijn dan 60 kalenderdagen. Ook mag in geen geval de ontvangstdatum van de factuur bij contractuele overeenkomst tussen schuldenaar en schuldeiser worden vastgelegd.

Ook indien de schuldeiser een KMO is, mag de betalingstermijn niet langer zijn dan 60 dagen.¹⁶²

322. Indien de schuldeiser zijn contractuele en wettelijke verplichtingen heeft vervuld en het verschuldigde bedrag niet op tijd heeft ontvangen, heeft hij vanaf de daaropvolgende dag, van rechtswege en zonder ingebrekestelling, recht op betaling van een interest, behalve indien de schuldenaar bewijst dat hij niet verantwoordelijk is voor de vertraging. Indien de partijen niet anders zijn overeengekomen (mits dergelijke overeenkomst niet kennelijk onbillijk is), is deze interest de interest tegen de referentie-

¹⁵⁸ Artikel 2, 1° Wet Betalingsachterstand Handelstransacties.

¹⁵⁹ Artikel 4, § 1 Wet Betalingsachterstand Handelstransacties.

¹⁶⁰ Artikel 4, § 1, lid 2 juncto artikel 7 Wet Betalingsachterstand Handelstransacties.

¹⁶¹ Artikel 4, § 2 Wet Betalingsachterstand Handelstransacties.

¹⁶² Artikel 4, § 1, lid 2 en artikel 4, § 2, lid 2 Wet Betalingsachterstand Handelstransacties.

interestvoet vermeerderd met acht procentpunten en afgerond tot het hogere halve procentpunt. Indien het echter handelstransacties betreft tussen ondernemingen en overheidsinstanties, waarbij de schuldenaar een overheidsinstantie is, zal deze interest steeds de interest zijn tegen de referentie-interestvoet vermeerderd met acht procentpunten en afgerond tot het hogere halve procentpunt, ongeacht enige andersluidende overeenkomst tussen de partijen. In dit laatste geval is dus geen afwijkende regeling mogelijk.

De toepasselijke interestvoet wordt bepaald door de Algemene Administratie voor Beleidsexpertise en Ondersteuning – Dienst Reglementering en elke wijziging daarvan wordt gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad. Momenteel bedraagt de toepasselijke interestvoet 8%.¹⁶³

FEDERALE OVERHEIDSDIENST FINANCIËN

[C – 2020/10311]

Algemene Administratie voor Beleidsexpertise -en Ondersteuning. — Dienst Reglementering. — Mededeling over de interestvoet die van toepassing is in geval van betalingsachterstand bij handelstransacties

Overeenkomstig artikel 5, tweede lid, van de wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties, gewijzigd bij de wet van 22 november 2013, deelt de minister van Financiën de interestvoet mee die bepaald wordt volgens de methode uiteengezet in voornoemd artikel 5, eerste lid.

Voor het eerste semester 2020, is de interestvoet die van toepassing is in geval van betalingsachterstand bij handelstransacties: 8 %

323. Wanneer er verwijlinterest overeenkomstig de bepalingen van de Wet Betalingsachterstand Handelstransacties verschuldigd zou zijn, heeft de schuldeiser van rechtswege en zonder ingebrekestelling recht op een forfaitaire vergoeding van 40 euro voor de eigen invorderingskosten. Bovenop dit forfaitaire bedrag heeft de schuldeiser recht op een redelijke schadeloosstelling voor alle andere invorderingskosten die dat vaste bedrag te boven gaan en die ontstaan zijn door de laattijdige betaling, hierin begrepen de rechtsplegingsvergoeding overeenkomstig de relevante bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek.¹⁶⁴

324. Zoals eerder aangestipt, is het de bedoeling van de wetgever om misbruiken van contractvrijheid ten nadele van de schuldeiser te verhinderen en kunnen contractuele bedingen die afwijken van de wettelijke regeling op verzoek van de schuldeiser worden herzien indien zij, alle omstandigheden in acht genomen, “kennelijk onbillijk” zijn jegens de schuldeiser.¹⁶⁵ Het weze herhaald dat in de relatie tussen ondernemingen en overheidsinstanties ook nog andere beperkingen mogelijk zijn (zie bijv. de maximale betaaltermijn van 60 dagen of de “vaste” interestvoet voor verwijlinteresten). In geval een schuldeiser een dergelijk verzoek aan de rechter zou doen, kan de rechter niet meer rechten toekennen dan deze waarover de schuldeiser krachtens de Wet Betalingsachterstand Handelstransacties zou beschikken. Zo kan door de rechter bijvoorbeeld geen hogere interestvoet worden opgelegd dan is voorzien door de Wet Betalingsachterstand Handelstransacties.

Bij het beoordelen van het “kennelijk onbillijk” karakter zal de rechter onder meer nagaan of het contractuele beding een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van de partijen ten nadele van de schuldeiser en of de schuldenaar objectieve redenen heeft om af te wijken van de wettelijke regeling. Contractuele bedingen of praktijken die de betaling van interest voor betalingsachterstand

¹⁶³ BS 6 februari 2020, 6814.

¹⁶⁴ Artikel 6 Wet Betalingsachterstand Handelstransacties.

¹⁶⁵ Artikel 7 Wet Betalingsachterstand Handelstransacties.

uitsluiten, worden in elk geval als onbillijk beschouwd.¹⁶⁶ Contractuele bedingen of praktijken die een vergoeding van invorderingskosten als hierboven bedoeld uitsluiten, worden *vermoed* kennelijk onbillijk te zijn.¹⁶⁷ Verder is elk beding dat strijdig is de hier besproken regels inzake de rechterlijke matiging wordt voor niet-geschreven gehouden.¹⁶⁸ Concreet betekent het geheel van de in deze randnummer uiteen gezette regels dat wanneer een schuldenaar in een overeenkomst bijvoorbeeld zou bedingen dat een verwijlinterest van 0,5% van toepassing zou zijn en dat dit percentage in geen geval (ook niet door de rechter) kan worden aangepast, de rechter toch in de mogelijkheid zal zijn om dit percentage te verhogen, weliswaar tot een maximum van door de wet bepaalde interestvoet (op dit ogenblik 8%).

¹⁶⁶ Artikel 7, lid 3 Wet Betalingsachterstand Handelstransacties.

¹⁶⁷ Artikel 7, lid 4 Wet Betalingsachterstand Handelstransacties.

¹⁶⁸ Artikel 7, lid 5 Wet Betalingsachterstand Handelstransacties.

3. TUSSENPERSONEN

3.1. ALGEMEEN

325. Naast de eigen werknemers, doet een onderneming vaak een beroep op tussenpersonen die namens en/of voor rekening van de onderneming overeenkomsten sluiten. In wat volgt wordt eerst stil gestaan bij enkele typische tussenpersonen.

3.2. HANDELSAGENTUUR

326. De handelsagent heeft als opdracht het verlenen van bemiddeling bij de totstandkoming van overeenkomsten en eventueel het sluiten van overeenkomsten in naam en voor rekening van de opdrachtgever (ook wel de principaal genoemd). De handelsagentuurovereenkomst wordt geregeld in Boek X van het Wetboek van economisch recht (de artikelen X.1 tot X.25 WER), waarbij wordt voorzien in enkele beschermingsbepalingen ten voordele van de handelsagent (o.m. inzake commissie, concurrentiebeding, uitwinningsvergoeding en opzegvergoeding).

327. Traditioneel staat de handelsagent tegenover de handelsvertegenwoordiger. Een handelsvertegenwoordiger is in ondergeschikt verband te werk gesteld als werknemer van een onderneming, wiens statuut wordt geregeld door de artikelen 87 t.e.m. 107 van de arbeidsovereenkomstenwet¹⁶⁹, terwijl een handelsagent een zelfstandig statuut heeft en, in tegenstelling tot werknemers, als onderneming is ingeschreven in de KBO. Toch hebben handelsvertegenwoordigers en handelsagenten het gemeenschappelijk kenmerk dat de relatie met hun opdrachtgever duurzaam van aard is, dit in tegenstelling tot de makelaar (zie *infra*, nr. 328). Voor ondernemingen kan het echter interessant zijn om handelsagenten aan te stellen, eerder dan handelsvertegenwoordigers in dienst te nemen, net omwille van het (veel flexibelere) zelfstandigenstatuut. Dit sluit immers een reeks arbeidsrechtelijke en sociaalrechtelijke regels uit in verband met tewerkstelling van werknemers en kan beduidend goedkoper uitvallen. Keerzijde van die medaille is dat zelfstandigen (en dus ook handelsagenten) in principe het eigen werk regelen, zonder inmenging van de opdrachtgever. De opdrachtgever heeft dus minder controle over de handelsagent. Dit belet echter niet dat er afspraken kunnen worden gemaakt inzake prioriteiten en te bezoeken cliënteel. Niettemin bepaalt een handelsagent in beginsel zelf zijn uren en werkschema. In de praktijk is de verleiding voor ondernemingen echter groot om van de voordelen van beide statuten te genieten door zelfstandige handelsagenten in dienst te nemen, eerder dan handelsvertegenwoordigers, maar hen *de facto* wel te behandelen als werknemer en hen aan een gezagsrelatie te onderwerpen.

Ter bescherming van de handelsvertegenwoordigers bepaalt artikel 4, lid 2 van de arbeidsovereenkomstenwet dat, tenzij het tegendeel kan worden bewezen, de overeenkomst tussen een opdrachtgever en een tussenpersoon is te beschouwen als een arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers, welk ook de benaming is die aan de overeenkomst wordt gegeven.

Het onderscheidend criterium hierbij zal zijn, het al dan niet bestaan van een gezagsverhouding tussen de opdrachtgever en de tussenpersoon. Wanneer men erin slaagt om de afwezigheid van een gezagsverhouding aan te tonen, zal een tussenpersoon in aanmerking komen om te kwalificeren als handelsagent en niet als handelsvertegenwoordiger. Dit te leveren bewijs is erg feitelijk en zal met diverse feitelijke elementen dienen te worden aangetoond. Er is niet één doorslaggevend criterium om te bepalen of er al dan niet een gezagsverhouding bestaat. Elementen die kunnen wijzen op de afwezigheid van een

¹⁶⁹ Wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, BS 22 augustus 1978, zoals gewijzigd van tijd tot tijd.

gezagsverhouding zijn bijvoorbeeld: inschrijving in de KBO, gebruik van eigen personeel en eigen installaties, het beschikken over eigen briefpapier, het uitsluitend vergoed worden door middel van commissielonen, niet-terugbetaling van gemaakte kosten, enz. Omgekeerd kunnen volgende elementen wijzen op het bestaan van een gezagsverhouding: een uitvoerige rapporteringsplicht, het verplicht goedkeuren van vakantiedagen, het verplicht naleven van een werkrooster, verplicht bijwonen van vergaderingen, enz.

3.3. MAKELAARSOVEREENKOMST

328. De makelaar is een onafhankelijke tussenpersoon met als opdracht te bemiddelen bij de totstandkoming van overeenkomsten. De makelaar brengt partijen bij elkaar, die vervolgens zelf de overeenkomst sluiten. Dit sluit echter niet uit dat een makelaar naast zijn bemiddelingsopdracht eveneens met een vertegenwoordigingsopdracht wordt belast en de overeenkomst in naam en voor rekening van de opdrachtgever kan sluiten. De onbestendige en occasionele band met de opdrachtgever onderscheidt de makelaar van de handelsagent. Dit illustreert bijvoorbeeld het verschil tussen een “verzekeringsmakelaar” en een “verzekeringsagent”. De eerste zal typisch optreden voor meerdere verzekeringsondernemingen en per polis onderhandelen met verschillende verzekeraars, terwijl een verzekeringsagent in principe op duurzame wijze enkel polissen verkoopt van één verzekeraar.

329. Een makelaar heeft recht op loon, maar in de regel is dergelijk loon pas verschuldigd indien er ook effectief een overeenkomst tot stand komt.

3.4. COMMISSIECONTRACT

330. Het commissiecontract wordt (beperkt) geregeld in de wet van 5 mei 1872 houdende herziening der beschikkingen betreffende het Pand en de Commissie¹⁷⁰. De commissionair is een tussenpersoon die handelt in eigen naam, maar voor rekening van zijn opdrachtgever. Commissionairs treden op bij allerhande transacties: verkoop van goederen, beursverrichtingen, enz. In tegenstelling tot de handelsagent of de makelaar treedt de commissionair dus op in eigen naam, waarbij de commissionair en niet de opdrachtgever de tegenpartij zal zijn in de overeenkomst, waarbij de contracterende derde niet weet dat de commissionair optreedt in rekening voor een opdrachtgever en de identiteit van de opdrachtgever zelfs niet zal kennen. Op de commissionair rust bovendien een geheimhoudingsplicht met betrekking tot de identiteit van de opdrachtgever. De commissionair wordt daarom beschouwd als een “onrechtstreekse” vertegenwoordiger. De overeenkomst verbindt enkel hem en de derde. De opdrachtgever heeft bijgevolg geen contractuele vordering op de derde-contractant. Omgekeerd kan de derde-contractant niet de opdrachtgever aanspreken voor eventuele schendingen van de overeenkomst (mocht hij de identiteit van de opdrachtgever al kennen).

Op zakenrechtelijk vlak wordt echter wel aanvaard dat de eigendom van verkochte goederen rechtstreeks overgaat op de derde-contractant of op de opdrachtgever, al naargelang het geval, en dus niet via het vermogen van de commissionair gaat. Dit heeft tot gevolg dat in geval van faillissement van de commissionair, noch de opdrachtgever, noch de derde iets hoeft te vrezen, op voorwaarde uiteraard dat de betrokken goederen nog kunnen worden geïndividualiseerd in het vermogen van de commissionair.

331. De rechten en plichten kunnen als volgt worden samengevat. Op de commissionair rust de verplichting om de opdracht in overeenstemming met de gegeven instructies uit te voeren. Hij mag niet zelf

¹⁷⁰ BS 7 mei 1872.

als wederpartij optreden *vis-à-vis* zijn opdrachtgever. Hij mag zich in beginsel ook niet laten vervangen. Zonder toestemming van de opdrachtgever mag hij diens identiteit niet prijsgeven. De commissionair is verplicht rekening af te leggen. Hij staat niet in voor een goede afloop van de transactie, behoudens een delcrederebeding (wat, kort gezegd, inhoudt dat hij zou instaan voor de solvabiliteit van de derde-medcontractant); niettemin is hij wel aansprakelijk voor de keuze van een onbekwame of insolvabele tegenpartij (er rust bijgevolg een zekere onderzoeksplicht op de commissionair). De opdrachtgever dient de vergoeding te betalen, desgevallend vermeerderd met onkosten of voorschotten betaald door de commissionair. Tot zekerheid van zijn commissievergoeding is de commissionair bevoorrecht op de goederen van de opdrachtgever die hij onder zich heeft.

4. DISTRIBUTIEOVEREENKOMSTEN

4.1. ALGEMEEN

332. Zoals hierboven geschetst, kan een onderneming een beroep doen op bepaalde tussenpersonen om haar te vertegenwoordigen in het rechtsverkeer en om overeenkomsten met klanten te sluiten. Daarnaast kan een onderneming overeenkomsten sluiten die betrekking hebben op het distributieproces van de eigen goederen. Het is hierbij niet een juridische tussenpersoon die de onderneming vertegenwoordigt, maar wel een economische tussenpersoon die een schakel vormt in het distributieproces van de onderneming, zoals verder zal blijken. Voorbeelden hiervan zijn de concessieovereenkomst en het franchisingcontract.

4.2. CONCESSIEOVEREENKOMST

333. Een concessieovereenkomst wordt gesloten tussen partijen die zich in een verschillend stadium van het productie- of distributieproces bevinden, zoals bijvoorbeeld een fabrikant en een groothandelaar, of een groothandelaar en een kleinhandelaar. Een onderscheid dient te worden gemaakt tussen een verkoopconcessie en een aankoopconcessie. Bij een verkoopconcessie geeft een producent of importeur van producten (de “concessiegever”) het recht aan één of meer ondernemingen (de “concessienemer”) om in eigen naam en voor eigen rekening diens producten te verkopen die de concessiegever vervaardigt of verdeelt. Bij een aankoopconcessie is een verdeler verplicht om producten te kopen bij een wederpartij tegen de voorwaarden en de prijzen die in de concessieovereenkomst tussen hen werden overeengekomen.¹⁷¹ Minstens één van beide partijen doet afstand van de principiële contractsvrijheid: in geval van de verkoopconcessie doet de leverancier afstand van zijn recht om niet te contracteren met de verdeler; in het geval van een aankoopconcessie doet de verdeler afstand van zijn recht om niet te kopen bij de leverancier. Dergelijke overeenkomsten gelden meestal voor bepaalde producten, binnen een bepaald geografisch gebied en voor een bepaalde duurtijd. Verder worden de modaliteiten, zoals de aankoopprijs of de wijze waarop deze wordt berekend, leveringstermijnen, garantieverplichtingen, het quotum, enz. contractueel bepaald.

4.3. FRANCHISING

334. Franchising is een overeenkomst waarbij een dienstverlener (de “franchisegever” of “*franchisor*”) aan een onafhankelijke onderneming (de “franchisenemer” of “*franchisee*”) tegen betaling van een vergoeding (meestal een eenmalige som en een periodieke vergoeding die meestal wordt berekend op basis van de omzet) en tegen bepaalde voorwaarden en modaliteiten, voor een bepaald grondgebied, het recht geeft om een merk en of een commerciële formule rond een product of een dienst te exploiteren. Daarbij worden ook bijstand en diensten verstrekt om die exploitatie mogelijk te maken (inrichting, organisatie, boekhouding, promotie, publiciteit, enz.).

Bij een franchisingovereenkomst vullen de franchisegever en de franchisenemer elkaar aan in het gemeenschappelijk doel: het bereiken van een bepaald cliënteel. De franchisenemer maakt daarbij (tegen betaling van een vergoeding, zie *supra*) gebruik van de naambekendheid en ervaring (“knowhow”) van de franchisegever bij het organiseren van de verkoop van de aangeboden producten of diensten. De franchisenemer is degene die het risico van de onderneming draagt. De franchisegever heeft niet de

¹⁷¹ Let op: de verkoopconcessie is geen verkoopovereenkomst. Het is eerder een raamovereenkomst die de verplichtingen van de partijen oplegt inzake verkooppromotie (publiciteit, merkbescherming, stock, enz.) en die tevens de modaliteiten regelt van de koopovereenkomsten die in uitvoering van de verkoopconcessie tot stand komen.

middelen om zelf een verkoopnetwerk uit te bouwen en doet daarom beroep op andere personen of vennootschappen om de nodige investeringen te doen en het risico van de onderneming te dragen. Op die manier kan een franchisegever met een minimale investeringskost de eigen formule en producten aanbieden aan de (gemeenschappelijke) doelgroep van klanten. Voorbeelden van franchising zijn Panos, Carrefour¹⁷² (de “Carrefour Express” en “Carrefour Market” zaken), Mc Donalds, Spar, Pain Quotidien, Australian Ice Cream, Häagen-Dazs, enz.

335. Franchisingovereenkomsten zijn niet specifiek gereglementeerd, zodat aldus dient te worden teruggevallen op het algemeen verbintenissenrecht. Verder zijn ook specifieke precontractuele informatieverplichtingen van toepassing op bepaalde “commerciële samenwerkingsovereenkomsten” die de verkoop van goederen of de levering van diensten tot doel hebben. De franchisingovereenkomst valt onder het begrip “commerciële samenwerkingsovereenkomst”. Deze precontractuele informatieverplichtingen worden geregeld in de artikelen X.26 t.e.m. X.34 van het Wetboek van economisch recht en houden in dat minstens één maand vooraleer de eigenlijke overeenkomst wordt gesloten, verplicht een ontwerpovereenkomst en een bijhorend document wordt opgesteld waarin reeds bepaalde essentiële onderdelen van de te sluiten overeenkomst worden opgenomen. Het gaat daarbij over de belangrijke contractuele bepalingen van de commerciële samenwerkingsovereenkomst en gegevens voor de correcte beoordeling van de commerciële samenwerkingsovereenkomst.¹⁷³

Tijdens deze periode van één maand mogen geen verbintenissen (uitgezonderd vertrouwelijkheidsverbintenissen) worden aangegaan en mag geen enkele vergoeding, bedrag of waarborg worden gevraagd of betaald.

De sanctie van niet-naleving van deze precontractuele verplichtingen is de potentiële nietigheid van de samenwerkingsovereenkomst.

¹⁷² Zie bijvoorbeeld <http://www.ikwordfranchisenemer.be/NL/> (geconsulteerd op 30 januari 2017).

¹⁷³ Zie artikel X.28 WER voor de lijst met op te nemen informatie.

5. ONDERNEMINGEN EN CONSUMENTEN

5.1. ALGEMEEN

336. Sommige praktijken van ondernemingen worden nefast geacht voor de eerlijkheid van de handelstransacties, zowel in hoofde van consumenten, als in hoofde van andere ondernemingen. Daarom heeft de wetgever op een aantal vlakken ingegrepen om de eerlijkheid van handelstransacties te verzekeren. Deze regeling ligt vervat in Boek VI van het Wetboek van economisch recht, dat handelt over marktpraktijken en consumentenbescherming en omvat tal van regelingen die zowel consumenten beschermen, als ondernemingen tegen gedragingen van andere ondernemingen.

Het gros van Boek VI bevat regels ter bescherming van de consument. Voorbeelden hiervan zijn (i) vereisten inzake prijsaanduiding, (ii) de wijze waarop de benaming, samenstelling en etikettering van goederen en diensten wordt aangeduid, (iii) de aanduiding van de hoeveelheid, (iv) regels met betrekking tot overeenkomsten met consumenten (m.n. over pre-contractuele informatieverplichtingen), (v) regels met betrekking tot overeenkomsten op afstand (bijv. Coolblue, bol.com, Zalando, enz.), (vi) regels met betrekking tot buiten de verkoopruimte gesloten overeenkomsten¹⁷⁴, (vii) onrechtmatige bedingen, (viii) regels met betrekking tot de stilzwijgende verlenging van overeenkomsten, (ix) regels met betrekking tot oneerlijke handelspraktijken t.a.v. consumenten (misleidende of agressieve handelspraktijken), enz.

De regels inzake consumentenbescherming zijn in zeer grote mate geharmoniseerd op Europees niveau, die de Belgische wetgever louter dient om te zetten in de nationale wetgeving. Aangezien consumentenbescherming één van de speerpunten is van het Europese project, wordt voor dit luik een maximale harmonisatie over de lidstaten heen nagestreefd. Het gevolg daarvan is dat de consumentenbeschermende nationale regels in overeenstemming dienen te zijn met de Europese regelgeving en dat ook niet mag worden voorzien in méér beschermende regels dan degene die zijn voorzien op Europees niveau. Dit is belangrijk in de discussie inzake de toelaatbaarheid van de Belgische wetgeving die niet is geregeld op Europees niveau (bijv. regels inzake solden, de wijze waarop promoties inzake prijzen dien(d)en¹⁷⁵ te worden gevoerd, verkoop met verlies, enz.). In de mate dat dergelijke regels consumentenbescherming op het oog hebben en verder gaan dan wat Europees is voorzien, is dergelijke wetgeving in strijd met de relevante Europese wetgevende normen en dient België, op straffe van veroordelingen door het Europees Hof van Justitie, haar interne rechtsorde daarnaar te schikken. Vandaar dat artikel VI.25, § 1 WER inzake de soldenregeling bijvoorbeeld wordt ingeleid met de bewoordingen “*Teneinde eerlijke marktpraktijken te verzekeren tussen ondernemingen zijn [...]*”, waarbij de wetgever wil benadrukken dat géén consumentenbescherming wordt beoogd, maar dat het louter de relaties tussen ondernemingen wil regelen.¹⁷⁶ Voor dergelijke relaties is op Europees niveau niet in maximaal harmoniserende wetgeving voorzien, zodat de nationale wetgever hierover volledig soeverein beslist. Niet iedereen is ervan overtuigd dat bijvoorbeeld de soldenregeling of de regeling inzake verkoop van goederen met verlies niet de bescherming van de consument beoogt en sommigen zien daarin een truuk om de Europese harmonisatie inzake consumentenwetgeving te omzeilen.

¹⁷⁴ Voorbeelden hiervan zijn huis-aan-huisverkopers, of verkopers die consumenten op straat aanspreken.

¹⁷⁵ Dit werd reeds uit boek VI van het WER geschrapd naar aanleiding van een arrest van het Europees Hof van Justitie (HvJ 10 juli 2014, nr. C-421/12).

¹⁷⁶ Hetzelfde vinden we terug in artikel VI.116, § 1 WER inzake de regeling voor verkoop met verlies, cf. infra, nrs. 401 e.v.

5.2. ENKELE BEGRIPPEN EN TOEPASSINGSGEBIED

337. Bij het bepalen van het toepassingsgebied van Boek VI dient rekening te worden gehouden met diverse terminologie die in Boek VI wordt gebruikt. Te denken valt onder meer aan “onderneming”, “consument”, “product”, “goederen”, “diensten”, enz.

Voor de definitie van “onderneming” die in dit onderdeel van toepassing is, verwijzen we naar de bespreking in randnummer 213.

Met een “consument” wordt bedoeld: “iedere natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit vallen”.¹⁷⁷ Hierbij wordt algemeen aanvaard dat het volstaat dat men hoofdzakelijk voor niet-professionele doeleinden handelt om als consument te worden gekwalificeerd. Een natuurlijke persoon zal dus nog steeds als consument worden gekwalificeerd indien hij een auto aankoopt die deels voor beroepsgebruik zal worden aangewend. Let op dat het steeds dient te gaan over natuurlijke personen. Dit sluit bijvoorbeeld VZW's uit van haar toepassingsgebied.

Producten: “goederen en diensten, onroerende goederen, rechten en verplichtingen”.

Dienst: “elke prestatie verricht door een onderneming in het kader van haar professionele activiteit of in uitvoering van haar statutair doel”.

Goederen: “de lichamelijke roerende zaken”.

Dit heeft bijvoorbeeld tot gevolg dat indien een bepaling gaat over “goederen” dit geen betrekking zal hebben op onroerende goederen, noch op onlichamelijke roerende goederen (bijv. schuldvorderingen).

Indien echter wordt verwezen naar “product”, worden daaronder wél onroerende goederen, rechten en verplichtingen (*i.e.* de onlichamelijke roerende goederen) begrepen.

Hieruit volgt dat indien zich een situatie voordoet waarbij een onderneming goederen te koop aanbiedt aan een consument, hij zal gevat zijn door de bepalingen van Boek VI die betrekking hebben op consumenten, waarbij dus dient te worden nagegaan of het inderdaad gaat om een onderneming zoals gedefinieerd in art. I.1, lid 1, 1° WER), een consument, zoals gedefinieerd in art. I.1, lid 1, 2° WER en producten zoals gedefinieerd in art. I.1, lid 1, 4° WER. Indien bijvoorbeeld niet aan de definitie van “consument” is voldaan, omdat de betrokkene de aankoop *hoofdzakelijk*¹⁷⁸ voor professionele doeleinden zal gebruiken, zullen de (consumentenbeschermende) bepalingen van Boek VI niet spelen en dient te worden teruggevallen op het gemeen recht.

338. Alles wat niet specifiek wordt uitgesloten van het toepassingsgebied van Boek VI, wordt in beginsel door dit Boek VI gevat. Het is uiteraard ook mogelijk dat het toepassingsgebied van Boek VI wordt ingeperkt door het “overlappende” toepassingsgebied van andere wetgeving, waardoor Boek VI geen toepassing vindt door het adagium “*lex specialis derogat legi generali*”. Anderzijds zal het gemeenrecht (bijv. het Burgerlijk recht) ook steeds spelen voor zover Boek VI WER niet in afwijkende bepalingen voorziet: bijv. de geldigheidsvereisten voor de totstandkoming van verbintenissen en de bewijsregels.

¹⁷⁷ Artikel I.1, lid 1, 2° WER.

¹⁷⁸ Cf. *supra*.

5.3. HET SLUITEN VAN OVEREENKOMSTEN MET CONSUMENTEN EN INFORMATIEPLICHT

5.3.1. ALGEMENE VERPLICHTING TOT INFORMATIE VAN DE CONSUMENT

339. Artikel VI.2 WER voorziet een lijst van de minimale inlichtingen die voor het afsluiten van een overeenkomst aan de consument moeten worden verstrekt, voor zover ze niet reeds volgen uit de context. Zoals hoger aangehaald dient dus steeds te worden nagegaan of de overeenkomst wordt gesloten tussen een onderneming en een consument. Deze lijst is niet van toepassing voor overeenkomsten op afstand of buiten verkoopruimte gesloten overeenkomsten, aangezien voor dergelijke overeenkomsten specifieke regels zijn opgenomen:

- 1°** Voornaamste kenmerk van het product;
- 2°** Identiteit van de onderneming;
- 3°** De totale prijs van het product: dit is met inbegrip van alle belastingen, en alle diensten die door de consument verplicht moeten worden bijbetaald, of, als door de aard van het product de prijs redelijkerwijs niet vooraf kan worden berekend, de manier waarop de prijs moet worden berekend, en, desgevallend, alle extra vracht-, leverings-, of portokosten of, indien deze kosten redelijkerwijs niet vooraf kunnen worden berekend, in ieder geval het feit dat er eventueel dergelijke extra kosten verschuldigd kunnen zijn;
- 4°** Betalingswijze, levering, uitvoering, termijnen en klachtenbeleid;
- 5°** Diensten na verkoop / commerciële garanties
- 6°** Verkoopsvoorwaarden;
- 7°** Functionaliteit van digitale inhoud;
- 8°** Relevante interoperabiliteit van digitale inhoud met hardware en software en eventuele andere diensten;
- 9°** Eventuele afronding naar het dichtstbijzijnde veelvoud van 5 cent voor het te betalen totaalbedrag.

340. Deze informatie moet duidelijk en volledig zijn. Wanneer een onderneming deze informatie verstrekt, moet ze rekening houden met de specifieke noden van de consumenten die door hun mentale, lichamelijke of psychologische handicap, hun leeftijd of hun goedgegelovigheid bijzonder kwetsbaar zijn op een manier die de onderneming redelijkerwijs kon worden verwacht te voorzien.¹⁷⁹

341. De sanctionering van het miskennen van art. VI.2 WER zal er, op basis van het gemeen verbintenissenrecht, in bestaan dat de bepalingen waarvoor de consument niet voldoende werd ingelicht niet verbindend zijn voor de consument en eventueel kunnen leiden tot een grond voor schadevergoeding ten gunste van de consument. Zo besliste het Hof van beroep te Gent dat een consument niet gebonden was door een bestelbon van een keuken aangezien geen duidelijke leveringstermijn werd bepaald, noch de uiterlijke datum waarop het voorschot zou dienen te worden betaald, en het in het geheel niet duidelijk was dat de overeenkomst bindend was, zonder enige bedenktijd en slechts te verbreken was middels een schadevergoeding van 30% van het totale bedrag.¹⁸⁰

¹⁷⁹ *Parl. St. Kamer* 2012 – 2013, nr. 3018/001, 24-25.

¹⁸⁰ Gent 4 december 2003, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2006, 253.

5.3.2. ALGEMENE BEPALINGEN IN VERBAND MET OVEREENKOMSTEN DIE MET CONSUMENTEN WORDEN GESLOTEN

5.3.2.1. ALGEMEEN

342. Het WER voorziet in enkele algemene bepalingen waarmee rekening dient te worden gehouden specifiek in het kader van overeenkomsten die een onderneming sluit met een consument. Deze hebben onder meer betrekking op de wijze waarop overeenkomsten met consumenten moeten worden geïnterpreteerd (bij twijfel in het voordeel van de consument) of wanneer de consument een terugbetaling kan eisen (bijv. bij bepaalde misleidende of agressieve handelspraktijken; zie verder over deze begrippen in randnummers 378 e.v.).

Hierna komen nog enkele specifieke regels aan bod die gelden voor overeenkomsten tussen ondernemingen en consumenten.

5.3.2.2. NIET-GEVRAAGDE LEVERING

343. De niet-gevraagde levering aan de consument betreft het door een onderneming opsturen van een product aan de consument, veelal met de vraag om het product in kwestie uit te testen. Vaak werd daarbij bepaald dat de consument stilzwijgend zou hebben ingestemd met een verdere periodieke levering van hetzelfde of een gelijkaardig product (tegen betaling) indien hij het “testproduct” niet binnen een bepaalde termijn zou hebben teruggestuurd. Gelet op de vele misbruiken die hiermee gepaard gingen heeft de wetgever bepaald dat een dergelijke niet-gevraagde levering leidt tot de vrijstelling van betaling én elke andere tegenprestatie die de consument zou hebben moeten doen. Uit het stilzitten van de consument kan niet worden afgeleid dat hij met de levering heeft ingestemd.¹⁸¹

5.3.2.3. WISSELBRIEF

344. Artikel VI.39 WER verbiedt een onderneming uitdrukkelijk om de consument een wisselbrief ter ondertekening voor te leggen om hem de betaling te laten beloven of te waarborgen. Dergelijk verbod dient te worden geplaatst in het kader van de specifieke kenmerken van een wisselbrief (zie *supra*, nrs. 284 e.v.), nl. de loskoppeling van de betalingsverplichting in hoofde van de consument ten aanzien van de verplichtingen van de onderneming jegens de consument, zodat de consument aan degene die de wisselbrief in handen heeft de betaling niet meer kan weigeren, indien de onderneming in gebreke blijft.

5.3.2.4. TELEFOONKOSTEN

345. Het is een onderneming verboden telefoonoproepen aan te rekenen waarbij de consument, naast de prijs voor de oproep, ook betaalt voor de inhoud, wanneer het oproepen betreft over de uitvoering van een reeds gesloten overeenkomst. Hieruit volgt dat de “gebruikelijke telefoontarieven” wel mogen worden aangerekend. Bedoeld worden hier de duurdere oproepnummers (090X, 070, enz.). Merk op dat het enkel gaat om de “uitvoering” van overeenkomsten en niet over bijvoorbeeld de “wijziging” van overeenkomsten, waarvoor dus strikt genomen wel duurdere oproepnummers mogen worden gebruikt.

¹⁸¹ Artikel VI.38, lid 3 WER.

5.3.2.5. *DEFAULT-OPTIES*

346. Default-opties betreffen optionele diensten die standaard aangevinkt staan en die moeten worden “weggeklikt” door de consument opdat zij niet van toepassing zouden zijn. Te denken valt aan een verlengde garantieduur, een aanvullende onderhoudsdienst bij de aankoop van een product, een bijkomende leveringsdienst, enz. en waarvoor telkens moet worden bijbetaald. Uit het niet “wegklikken” van een dergelijke optionele dienst kan geen (stilzwijgende) toestemming worden afgeleid van de consument. Het gaat hierbij om een verboden praktijk, die aanleiding kan geven tot terugbetaling aan de consument van de extra betaalde bedragen naar aanleiding van het niet “wegklikken” van de desbetreffende optie.¹⁸²

5.3.2.6. *VERGOEDINGEN VOOR HET GEBRUIK VAN BETAALMIDDELEN*

347. Een onderneming mag geen hogere kost mag aanrekenen aan de consument voor het gebruik van betaalmiddelen, dan de kost die deze voor de onderneming met zich mee brengt overstijgt.

Er mogen dus nog wel extra kosten voor bepaalde betaalmiddelen (VISA, Mastercard, enz.) worden aangerekend, zolang deze de werkelijke kosten die dit voor de onderneming meebrengen niet overstijgen.

5.3.2.7. *LEVERING*

348. Behoudens andersluidende overeenkomst, moet de levering geschieden binnen de dertig dagen na de sluiting van de overeenkomst.¹⁸³ Veelal zal in overeenkomsten worden afgeweken van deze standaardtermijn.

349. Indien de levering niet op het met de consument overeengekomen tijdstip of binnen de hierboven bepaalde termijn is gebeurd, wordt nog een aanvullende termijn toegestaan, die gezien de omstandigheden passend moet zijn. Indien de onderneming de goederen niet binnen de aanvullende termijn levert, heeft de consument het recht de overeenkomst te beëindigen. Deze aanvullende termijn houdt onder meer rekening met goederen die de onderneming speciaal voor de consument moet fabriceren of aanschaffen en die de onderneming niet kan hergebruiken zonder aanzienlijk verlies te lijden.

350. Op de mogelijkheid om een aanvullende termijn aan de onderneming te worden toegestaan, voorziet de wet twee uitzonderingen:

- indien de onderneming (in een ondubbelzinnige verklaring) heeft geweigerd om de goederen te leveren; of
- waarbij de levering binnen de overeengekomen levertermijn essentieel is, alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst in aanmerking genomen, dan wel waarbij de consument de onderneming vóór de sluiting van de overeenkomst ervan in kennis stelt dat levering uiterlijk op of op een bepaalde datum essentieel is (te denken valt bijvoorbeeld aan een jurk voor een huwelijk).

351. In deze gevallen, als de onderneming de goederen niet op het met de consument overeengekomen tijdstip of binnen de in artikel VI.43, § 1 bepaalde termijn levert, heeft de consument het recht de overeenkomst onverwijld te beëindigen.

¹⁸² Artikel VI.41 WER.

¹⁸³ Artikel VI.43, § 1 WER.

5.3.2.8. RISICO-OVERDRACHT

352. De overgang op de consument van het risico van verlies of beschadiging van verzonden goederen vindt plaats zodra hij of een door hem aangewezen derde partij, die niet de vervoerder is, de goederen fysiek in bezit heeft gekregen.

353. Met betrekking tot het tijdstip waarop het risico wordt overgedragen, wordt de consument geacht de goederen fysiek in bezit te nemen wanneer hij ze ontvangen heeft.

Het risico gaat echter over op de consument bij levering aan de vervoerder, als deze van de consument de opdracht heeft gekregen de goederen te vervoeren en deze keuze niet door de onderneming was geboden, onverminderd de rechten van de consument ten aanzien van de vervoerder.

5.4. HET SLUITEN VAN OVEREENKOMSTEN OP AFSTAND MET CONSUMENTEN

5.4.1. BEGRIP EN INFORMATIEVERSTREKKING

354. Onder overeenkomsten op afstand worden overeenkomsten bedoeld die worden gesloten via een georganiseerd systeem voor verkoop op afstand, zonder gelijktijdige fysieke aanwezigheid van de onderneming en de consument (bijv. webshops).¹⁸⁴ Determinerend hierbij is waar de eigenlijke onderhandeling zich afspeelt. Zo sluit een consument een overeenkomst op afstand wanneer hij de verkoopruimten bezoekt om informatie in te winnen en nadien op afstand onderhandelt en de overeenkomst sluit. Daarentegen dient een overeenkomst waarover in de verkoopruimten van de onderneming wordt onderhandeld en die uiteindelijk wordt gesloten met behulp van een middel voor communicatie op afstand, niet als overeenkomst op afstand te worden aangemerkt. Ook een overeenkomst die met behulp van een middel voor communicatie op afstand wordt geïnitieerd, maar uiteindelijk wordt gesloten in de verkoopruimten van de onderneming, dient niet als overeenkomst op afstand te worden beschouwd.

355. Artikel VI.45 WER voorziet in een reeks van inlichtingen die de onderneming aan de consument moet verstrekken op een duidelijke en begrijpelijke wijze. Daarbij gaat het om de voornaamste kenmerken van het product, de identiteit van de verkoper, de prijs (m.i.v. eventuele meerprijzen, belastingen, enz.), het bestaan van het herroepingsrecht en de wijze waarop dat kan worden uitgeoefend (cf. *infra*), enz. Deze informatie moet worden hernomen in een verplichte bevestiging door de onderneming van de bestelling.

5.4.2. HERROEPINGSRECHT

5.4.2.1. PRINCIPE

356. Bij overeenkomsten op afstand beschikt de consument over een termijn van 14 dagen om de overeenkomst op afstand zonder opgave van redenen te herroepen. De kosten van terugzending vallen in principe ten laste van de consument (hoewel veel webshops de kosten hiervan zelf dragen omwille van commerciële redenen).

Voor dienstenovereenkomsten verstrijkt de herroepingstermijn 14 dagen na de dag waarop de overeenkomst wordt gesloten. Voor verkoopovereenkomsten van goederen is het de dag waarop de consument of diegene die hij aanduidt de goederen fysiek in bezit neemt (desgevallend het laatste goed

¹⁸⁴ Artikel I.8, 15° WER.

indien het gaat om een levering in verschillende stappen).

Er wordt voorzien in een verlengde herroepingstermijn indien de onderneming de verplicht te verstrekken informatie met betrekking tot het herroepingsrecht niet of laattijdig heeft bezorgd, met een maximumtermijn van 12 maanden na afloop van de oorspronkelijke herroepingstermijn.¹⁸⁵

De mededeling tot herroeping is tijdig gegeven, indien deze voor afloop van de toepasselijke termijn is verzonden.

5.4.2.2. VERDELING VAN DE KOSTEN BIJ HERROEPING

357. Artikel VI.50 WER zet een regeling uit voor de verdeling van de kosten en vergoedingen ten gevolge van een herroeping.

Zo moeten alle van de consument ontvangen betalingen, inclusief, desgevallend, de leveringskosten, onverwijld en in elk geval binnen 14 dagen na de dag waarop ze wordt geïnformeerd van de beslissing van de consument om de overeenkomst te herroepen, worden vergoed op dezelfde betaalwijze als degene die door de consument tijdens de oorspronkelijke transactie werd gebruikt, tenzij de consument uitdrukkelijk met een ander betaalmiddel heeft ingestemd en zonder dat de consument enige kosten mag hebben ten gevolge van en dergelijke terugbetaling. De terugbetaling mag bijgevolg niet door middel van een aankoopbon plaatsvinden, tenzij de consument aankoopbonnen heeft gebruikt voor de initiële transactie of er uitdrukkelijk mee heeft ingestemd.

Indien de consument bij de bestelling uitdrukkelijk koos voor een bepaalde manier van levering (bijvoorbeeld een spoedlevering), alhoewel de onderneming een gewone en algemeen aanvaarde wijze van levering met lagere kosten had aangeboden, moet de consument het kostenverschil tussen deze twee manieren van levering dragen. De onderneming zal m.a.w. enkel het bedrag van de standaardleveringskosten terugbetalen.

358. De consument draagt alleen de directe kosten van het terugzenden van de goederen, tenzij de onderneming ermee instemt deze kosten te dragen of de onderneming heeft nagelaten de consument mee te delen dat deze laatste de kosten moet dragen.

359. Sommige consumenten maken gebruik van hun herroepingsrecht nadat zij de goederen meer dan noodzakelijk gebruikt hebben om de aard, de kenmerken en de werking ervan vast te stellen. In dat geval verliest de consument zijn herroepingsrecht niet, maar is hij aansprakelijk voor het waardeverlies van de goederen. Het uitgangspunt is dat de consument, om de aard, de kenmerken en de werking van de goederen te controleren, deze slechts op dezelfde manier mag hanteren en inspecteren als hij dat in een winkel zou mogen doen. Hij mag dus bijvoorbeeld wel een kledingstuk passen, maar niet dragen op een manier die verder gaat dan passen alleen (bijv. dragen op een avondje uit). Bijgevolg moet de consument de goederen tijdens de herroepingstermijn met de nodige voorzorg hanteren en inspecteren.

5.4.2.3. UITZONDERINGEN OP HET HERROEPINGSRECHT

360. In bepaalde gevallen zal de consument zijn herroepingsrecht niet kunnen uitoefenen. Deze gevallen worden opgesomd in artikel VI.53 WER. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om de aankoop van

¹⁸⁵ Artikel VI.48 WER.

bederfbare goederen, omwille van hygiënische redenen verzegelde producten, diensten in verband met weddenschappen, vakantieverhuur, financiële producten waarvan de prijs gebonden is aan schommelingen op de financiële markten, enz.

5.5. HET SLUITEN VAN OVEREENKOMSTEN OP AFSTAND

5.5.1. ALGEMEEN

361. Naast beschermende bepalingen voor overeenkomsten op afstand, heeft de Europese wetgever eveneens voorzien in (vrijwel volledig) analoge bepalingen voor wat betreft overeenkomsten die niet worden gesloten in de gebruikelijke verkooppromten van de onderneming. Het gaat daarbij om ondernemers die consumenten aanspreken op straat, aan huis-aan-huis verkoop doen, enz. De redenering is dat consumenten in dergelijke gevallen zelf niet het initiatief hebben genomen om een aankoop te overwegen en dus enigszins overdonderd kunnen worden door een aanbieding. Het is niet uitzonderlijk dat men nadien spijt heeft te zijn ingegaan op een bepaalde aanbieding, zodat de wetgever heeft geoordeeld dat ook in dergelijke gevallen een herroepingsrecht moet spelen ten voordele van de consument.

5.5.2. BEGRIP EN TOEPASSINGSGBIED

362. Belangrijk om te kunnen oordelen of een overeenkomst al dan niet werd gesloten buiten de eigenlijke verkooppromte van de onderneming, is het bepalen van wat onder een “verkooppromte” moet worden verstaan. Het is:

- iedere onverplaatsbare ruimte voor detailhandel waar de onderneming op permanente basis zijn activiteiten uitvoert (bijv. een vaste winkel); of
- iedere verplaatsbare ruimte voor detailhandel waar de onderneming gewoonlijk zijn activiteiten uitvoert (bijv. frietkraam, hamburgerkraam, marktkraam, vrachtwagen, enz.).

Anders zal het in de meeste gevallen zijn met de standen op salons, beurzen en tentoonstellingen die éénmaal per jaar worden georganiseerd. Hier zal er niet kunnen worden gesproken van een “gewoonlijke plaats van activiteit”. Winkels of detailhandels waar de onderneming op seizoenbasis haar activiteiten verricht, bijvoorbeeld tijdens het toeristisch seizoen in een badplaats of in een skioord, zijn verkooppromten aangezien de onderneming er gewoonlijk zijn activiteiten uitvoert. De plaatsen toegankelijk voor het publiek, zoals straten, commerciële galerijen, stranden, sportinrichtingen en openbaar vervoer, die de onderneming uitzonderlijk gebruikt voor zijn commerciële activiteiten, alsook privéwoningen en arbeidsplaatsen, zijn geen verkooppromten.

De regeling is bovendien ook van toepassing indien een dergelijke overeenkomst tot stand komt waarvoor een aanbod werd gedaan *door de consument*. Een typisch voorbeeld hiervan is de consument die zijn auto te koop stelt op de oprit van zijn huis en bij hem thuis de verkoopovereenkomst afsluit met een handelaar in tweedehandswagens.

Ook overeenkomsten die worden onderhandeld buiten de verkooppromten, maar onmiddellijk daarop worden gesloten in de verkooppromten, kwalificeren als overeenkomsten gesloten buiten de verkooppromten.

Vallen niet onder de toepassing van de regeling met betrekking tot buiten verkooppromten gesloten

overeenkomsten¹⁸⁶:

- 1° de verkopen van voedingsmiddelen, dranken of andere goederen die bestemd zijn voor dagelijkse huishoudelijke consumptie en die fysiek door een onderneming op basis van frequente en regelmatige rondes bij de woon- of verblijfplaats, dan wel arbeidsplaats van de consument worden afgeleverd;
- 2° de verzekeringsovereenkomsten;
- 3° de verkopen georganiseerd in het raam van manifestaties zonder handelskarakter en met een uitsluitend menslievend doel, onder de voorwaarden bepaald in uitvoering van de wet van 25 juni 1993 betreffende de uitoefening van ambulante activiteiten en de organisatie van openbare markten, en voor zover de verkoopsom 50 euro niet overschrijdt. De Koning kan dit bedrag aanpassen voor zover het 50 euro niet overschrijdt;
- 4° de overeenkomsten inzake consumentenkredieten onderworpen aan de wetgeving betreffende het consumentenkrediet en het hypothecair krediet.

5.5.3. HET VERSTREKKEN VAN INLICHTINGEN EN HERROEPINGSRECHT

363. De inlichtingen die de onderneming aan de consument dient te verstrekken zijn *grosso modo* dezelfde als degene die van toepassing zijn voor overeenkomsten op afstand.

364. Zoals reeds eerder aangegeven is ook het herroepingstermijn van toepassing. Op enkele details na, is de regeling identiek als degene die geldt voor overeenkomsten op afstand.

5.6. GEZAMENLIJK AANBOD

5.6.1. DEFINITIE

365. Een gezamenlijk aanbod is een aanbod waarbij de al dan niet kosteloze verkrijging van goederen of diensten gebonden is aan de verkrijging van andere goederen of diensten.¹⁸⁷

5.6.2. REGEL

366. Het doen van een gezamenlijk aanbod is toegestaan voor zover het geen oneerlijke handelspraktijk uitmaakt.¹⁸⁸

367. Een gezamenlijk aanbod is echter verboden indien minstens één bestanddeel een financiële dienst is, tenzij het gaat om een aanbidding,

- van financiële diensten die één geheel vormen (waarbij de Koning dergelijke “pakketten” kan vaststellen¹⁸⁹)
- samen met kleine goederen en diensten aanvaard door handelsgebruiken

¹⁸⁶ Artikel VI.66 WER.

¹⁸⁷ Artikel I.8, 21° WER.

¹⁸⁸ Artikel VI.80 WER.

¹⁸⁹ Een voorbeeld hiervan is reisbijstand en autopech. Wat niet kan is bijvoorbeeld de verplichting om hypothecair krediet en een schuldsaldoverzekering samen af te sluiten.

- samen met titels of deelnemingen aan wettig toegestane loterijen
- samen met voorwerpen met reclameopschriften (mits is voldaan aan bepaalde voorwaarden)
- samen met chromo's, vignetten of andere beelden met geringe handelswaarde
- getrouwheidskaarten en andere titels¹⁹⁰

5.7. ONRECHTMATIGE BEDINGEN

5.7.1. ALGEMEEN

368. Onrechtmatige bedingen zijn door de wet omschreven of benoemde bedingen in overeenkomsten die onrechtmatig worden geacht in een verhouding met consumenten en aldus verboden en nietig zijn. Om te bepalen of er sprake is van onrechtmatige bedingen, voorziet de wet twee mogelijkheden: ofwel te beoordelen op basis van de algemene definitie van een onrechtmatig beding en de in acht te nemen beoordelingscriteria, ofwel de toetsing aan een lijst met bedingen die *a priori* geacht worden onrechtmatig te zijn. Merk op dat deze bepalingen van toepassing zijn op alle overeenkomsten die worden gesloten met consument, ongeacht dit een gewone overeenkomst betreft, een overeenkomst op afstand of een buitenverkoopruimte gesloten overeenkomst.

5.7.2. EERSTE MOGELIJKHEID: DE DEFINITIE

369. “Elk beding of elke voorwaarde in een overeenkomst tussen een onderneming en een consument die, alleen of in samenhang met een of meer andere bedingen of voorwaarden, een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van de partijen ten nadele van de consument.”¹⁹¹

De beoordeling van het onrechtmatig karakter van een beding dient te gebeuren op het ogenblik waarop de overeenkomst wordt gesloten op grond van:

- alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst;
- alle andere bedingen van de overeenkomst (waarbij er een tendens bestaat om het gebrek aan wederkerigheid te sanctioneren);
- enige andere overeenkomst waar de bedoelde overeenkomst afhankelijk van is;
- de aard van de producten; en
- de duidelijkheid en begrijpbaarheid.

De beoordeling van het onrechtmatig karakter van een beding heeft geen betrekking op de zgn. “kernbedingen” zoals:

- het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst;
- de gelijkwaardigheid van het voorwerp; of
- de prijs of vergoeding en de als tegenprestatie te verrichten diensten of te leveren goederen (tenminste indien het beding duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd).

Met andere woorden dient te worden gestreefd naar een *juridische gelijkheid* tussen partijen eerder dan een feitelijke gelijkheid.

¹⁹⁰ Artikel VI.81 WER.

¹⁹¹ Artikel I.8, 22° WER.

5.7.3. TWEEDE MOGELIJKHEID: DE ZWARTE LIJST

370. Artikel VI.83 WER voorziet in een lijst van bedingen en voorwaarden die geacht worden onrechtmatig te zijn. Het is een relatief lange lijst, waarvan en gedetailleerde bespreking buiten het bestek van deze cursus valt.

Het gaat in vele gevallen om eenzijdige wijzigings- of beëindigingsrechten die een onderneming zich voorbehoudt in een overeenkomst met een consument (bijv. inzake prijs, kenmerken van producten, leveringstermijnen, beëindiging zonder schadeloosstelling, enz.) of het ontzeggen van bepaalde rechten die een consument heeft onder het algemeen verbintenissenrecht (bijv. ontbindingsrecht bij zware fout van de onderneming, de *exceptio adimpleti contractus*, toepassen van schuldvergelijking, enz.).

5.8. STILZWIJGENDE VERLENGING VAN OVEREENKOMSTEN MET CONSUMENTEN

5.8.1. ALGEMEEN

371. De regeling van verlenging van overeenkomsten strekt ertoe de consument te beschermen tegen overeenkomsten die worden gesloten voor bepaalde duur, maar waarbij wordt voorzien in een automatische verlenging voor een bepaalde of onbepaalde duur.

5.8.2. DE REGEL

372. Een beding houdende de stilzwijgende verlenging dient in vetgedrukte letters en in een kader los van de tekst, op de voorzijde van de eerste bladzijde van de betrokken overeenkomst te worden vermeld, alsook een vermelding van (i) de gevolgen van de stilzwijgende verlenging en (ii) de uiterste datum en de wijze waarop consument zich tegen verlenging kan verzetten. Merk in verband met (ii) op dat een beding onrechtmatig is indien dergelijke uiterste datum al te ver ligt van de vervaldatum van de overeenkomst.¹⁹² Zo is de kans reëel dat het beding dat in een overeenkomst met een looptijd van bijvoorbeeld één jaar, voorziet in een opzegging van acht maanden vóór de vervaldatum (en dus vier maanden na de inwerkingtreding van de overeenkomst), onrechtmatig zal worden bevonden.

373. Na de eventuele verlenging heeft de consument toch nog mogelijkheid om de overeenkomst kosteloos te beëindigen mits inachtneming van een opzeggingstermijn van maximum twee maanden.

5.9. ONEERLIJKE HANDELSPRAKTIJKEN JEGENS CONSUMENTEN

5.9.1. BEGRIP

374. Handelspraktijken zijn oneerlijk wanneer zij:

- a. in strijd is met de vereisten van professionele toewijding; EN
- b. het economische gedrag van de gemiddelde consument die zij bereikt of op wie zij gericht is of, indien zij op een bepaalde groep consumenten gericht is, het economische gedrag van het gemiddelde lid van deze groep, met betrekking tot het onderliggende product wezenlijk verstoort of kan verstoren; OF

¹⁹² Artikel VI.83, 20° WER.

c. misleidend zijn (zie *infra*); OF

d. agressief zijn (zie *infra*).

375. Oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten zijn verboden.

5.9.2. MISLEIDENDE HANDELSPRAKTIJKEN

5.9.2.1. ALGEMENE NORM

376. Om te besluiten tot “misleiding” dient de gemiddelde consument ertoe worden aangezet tot het nemen van een besluit over een transactie dat hij normaal niet zou hebben genomen omwille van:

- onjuiste informatie;
- feitelijk correcte informatie die op enige wijze bedriegt of kan bedriegen in verband met de beschikbaarheid, aard of kenmerken van het product, de prijs, garantieregelingen, de hoedanigheid, kenmerken, rechten en plichten van de onderneming, de rechten van de consument, enz.
- door misleidende marketing¹⁹³;
- het weglaten van of onduidelijk of dubbelzinnig voorstellen van, essentiële informatie (“misleidende omissie”)¹⁹⁴.

Merk op dat het nemen van een besluit met betrekking tot een transactie niet steeds een aankoop behelst.¹⁹⁵ Het kan daarbij evenzeer gaan om bijvoorbeeld een verkoop aan een onderneming of het afzien van een aankoop bij een concurrent bijvoorbeeld.

De beoordeling om te bepalen of het al dan niet gaat om een misleidende handelspraktijk dient *in abstracto* te gebeuren, m.n. de toets aan het gedrag van de gemiddelde consument. Het volstaat met andere woorden dat, ongeacht de feitelijke omstandigheden, de gemiddelde consument een bepaalde beslissing zou nemen die hij anders niet zou hebben genomen onder invloed van de omschreven misleidende praktijken.

5.9.2.2. ZWARTE LIJST

377. Ook voor wat betreft misleidende handelspraktijken werd een zwarte lijst opgesteld van gedragingen die te allen tijde als misleidende handelspraktijken worden beschouwd.¹⁹⁶ Daarbij gaat het onder meer om leugens in verband met (i) gedragscodes die men zou hebben ondertekend of zou naleven, (ii) de prijs, (iii) de beschikbaarheid van producten (om de consument onder druk te zetten snel tot aankoop over te gaan), (iv) wettelijkheid van het product, enz. of om bedrieglijke beweringen in verband met de producten van ondernemingen, zoals bijvoorbeeld beweren dat een product het winnen van kansspelen kan vergemakkelijken of bedrieglijk beweren dat een product ziekten, gebreken of misvormingen kan genezen.

¹⁹³ Artikel VI.98 WER.

¹⁹⁴ Artikel VI.99 WER.

¹⁹⁵ Zie artikel I.8, 28° WER: “*elk door een consument genomen besluit over de vraag of, en, zo ja, hoe en op welke voorwaarden hij een product koopt, geheel of gedeeltelijk betaalt, behoudt of van de hand doet, of een contractueel recht uitoefent in verband met het product, ongeacht of de consument wel of niet tot handelen overgaat.*”

¹⁹⁶ Zie de lijst in artikel VI.100 WER.

5.9.3. AGRESSIEVE HANDELSPRAKTIJKEN

5.9.3.1. ALGEMENE NORM

378. Er is sprake van agressieve handelspraktijken indien een onderneming de gemiddelde consument een besluit over een transactie doet nemen dat hij normaal niet had genomen door keuzevrijheid aanzienlijk te beperken of te kunnen beperken door intimidatie, dwang (incl. lichamelijk geweld) of ongepaste beïnvloeding.¹⁹⁷ Ook hier dient de beoordeling *in abstracto* te gebeuren, m.n. de toets aan het gedrag van de gemiddelde consument.

379. Bij deze beoordeling is rekening te houden met¹⁹⁸:

- 1° het tijdstip, plaats, aard en persistentie van de handelspraktijk;
- 2° het eventueel gebruik van dreigende of grove taal of gedragingen;
- 3° het bewust uitbuiten door de onderneming van bepaalde tegenslagen of omstandigheden;
- 4° door de onderneming opgelegde, kosten meebrengende of bovenmatige niet-contractuele belemmeringen ten aanzien van rechten die de consument uit hoofde van het contract wil uitoefenen, waaronder het recht om het contract te beëindigen of een ander product of een andere onderneming te kiezen;
- 5° het dreigen met maatregelen die wettelijk niet kunnen worden genomen.

5.9.3.2. ZWARTE LIJST

380. Artikel VI.103 WER voorziet in een zwarte lijst van praktijken die onder alle omstandigheden als agressieve handelspraktijken worden beschouwd. Het gaat daarbij om handelingen waarbij ongeoorloofd veel druk wordt uitgeoefend op de consument, zoals bijvoorbeeld weigeren de woning te verlaten of de consument niet toelaten de winkel te verlaten alvorens een overeenkomst wordt bereikt.

¹⁹⁷ Artikel VI.101 WER.

¹⁹⁸ Artikel VI.102 WER.

6. OVEREENKOMSTEN TUSSEN ONDERNEMINGEN

6.1. ALGEMEEN

381. Vanaf 1 december 2020 zullen ook overeenkomsten die gesloten worden tussen ondernemingen onderling, onderworpen zijn aan bepaalde regels.¹⁹⁹ Zulke regels zullen echter niet zo uitgebreid zijn zoals die die gelden ten aanzien van consumenten. Zo wordt bijvoorbeeld niet voorzien in specifieke regels voor overeenkomsten op afstand en buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten, zodat er voor zulke overeenkomsten geen wettelijk herroepingsrecht zal bestaan voor ondernemingen.

De nieuwe regeling zal in beginsel ook niet van toepassing zijn op financiële diensten of overheidsopdrachten en overeenkomsten die daaruit voortvloeien. Er wordt wel voorzien in een machtiging aan de Koning om bepaalde bepalingen toch van toepassing te verklaren op zulke diensten of overeenkomsten.

De zeer summiere regeling bepaalt: “Indien alle of bepaalde bedingen van de overeenkomst schriftelijk zijn, moeten ze duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld. Een overeenkomst kan onder meer worden geïnterpreteerd aan de hand van de marktpraktijken die er rechtstreeks verband mee houden.”

Volgens de parlementaire voorbereiding is de cruciale vraag of de contractvoorwaarden wel voldoende duidelijk zijn geformuleerd zodat er kan van uitgegaan worden dat de tegenpartij met kennis van zaken instemde. Dit transparantievereiste hangt nauw samen met de vraag óf en hoe de contractvoorwaarden werden meegedeeld of ter beschikking gesteld. Hiermee wordt volgens CLAEYS en TANGHE vermoedelijk bedoeld dat de bedingen o.m. vlot toegankelijk en leesbaar moeten zijn en aldus bijvoorbeeld niet in een te klein lettertype mogen worden weergegeven. Als ze niet werden meegedeeld of ter beschikking gesteld, kunnen ze uiteraard niet worden tegengeworpen aan de partij die ze niet meegedeeld kreeg en maken ze geen deel uit van de overeenkomst.²⁰⁰

Verder verwijst de parlementaire voorbereiding naar het gemeen recht voor wat betreft interpretatieregels voor overeenkomsten, m.n. indien bepaalde bedingen voor interpretatie vatbaar zijn, dan geldt de burgerrechtelijke regel dat ze worden uitgelegd ten nadele van diegene die bedongen heeft en ten voordele van hem die zich verbonden heeft (art. 1162 BW). Verder is het ook zo dat bij de beoordeling van de transparantie én het onrechtmatig karakter desgevallend ook altijd rekening gehouden moeten worden met de verwachtingen die werden geschapen door de marktpraktijken (reclame) met betrekking tot het betrokken goed of dienst.²⁰¹

6.2. ONRECHTMATIGE BEDINGEN

382. Een beding van een overeenkomst die wordt gesloten tussen ondernemingen is onrechtmatig indien dat beding, alleen of in samenhang met één of meer andere bedingen, een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van de partijen. De beoordeling van het onrechtmatig karakter gebeurt analoog zoals bij onrechtmatige bedingen in consumentenovereenkomsten (zie *supra*, nr. 369) op het moment waarop de overeenkomst wordt gesloten. Net zoals bij consumenten worden hier niet de zgn.

¹⁹⁹ Er zal een nieuwe titel 3/1 worden ingevoegd in Boek VI van het WER.

²⁰⁰ I. CLAEYS en T. TANGHE, “De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken (Deel 1)”, RW 2019-20, 328.

²⁰¹ *Parl. St.* Kamer 2018-2019, 54-1451/003, 29.

“kernbedingen” van de overeenkomst (voorwerp, prijs, enz.) geïndiceerd, voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd.

383. Naast de algemene omschrijving, heeft de wetgever ook voorzien in twee lijsten van bedingen die hetzij altijd onrechtmatig zijn (de “zwarte lijst”), hetzij vermoedelijk onrechtmatig zijn, maar waarbij het tegenbewijs kan worden geleverd (de “grijze lijst”). Op dit punt verschilt deze regeling dus met die van consumenten, waarbij slechts in een (veel langere) zwarte lijst wordt voorzien.

Voor de overeenkomsten tussen ondernemingen zijn in elk geval onrechtmatig de bedingen die ertoe strekken:

- 1° te voorzien in een onherroepelijke verbintenis van de andere partij terwijl de uitvoering van de prestaties van de onderneming onderworpen is aan een voorwaarde waarvan de verwezenlijking uitsluitend afhankelijk is van haar wil;
- 2° de onderneming het eenzijdige recht te geven om een of ander beding van de overeenkomst te interpreteren;
- 3° in geval van betwisting, de andere partij te doen afzien van elk middel van verhaal tegen de onderneming (dus een partij verbieden om naar de rechtbank te trekken);
- 4° op onweerlegbare wijze de kennisname of de aanvaarding van de andere partij vast te stellen met bedingen waarvan deze niet daadwerkelijk kennis heeft kunnen nemen vóór het sluiten van de overeenkomst.

Het vierde beding in deze lijst houdt dus onlosmakelijk verband met wat hiervoor werd gesteld omtrent het kennis kunnen nemen van de contractvoorwaarden. Hier wordt onder meer bedoeld op standaardclausules waarbij wordt bepaald dat de medecontractant verklaart kennis te hebben genomen van de algemene voorwaarden, terwijl dit in werkelijkheid niet zo is.

Worden, behoudens tegenbewijs, vermoed onrechtmatig te zijn, bedingen die ertoe strekken:

- 1° de onderneming het recht te verlenen om zonder geldige reden de prijs, de kenmerken of de voorwaarden van de overeenkomst eenzijdig te wijzigen;
- 2° een overeenkomst van bepaalde duur stilzwijgend te verlengen of te vernieuwen, zonder opgave van een redelijke opzegtermijn;
- 3° zonder tegenprestatie het economische risico op een partij leggen indien die normaliter op de andere onderneming of op een andere partij bij de overeenkomst rust;
- 4° op ongepaste wijze de wettelijke rechten van een partij uit te sluiten of te beperken in geval van volledige of gedeelde wanprestatie of gebrekkige uitvoering door de andere onderneming van een van haar contractuele verplichtingen;
- 5° onverminderd artikel 1184 van het Burgerlijk Wetboek, de partijen te verbinden zonder opgave van een redelijke opzegtermijn;
- 6° de onderneming te ontslaan van haar aansprakelijkheid voor haar opzet, haar zware fout of voor die van haar aangestelden of, behoudens overmacht, voor het niet-uitvoeren van de essentiële verbintenissen die het voorwerp van de overeenkomst uitmaken;
- 7° de bewijsmiddelen waarop de andere partij een beroep kan doen te beperken;
- 8° in geval van niet-uitvoering of vertraging in de uitvoering van de verbintenissen van de andere partij, schadevergoedingsbedragen vast te stellen die kennelijk niet evenredig zijn aan het nadeel dat door de onderneming kan worden geleden.

7. SOLDENREGELING

7.1. ALGEMEEN

384. Teneinde eerlijke “marktpraktijken” te verzekeren tussen ondernemingen zijn tekoopaanbiedingen en verkopen onder de benaming “opruiming”, “solden”, “soldes”, “Schlussverkauf” of onder enige gelijkaardige benaming, enkel toegelaten voor de tekoopaanbieding en de verkoop van goederen aan verminderde prijs tijdens de volgende periodes: van 3 januari tot en met 31 januari en van 1 juli tot en met 31 juli. De Koning kan deze periodes wijzigen, maar ze mogen echter niet langer zijn dan een maand.

Enkel de goederen die de onderneming in het bezit heeft bij aanvang van de soldenperiode en voorheen minstens 30 dagen te koop heeft aangeboden mogen onder de benaming “solden”, “soldes”, enz. worden aangeboden. Merk op dat 30 dagen dient te worden teruggeteld vanaf de datum waarop de desbetreffende goederen voor het eerst worden aangeboden tijdens de solden en niet vanaf de aanvang van de soldenperiode. Reclame maken voorafgaand aan de solden mag, zolang de startdatum is vermeld.

7.2. SPERPERIODE

385. De sperperiode is de periode van een maand die het begin van de soldenperiodes voorafgaat, dus van 1 tot 31 december en 1 tot 30 juni.

386. Tijdens deze periode is het voor de sectoren van de kleding, de lederwaren en de schoenen het verboden prijsverminderingen aan te kondigen, alsook om vóór de sperperiode prijsverminderingen aan te kondigen die uitwerking hebben tijdens de sperperiode. Dit verbod houdt tevens het verbod in om titels (bijv. kortingsbonnen) te verspreiden die recht geven op een prijsvermindering tijdens de sperperiode.

387. De sperperiode is reeds lange tijd voer voor discussie. Toch wenst de wetgever de sperperiode te behouden om de traditionele detailhandelszaken te beschermen die het hoofd moeten bieden aan promotionele acties van grotere ondernemingen, die hen, dankzij hun belangrijke economische macht, in moeilijkheden kunnen brengen. Deze kleinhandelszaken beschikken immers vaak niet over de capaciteit en voldoende financiële middelen om ze met dezelfde wapens te beconcurreren. Het verbod om prijsverminderingen aan te kondigen tijdens de sperperiode beoogt dus uitsluitend een gezonde mededinging tussen professionelen te waarborgen.

Er kan echter op worden gewezen dat het een gangbaar (toegelaten) gebruik is geworden om de sperperiode te omzeilen door middel van de techniek van het gezamenlijk aanbod (cf. *supra*), waarbij bijvoorbeeld bij aankoop van een T-shirt en een plastic draagtas (t.w.v. 1 EUR) 30% korting wordt gegeven op het geheel.

8. ONEERLIJKE MARKTPRAKTIJKEN TUSSEN ONDERNEMINGEN

8.1. ALGEMEEN

388. Elke met de eerlijke marktpraktijken strijdige daad waardoor een onderneming de beroepsbelangen van een of meer andere ondernemingen schaadt of kan schaden is verboden.²⁰²

389. Om te kunnen spreken van “oneerlijke marktpraktijken” dienen twee (cumulatieve) voorwaarden te zijn vervuld. De betrokken marktpraktijk dient (i) strijdig te zijn met eerlijke marktpraktijken en (ii) beroepsbelangen van één of meer andere ondernemingen te schaden. Het gaat om een zeer ruime omschrijving die tal van situaties kan omvatten.

Voorbeelden hiervan zijn:

- Afwerven van personeel en/of cliënteel
- Derdemedepllichtigheid aan contractbreuk
- Onrechtmatig gebruik van een handelsnaam of domeinnaam
- Aanhaking of parasitaire mededinging
- Verkoop of contractweigering
- Verkoop van “diensten” met verlies

390. Verder zijn in het bijzonder oneerlijk, de marktpraktijken van ondernemingen jegens andere ondernemingen die hetzij misleidend of agressief zijn, of een daad in de hand werkt die als een overtreding van Boek VI moet worden beschouwd.²⁰³

De misleidende en agressieve marktpraktijken worden hierna besproken.

8.2. MISLEIDENDE MARKTPRAKTIJKEN

8.2.1. ALGEMEEN

391. Net zoals bij consumenten, heeft de wetgever voorzien in een regeling voor misleidende marktpraktijken tussen ondernemingen onderling. Naast enkele specifieke regelingen die gelden voor ondernemingen die hierna worden besproken, is de algemene regeling voor misleidende marktpraktijken *mutatis mutandis* analoog aan de reeds besproken regeling voor de relatie tussen ondernemingen en consumenten (zie *supra*, nr. 376), met dien verstande dat voor de relatie tussen ondernemingen onderling niet voorzien wordt in een zwarte lijst van omstandigheden die te allen tijd als misleidend worden beschouwd.

8.2.2. RECLAME

392. Het is een onderneming verboden reclame te maken indien die reclame:

- 1° een factuur of gelijkaardig document bevat waarbij om betaling wordt gevraagd of de indruk wekt dat het goed of de dienst reeds werd besteld, terwijl dat niet het geval is;

²⁰² Artikel VI.104 WER.

²⁰³ Artikel VI.104/1 WER.

- 2° essentiële informatie over de gevolgen van het door de bestemming gegeven antwoord verborgen houdt of op weinig duidelijke wijze weergeeft, of die de eigenlijke commerciële bedoeling, wanneer die niet duidelijk blijkt uit de context, verborgen houdt of op weinig duidelijke wijze weergeeft.²⁰⁴

8.2.3. WERVING VAN ADVERTEERDERS

393. Werving van adverteerders is reeds lang een doorn in het oog van de wetgever. Meer bepaald gaat het om praktijken die inhouden dat ondernemingen worden gevraagd, tegen betaling, te worden opgenomen in een gids of online op een doorverwijswaarsite. Vaak gaat het om overeenkomsten van enkele jaren, waarbij niet geringe bedragen dienen te worden betaald en wordt voorzien in een forse schadevergoeding indien de onderneming de overeenkomst zou wensen te beëindigen.²⁰⁵

394. Om misbruiken te voorkomen, is het verboden om rechtstreeks of via een betalingsformulier, bestelformulier, een factuur, aanbod, algemene voorwaarden, voorstel tot verbetering, of enig ander soortgelijk document adverteerders te werven om op te nemen in gidsen, adressenbestanden, telefoonboeken, ..., zonder daarbij aan te geven dat het een aanbod van overeenkomst tegen betaling uitmaakt.²⁰⁶ Bovendien dient in het vet en het grootste lettertype dat in het document wordt gebruikt de duur van de overeenkomst en de prijs te worden vermeld.

8.2.4. PIRAMIDESYSTEEM

395. Het is verboden een piramidesysteem op te zetten, te beheren of te promoten waarbij een onderneming tegen betaling kans maakt op een vergoeding die eerder voorkomt uit het aanbrengen van nieuwe ondernemingen in het systeem dan uit de verkoop of het verbruik van producten.²⁰⁷

Determinerend hierbij is na te gaan of de vergoeding die wordt geboden voor het aanbrengen van nieuwe deelnemers disproportioneel hoog is ten aanzien van de vergoeding die men kan ontvangen door de verkoop van producten van de onderneming.

8.3. AGRESSIEVE MARKTPRAKTIJKEN

8.3.1. ALGEMEEN

396. Naast een specifieke regeling in verband met het ongevraagd toezenden van goederen of verrichten van diensten (zie *infra*, nr. 397), is ook de algemene regeling voor agressieve marktpraktijken tussen ondernemingen onderling *mutatis mutandis* analoog aan de regeling die geldt tussen consumenten en ondernemingen (zie *supra*, nrs. 378 en 379). Net zoals bij de misleidende marktpraktijken tussen ondernemingen, is ook hier niet in een zwarte lijst voorzien.

²⁰⁴ Artikel VI.106 WER.

²⁰⁵ Hierbij dient te worden opgemerkt dat ondernemingen niet genieten van de veelvuldige consumentenbeschermende bepalingen op dit vlak omdat zij niet als "consument" kwalificeren.

²⁰⁶ Artikel VI.107 WER.

²⁰⁷ Artikel VI.109 WER.

8.3.2. ONGEVRAAGD TOEZENDEN VAN GOEDEREN OF VERRICHTEN VAN DIENSTEN

397. Het is ondernemingen verboden om ongevraagd goederen toe te zenden aan een *persoon*, met het verzoek tegen betaling van zijn prijs dit goed te verwerven, te bewaren, of het, zelfs kosteloos, terug te zenden.²⁰⁸

Het ongevraagd verrichten van diensten door ondernemingen aan een andere *persoon* met de vraag deze te aanvaarden tegen betaling van zijn prijs is eveneens verboden.²⁰⁹

In elk geval is de geadresseerde niet verplicht de verleende dienst of het toegezonden goed te betalen, noch terug te zenden. Het gebrek aan reactie betekent niet dat de geadresseerde instemt.

Een parallel kan worden gezien met een analoge bepaling die geldt voor consumenten (zie *supra*, nr. 343). Artikel VI.38, lid 3 WER spreekt echter niet van een verbod, maar louter van het recht van de consument om niets te moeten doen met het ongevraagd geleverd product.

²⁰⁸ Artikel VI.108, lid 1 WER.

²⁰⁹ Artikel VI.108, lid 2 WER.

9. ONGEWENSTE COMMUNICATIES

9.1. ALGEMEEN

398. Het gebruik van geautomatiseerde oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst en het gebruik van faxen met het oog op direct marketing, zijn verboden zonder de voorafgaande, vrije, specifieke en geïnformeerde toestemming van de geadresseerde van de boodschap.²¹⁰ De persoon die zijn toestemming heeft gegeven kan deze te allen tijde terugtrekken, zonder daarvoor een reden op te geven en zonder dat hem daarvoor enige kosten kunnen worden ten laste gelegd.²¹¹ De bewijslast dat om de overgebrachte communicatie werd verzocht berust op de afzender.²¹² Het recht van verzet kan kosteloos worden uitgeoefend.²¹³

9.2. VERPLICHTINGEN OPERATOR

399. Er wordt eveneens voorzien in een aantal verplichtingen ten aanzien van de telecomoperator.²¹⁴ Zo dient een abonnee de mogelijkheid te hebben om zich op elk ogenblik te verzetten dat zijn telefoonnummer(s) word(t)(en) gebruikt voor redenen van *direct marketing*. Dit recht van verzet is gratis en dient minstens telefonisch, per brief of per e-mail te kunnen worden uitgeoefend. Elk verzet dient binnen de vijf werkdagen te worden geregistreerd en dient de datum van registratie mee te delen aan de abonnee. Daarnaast dient een operator een gegevensbestand met een “zwarte lijst” van personen die niet wensen te worden gecontacteerd ter beschikking te stellen aan oproepers van *direct marketing*.

9.3. VERPLICHTINGEN OPROEPER DIRECT MARKETING

400. Voor een oproeper van *direct marketing* is het verboden om telefonische oproep te verrichten voor redenen van *direct marketing* naar een telefoonnummer dat is opgenomen in het gegevensbestand (m.b.t. aangetekend verzet, dit is de “zwarte lijst”). Daartoe dient een oproeper van *direct marketing* dit gegevensbestand verplicht te raadplegen voor elke telefoonoproep.

²¹⁰ Artikel VI.110, § 1, lid 1 WER.

²¹¹ Artikel VI.110, § 1, lid 2 WER.

²¹² Artikel VI.110, § 1, lid 3 WER.

²¹³ Artikel VI.111, § 3 WER.

²¹⁴ Artikel VI.111 WER.

10. VERKOOP MET VERLIES

10.1. ALGEMEEN - BEGRIP

401. Verkoop met verlies is elke verkoop van *goederen* tegen een prijs die niet ten minste gelijk is aan de eigenlijke aankoopprijs of de potentiële herbevoorradingprijs en dit na aftrek van toegekende en definitief verworven kortingen, en niet definitief verworven volumekortingen berekend op basis van 80 % van de volumekorting die de onderneming in het voorbije jaar voor hetzelfde goed heeft verworven. Bij het berekenen van deze “referentieprijs” dient geen rekening te worden gehouden met kortingen in ruil voor verbintenissen van de onderneming andere dan de aankoop van goederen.²¹⁵ Merk op dat de verkoop van diensten met verlies niet door deze bepaling wordt gevat. Verkoop van diensten met verlies kan desgevallend wel worden verboden op basis van de “catch-all” regel van artikel VI.104 WER, zoals hoger besproken.

Om bij een gezamenlijk aanbod na te gaan of wordt verkocht met verlies dient te worden gekeken naar de totaliteit van het “pakket”.²¹⁶

402. Het principiële verbod op verkoop van goederen met verlies is ook reeds het voorwerp geweest van discussie omtrent de overeenstemming ervan met het Europees recht. Net zoals bij de soldenregeling heeft de wetgever de *ratio legis* in de wetsbepaling zelf aangehaald²¹⁷ en blijft het principiële verbod van verkoop met verlies verder gehandhaafd om een gezonde en loyale concurrentie tussen ondernemingen te waarborgen en aldus de economische belangen van de individuele ondernemingen en de kmo's te beschermen. Omwille van hun kleine omvang beschikken deze laatste vaak niet over de financiële capaciteit om goederen met verlies te verkopen. Zij lopen het risico dat hun bestaan wordt bedreigd tegenover grote ondernemingen die, rekening houdend met de variëteit en het aantal goederen dat te koop worden aangeboden, gemakkelijker bepaalde goederen met verlies kunnen verkopen, door dit verlies te compenseren met de winst die ze halen op de verkoop van andere goederen.

10.2. UITZONDERINGEN

403. Op het principiële verbod om goederen met verlies te verkopen zijn door de wetgever enkele uitzonderingen voorzien, in welk geval de goederen van een onderneming wel degelijk met verlies mogen worden verkocht. Dit zijn:

- 1° goederen die uitverkocht worden of in het kader van een opruiming verkocht worden;
- 2° goederen die niet langer bewaard kunnen worden;
- 3° goederen die de onderneming, ten gevolge van externe omstandigheden, redelijkerwijze niet meer kan verkopen tegen een prijs gelijk aan of hoger dan de aankoopprijs ervan;
- 4° goederen waarvan de verkoopprijs, om dwingende redenen van mededinging, wordt afgestemd op de prijs die door de concurrentie voor hetzelfde of een concurrerend goed gevraagd wordt.

10.3. SANCTIONERING

404. Indien goederen, in strijd met artikel VI.116 en VI.117 WER toch met verlies worden verkocht of te koop worden aangeboden, is de sanctie met betrekking tot de verrichting zelf niet geheel duidelijk. In de

²¹⁵ Artikel VI.116, § 1 WER.

²¹⁶ Artikel VI.116, § 2 WER.

²¹⁷ Zie artikel VI.116, § 1, lid 1 WER.

rechtsleer bestaat er echter unanimiteit dat miskenning van het verbod leidt tot de nietigheid van de overeenkomst.

1. ALGEMEEN

405. Insolventieproblemen vormen vaak de oorzaak van het vroegtijdig beëindigen van de ondernemingsactiviteit. Het is dan ook in het belang van zowel de ondernemer zelf, als diens aandeelhouders, schuldeisers en werknemers dat een penibele situatie zo spoedig mogelijk wordt vastgesteld en dat maatregelen kunnen worden genomen om de onderneming uit het slop te halen. Dit wordt nagestreefd via de gerechtelijke reorganisatie van de onderneming in moeilijkheden, waarbij de rechten van schuldeisers tijdelijk worden opgeschort ten voordele van de onderneming. Indien geen hulp meer kan baten, dan dient de onderneming zo efficiënt mogelijk te worden vereffend. Dit laatste wordt omkaderd door de faillissementsregeling.

406. De regeling om ondernemingen in moeilijkheden op te sporen en te saneren ligt momenteel vervat in Boek XX van het Wetboek van economisch recht, waarbij ondernemingen tijdelijk beschermd worden tegen hun schuldeisers. Met name kunnen deze laatsten geen bewarende of uitvoerende maatregelen nemen ingeval facturen onbetaald blijven. De bedoeling is om te voorzien in een afkoelingsperiode en de nodige ruimte te scheppen om de mogelijkheden tot herstel af te tasten en om een saneringsplan op te stellen dat dient goedgekeurd te worden door de schuldeisers. Daartoe voorziet Boek XX in regelingen die het gemeen recht inzake gelijkheid van schuldeisers²¹⁸, de bindende kracht van overeenkomsten²¹⁹ en de rechten van schuldeisers in het algemeen (bijv. uitwinnings- en beslagmogelijkheden) in zeer grote mate opzijzetten.

407. De faillissementsregeling, die vroeger werd beheerst door de Faillissementswet van 8 augustus 1997, werd door de Wet van 11 augustus 2017 ondergebracht in Boek XX van het Wetboek van economisch recht en trad in werking op 1 mei 2018.

408. In het algemeen beoogt de implementatie van de insolventiewetgeving in Boek XX in grote mate een codificatie²²⁰ van de op dat ogenblik bestaande insolventieregelingen, waarbij weliswaar op enkele punten (noodzakelijke) vernieuwing wordt gebracht. De focus ligt daarbij voornamelijk op de keuze voor een volledige elektronische procedure, de vereenvoudiging van de werkprocessen en de uitbreiding van het toepassingsgebied van het insolventierecht tot alle ondernemingen.²²¹

²¹⁸ Artikel 8 Hypotheekwet: *“De goederen van de schuldenaar strekken tot gemeenschappelijke waarborg voor zijn schuldeisers, en de prijs ervan wordt onder hen naar evenredigheid van hun vordering verdeeld, tenzij er tussen de schuldeisers wettige redenen van voorrang bestaan.”*

²¹⁹ Artikel 1134; lid 1 BW: *“Alle overeenkomsten die wettig zijn aangegaan, strekken degenen die deze hebben aangegaan, tot wet.”*

²²⁰ Een “codificatie” is een loutere herstructurering van bestaande wetgeving om deze wetgeving overzichtelijk te maken, maar waarbij niet wordt geraakt aan de inhoud van de bepalingen.

²²¹ MvT Wet 11 augustus 2017, Parl. St. Kamer 2016-2017, nr. 2407/001, 4.

2. OPBOUW VAN BOEK XX WER

409. Titel I bevat de algemene beginselen. Het gaat daarbij onder meer voor de bevoegdheidsbepalingen en bepaalde procedureregels.

Titel II heeft betrekking op de opsporing van ondernemingen in moeilijkheden door de “kamers voor ondernemingen in moeilijkheden” (zie *infra*, nrs. 411 e.v.).

Titel III bevat een regeling inzake voorlopige maatregelen bij insolventie, met name wanneer kennelijk grove tekortkomingen van de schuldenaar of van een van zijn organen de continuïteit van de onderneming in moeilijkheden of van haar economische activiteiten in gevaar brengen en bepaalde maatregelen de continuïteit kunnen vrijwaren. Dergelijke maatregelen kunnen bijvoorbeeld bestaan in het ontnemen van de bestuursbevoegdheid van een bestuursorgaan en de aanstelling van een gerechtsmandataris om het bestuur van de onderneming waar te nemen.

Titel IV regelt twee materies die met elkaar in nauw verband staan. Vooreerst wordt bepaald hoe een ondernemingsbemiddelaar wordt aangesteld en welk zijn opdracht is. Vervolgens wordt uiteengezet hoe een minnelijk akkoord kan worden aangevraagd en bekrachtigd waarbij de link wordt gemaakt met de ondernemingsbemiddelaar, die de garant staat voor een dergelijk akkoord (zie *infra*, nrs. 415 e.v.).

Titel V bevat de regeling met betrekking tot de procedure van gerechtelijke reorganisatie (zie *infra*, nrs. 421 e.v.).

Titel VI bevat de regeling van het faillissement (zie *infra*, nrs. 463 e.v.).

Pro memorie: Titels VII t.e.m. XI bevatten bepalingen respectievelijk in verband met de grensoverschrijdende insolventies, aansprakelijkheidsvorderingen, verbodsbepalingen en rehabilitatie, intrekking van het faillissement en de evaluatie van insolventieprocedures.

3. TOEPASSINGSGEBIED VAN BOEK XX

410. Boek XX is van toepassing is op elke “onderneming”, zoals gedefinieerd in artikel I.1, 1° WER.

De titels II, III, IV en V van Boek XX zijn niet van toepassing op de kredietinstellingen, de verzekeringsondernemingen, de beleggingsondernemingen, de beheervennootschappen van instellingen voor collectieve belegging, de verrekenings- en vereffeningsinstellingen en gelijkgestelde instellingen, de herverzekeringsondernemingen, de financiële holdings en de gemengde financiële holdings.²²² Zij vallen dus wél onder de faillissementsregeling (Titel VI).

In Boek XX wordt vaak verwezen naar het begrip “schuldenaar” (vooral voor wat betreft de gerechtelijke reorganisatie (Titel V van Boek XX) en het faillissement (Titel VI van Boek XX)). Dit begrip is echter niet het synoniem van onderneming, want het begrip “schuldenaar” wordt gedefinieerd als volgt: “een onderneming met uitzondering van iedere publiekrechtelijke rechtspersoon”. Dit heeft concreet tot gevolg dat geen enkele publiekrechtelijke rechtspersoon een beroep zal kunnen doen op de procedure van gerechtelijke reorganisatie en op de faillissementsregeling.

²²² Artikel XX.1, § 3 WER.

4. OPSPOREN VAN ONDERNEMINGEN IN MOEILIKHEDEN

411. Bij één of meer afdelingen van de ondernemingsrechtbanken functioneren de “kamers voor ondernemingen in moeilijkheden” die ermee zijn belast om ondernemingen in moeilijkheden op te sporen. Zij volgen de toestand van de schuldenaren in moeilijkheden om de continuïteit van hun activiteiten te vrijwaren en de bescherming van de rechten van de schuldeisers te verzekeren.²²³ Daartoe beschikken deze diensten over diverse inlichtingenbronnen, waaruit zgn. “knipperlichten” kunnen blijken die aangeven dat een bepaalde onderneming in moeilijkheden vertoeft. Deze knipperlichten zijn onder meer: protesten van handelseffecten (bijv. een wisselbrief, zie *supra*, nr. 292), dagvaardingen in betaling, beslagberichten, veroordelingen inzake achterstallige RSZ, mededelingen door het openbaar ministerie inzake financiële misdrijven, inlichtingen verstrekt door advocaten, curatoren of derden uit de ondernemingswereld.

412. De kamer voor ondernemingen in moeilijkheden bestaat uit drie leden, waaronder één beroepsrechter en twee rechters in ondernemingszaken.²²⁴ Zij kan het onderzoek zelf voeren of een rechter-verslaggever aanstellen. Deze kan een rechter bij de rechtbank zijn, de voorzitter uitgezonderd, of een rechter in ondernemingszaken. Oordelen hetzij de kamer, hetzij de rechter verslaggever dat de continuïteit van de economische activiteit van een schuldenaar bedreigd is of dat de ontbinding van de rechtspersoon kan worden uitgesproken, dan kunnen zij de schuldenaar oproepen en horen teneinde alle inlichtingen te verkrijgen over de stand van zijn zaken en inzake de eventuele reorganisatiemaatregelen. De oproeping kan een verzoek aan de schuldenaar bevatten om voorafgaand aan de zitting bepaalde gegevens en inlichtingen over zijn onderneming en over zijn stand van zaken in te voeren in het register.

Het onderzoek geschiedt met gesloten deuren. De schuldenaar verschijnt in persoon, eventueel bijgestaan door de personen van zijn keuze.

Het staat de kamer of de rechter verslaggever vrij van ambtswege alle gegevens te verzamelen nodig voor zijn onderzoek. Zij kunnen alle personen horen van wie zij het verhoor nodig achten, zelfs buiten de aanwezigheid van de schuldenaar, en de mededeling van alle dienstige gegevens en inlichtingen gelasten, in voorkomend geval middels het register. De schuldenaar kan alle andere stukken van zijn keuze voorleggen. De rechter-verslaggever kan zich ook van ambtswege begeven naar de maatschappelijke zetel of in voorkomend geval het centrum van de voornaamste belangen indien de opgeroepen schuldenaar niet verschenen is.

413. Wanneer de kamer een rechter-verslaggever heeft aangesteld, beëindigt deze het onderzoek binnen een termijn van vier maanden na zijn aanstelling. De kamer voor ondernemingen in moeilijkheden kan beslissen het onderzoek te verlengen voor een duur die niet meer dan vier maanden mag bedragen.²²⁵ Wanneer de rechter dit onderzoek heeft beëindigd, stelt hij binnen de voornoemde termijn een verslag op over de gedane verrichtingen en voegt er zijn conclusie aan toe. Het verslag wordt gevoegd bij de verzamelde gegevens en voorgelegd aan de kamer voor ondernemingen in moeilijkheden.

Als het onderzoek gevoerd wordt door de kamer zelf, mag dit niet langer dan acht maand duren.²²⁶

²²³ Artikel XX.25, § 1 WER.

²²⁴ MvT Wet 11 augustus 2017, *Parl. St.* Kamer 2016-2017, nr. 2407/001, 45.

²²⁵ Artikel XX.28, lid 1 WER.

²²⁶ Artikel XX.28, lid 2 WER.

414. Na afloop van het onderzoek, kan de kamer voor ondernemingen in moeilijkheden het dossier naar het openbaar ministerie verzenden indien uit het gevoerde onderzoek zou blijken dat de ondernemer zich in staat van faillissement bevindt (zie hierover *infra*, nr. 464). Het openbaar ministerie kan de onderneming vervolgens dagvaarden in faillissement.

Het is eveneens mogelijk dat uit het onderzoek naar de toestand van de schuldenaar blijkt dat die zich in staat van faillissement bevindt en dat het opportuun kan zijn om bepaalde activa of activiteiten aan de onderneming te onttrekken met het oog op de vrijwaring daarvan. De kamer zal het dossier dan mededelen aan de voorzitter van de rechtbank.²²⁷ Deze kan dan eventueel een voorlopige bewindvoerder aanstellen.

²²⁷ Artikel XX.29, § 2 WER.

5. ONDERNEMINGSBEMIDDELAAR EN MINNELIJKE REGELING BUITEN DE PROCEDURE VAN GERECHTELIJKE REORGANISATIE

5.1 ONDERNEMINGSBEMIDDELAAR

415. De schuldenaar-onderneming kan het initiatief nemen om bij de rechtbank een verzoek aanhangig te maken om een ondernemingsbemiddelaar aan te stellen teneinde de reorganisatie van het geheel of een gedeelte van haar activa of activiteiten te vergemakkelijken. Het is een instrument ter professionalisering van de minnelijke herstructurering die de onderneming spontaan overweegt op het voor haar geschikte moment. Zo kan het immers zijn dat de leidinggevendenden op basis van de handelsonderzoeken weet hebben gekregen van enige toekomstige of bestaande financiële en organisatorische moeilijkheden. In dat geval kan het verzoek worden uitgedrukt voor de kamer voor ondernemingen in moeilijkheden.²²⁸ De opdracht van de ondernemingsbemiddelaar strekt, zowel buiten als in voorkomend geval binnen het kader van een procedure van gerechtelijke reorganisatie, tot de voorbereiding en de bevordering van hetzij het afsluiten van een minnelijk akkoord, overeenkomstig de artikelen XX.37 (zie hieronder *infra*, nr. 416) of XX.65 WER (zie *infra*, nr.446), hetzij het verkrijgen van het akkoord van de schuldeisers over een reorganisatieplan, overeenkomstig de artikelen XX.67 tot XX.75 WER (zie hierover *infra*, nrs. 449 e.v.), hetzij de overdracht onder gerechtelijk gezag, aan een of meerdere derden, van het geheel of een gedeelte van de activa of van activiteiten, overeenkomstig de artikelen XX.84 en XX.85 WER (zie *infra*, nrs. 458 e.v.).

De bijstand van een bemiddelaar is niet altijd vereist en is louter optioneel, indien de onderneming zulks nuttig acht. De onderneming kan overigens zelf een bemiddelaar kiezen indien zij haar vertrouwen in een bepaalde persoon stelt. Zo niet, kan de rechtbank een bemiddelaar aanstellen overeenkomstig de gewenste vaardigheden in het licht van de specifieke kenmerken van de betrokken activiteit. Het informele karakter van het verzoek beoogt de kost van deze aanpak te beperken, en beoogt, in voorkomend geval, ook de snelheid van de uitvoering ervan.

De opdracht van de bemiddelaar kan worden beëindigd: dit is een wezenskenmerk van alle bemiddelingen.²²⁹ De rechtbank moet enkel ervan in kennis worden gesteld en het einde van de opdracht vaststellen. De rechtbank stelt de staat van kosten en erelonen vast. Dankzij deze beslissing geniet hij het voorrecht van de gerechtskosten wat de betaling van zijn volledige schuldvordering of het mogelijke saldo ervan betreft in geval zich nadien een geval van samenloop voordoet (bijv. faillissement, cf. *infra*, nr. 470).

5.2 MINNELIJK AKKOORD BUITEN GERECHTELIJKE REORGANISATIE

416. De onderneming kan aan twee of meer schuldeisers een minnelijk akkoord voorstellen. Een dergelijk akkoord berust op de wilsautonomie en het beginsel volgens welk overeenkomsten de partijen tot wet strekken, maar derden niet binden.²³⁰ Het gemeen contractenrecht is dus van toepassing, met een gunst verbonden aan de bijzondere situatie van de onderneming in moeilijkheden: bepaalde regels inzake de verdachte periode²³¹ zijn niet van toepassing ingeval de poging tot sanering later mislukt en leidt tot faillietverklaring, met uitzondering van de regels die beogen de gevolgen van fraude te voorkomen (bijvoorbeeld schenkingen of vervreemding aan een symbolische prijs, zie *infra*, nr. 479).

²²⁸ Artikel XX.36, § 2 WER.

²²⁹ Artikel XX.36, § 5 WER.

²³⁰ Artikel XX.37, § 1, lid 2 WER.

²³¹ Zie hierover *infra*, nrs. 267 e.v.

Indien zulks nog niet eerder is gebeurd, kan op dit tijdstip (te weten bij de opmaak van het akkoord) nog om de aanstelling van een bemiddelaar worden verzocht. Het afwijkend regime eigen aan de minnelijke akkoorden is afhankelijk van een grondvoorwaarde: de onderlinge toestemming moet als doel (en dus de “oorzaak” in de contractuele betekenis van het woord) de reorganisatie van de onderneming hebben.

Daar komen nog twee vormvoorwaarden bovenop: (i) de nagestreefde doelstelling moet in de tekst van het contract worden vermeld, wat het tegelijk tot een formeel en benoemd contract maakt (aangezien het gedeeltelijk en specifiek bij wet wordt georganiseerd); en (ii) de tekst van het akkoord moet bij het dossier van de onderneming worden neergelegd opdat in een later stadium ernaar kan worden verwezen om inzonderheid na te gaan of de in dat kader getroffen maatregelen redelijkerwijze waren afgestemd op de nagestreefde doelen.

417. In het minnelijk akkoord zijn enkele verplichte elementen op te nemen: (i) de nagestreefde doelstelling, nl. de reorganisatie van de onderneming, (ii) een uitdrukkelijke vertrouwelijkheidsclausule en (iii) een uitdrukkelijke onsplitsbaarheidsclausule (hetgeen betekent dat indien één bepaling van het akkoord nietig zou worden verklaard omdat zij bijvoorbeeld strijdig zou zijn met de openbare orde, dit niet de nietigheid tot gevolg heeft van de hele overeenkomst, voor zover de overeenkomst nog uitvoerbaar is zonder deze clausule (en het m.a.w. niet om een kernclausule gaat)).

Derden kunnen slechts kennisnemen van het minnelijk akkoord en kennis krijgen van de neerlegging en van de bewaring ervan in het register met uitdrukkelijke toestemming van de schuldenaar

418. Met het oog op het bewijzen van het bestaan of de inhoud van de overeenkomst en hoewel het voorwerp van het akkoord onderworpen is aan het ondernemingsrecht, is het niet uitgesloten dat de regels inzake het gereguleerd bewijs van toepassing zijn. Met het oog op vereenvoudiging en doeltreffendheid, achtte de wetgever het nuttig om expliciet af te wijken van artikel 1328 van het Burgerlijk Wetboek wat de vaste datum van die aktes betreft (nu te lezen als artikel 8.22 Nieuw B.W.) aangezien een of meerdere schuldeisers die deelnemen aan het akkoord, mogelijks geen “onderneming” zijn (waartegen de onderneming zal dienen te bewijzen) en dus de regels van het (minder flexibele) burgerlijk bewijsstelsel van toepassing zouden kunnen zijn.²³²

419. Indien later alsnog een faillissement zou plaatsvinden, dan kunnen de betalingen in uitvoering van de overeenkomst niet worden gekwalificeerd als “niet-tegenstelbare” handelingen onder artikel XX.111, 2° en 3° of XX.112 WER, mochten deze betalingen zijn gedaan tijdens de verdachte periode (zie hierover *infra*, randnummer 481 voor wat betreft artikel XX.111, 2° en 3° WER (het gaat hier om de handelingen onder 3° en 5° in dat randnummer) en randnummer 482 voor wat betreft artikel XX.112 WER)).²³³

6. DE PROCEDURE VAN GERECHTELIJKE REORGANISATIE

6.1. ALGEMEEN

420. De procedure van gerechtelijke reorganisatie strekt tot het behouden, onder toezicht van de rechter, van de continuïteit van het geheel of een gedeelte van de activa of van de activiteiten van de “onderneming”.²³⁴ De procedure van gerechtelijke reorganisatie biedt de mogelijkheid aan een schuldenaar

²³² Artikel XX.37, §2 WER.

²³³ Artikel XX.37, § 2 WER.

²³⁴ Artikel XX.39 WER.

om gedurende een initiële (verlengbare) termijn van zes maanden bescherming te genieten tegen zijn schuldeisers om toe te laten een herstelplan op te stellen en een akkoord daaromtrent te vinden met één of meerdere de schuldeisers. Binnen de procedure van gerechtelijke reorganisatie heeft een onderneming-schuldenaar de keuze²³⁵ uit drie verschillende mogelijkheden, gaande van minder ingrijpend naar zeer ingrijpend: het minnelijk akkoord met twee of meerdere schuldeisers²³⁶, het collectief akkoord met de meerderheid van de schuldeisers (maar dat wel alle schuldeisers bindt) of de (gehele of gedeeltelijke) overdracht van de onderneming onder gerechtelijk gezag. Daarbij is het belangrijk te noteren dat indien initieel wordt geopteerd voor een procedure van gerechtelijke reorganisatie met het oog op het bereiken van een minnelijk akkoord, deze keuze tijdens de procedure nog steeds kan worden gewijzigd, om bijvoorbeeld verder te gaan om een collectief akkoord te bereiken.

6.2. VERDUIDELIJKING VAN BEPAALDE TERMINOLOGIE

421. Om de regeling inzake de procedure van gerechtelijke reorganisatie goed te kunnen begrijpen, is enige verduidelijking van bepaalde terminologie op zijn plaats.

- Schuldvorderingen in de opschorting: alle schulden die de onderneming had op het ogenblik van de opening van de procedure van gerechtelijke reorganisatie.
- Buitengewone schuldvorderingen: de schuldvorderingen waarvoor de betrokken schuldeisers bepaalde *zakelijke* zekerheden hebben bedongen of voorrechten genieten vóór de opening van de procedure. Hieronder vallen bijvoorbeeld de hypothecaire schuldeisers of de pandhoudende schuldeisers.
- Schuldeiser-eigenaar: de schuldeiser die een eigendomsrecht tot zekerheid geniet (bv. de verkoper onder eigendomsvoorbehoud²³⁷ of de leasinggever).
- Separatisten: hypothecaire schuldeisers en de pandhoudende schuldeisers. Zij onttrekken het bezwaarde actief-bestanddeel van de schuldenaar als het ware uit diens vermogen, om zich desgevallend, na tegeldemaking van dat actief-bestanddeel, uit de opbrengst te laten betalen. Zij dienen de opbrengst niet te verdelen onder alle schuldeisers, waar dit normaal de regel is onder schuldeisers van gelijke rang.

²³⁵ In de toepasselijke rechtsleer wordt ook gesproken van een zgn. “portaalbenadering”.

²³⁶ Let op, het gaat hierbij niet om hetzelfde akkoord als datgene dat hiervoor werd besproken, zie hierover verder, nr. 235.

²³⁷ De beste zekerheid die men kan hebben, is uiteraard een eigendomsrecht. Een zeer gangbare praktijk bestaat er daarom in om een koopverkoop te sluiten, waarbij wordt bepaald dat de eigendom van het gekochte goed pas op de koper zal overgaan indien de verkoper integraal is betaald (een “eigendomsvoorbehoud”), hoewel de koper wel meteen het genot verwerft over het gekochte goed. Diverse problemen kunnen zich stellen: hoe een dergelijk goed individualiseren in het vermogen van de koper (quid ingeval van zgn. “bulkgoederen” die met elkaar worden vermengd, of goederen die worden geassembleerd tot een nieuw product, quid indien het goed reeds wordt doorverkocht, quid onroerendmaking door bestemming en daaropvolgende samenloop met de hypothecaire schuldeiser, enz.)? Dergelijke bedingen zijn ook reeds lang het voorwerp van controverse en een bespreking ervan valt buiten het bestek van deze cursus, maar in se komt het erop neer dat ingeval van faillissement, een dergelijk beding tegenwerpelijk is aan andere schuldeisers (die uiteraard de kans ontnomen zien om dat goed te gelde te maken en de opbrengst ervan te verdelen).

6.3. TOEGANG TOT DE PROCEDURE

422. Elke onderneming met liquiditeitsproblemen heeft toegang tot de procedure, zelfs indien de onderneming zich in “staat van faillissement”²³⁸ bevindt.²³⁹

423. Er zijn echter wel enkele beperkingen waarmee rekening dient te worden gehouden. Indien een schuldenaar minder dan drie jaar voordien werd toegelaten tot de procedure van gerechtelijke reorganisatie, dan kan de procedure enkel worden geopend met het oog op de overdracht onder gerechtelijk gezag.²⁴⁰ Het bekomen van een minnelijk of collectief akkoord zal in dat geval uitgesloten zijn.

Indien een schuldenaar meer dan drie jaar en minder dan vijf jaar voordien werd toegelaten tot de procedure van gerechtelijke reorganisatie, dan kan de nieuwe procedure niet terugkomen op wat verworven was in hoofde van de schuldeisers krachtens het vroegere plan.²⁴¹

424. Enkel de onderneming-schuldenaar kan een aanvraag indienen om te worden toegelaten tot de procedure van gerechtelijke reorganisatie. Noch het openbaar ministerie, noch schuldeisers, werknemers of aandeelhouders of enige andere belanghebbende derde hebben deze bevoegdheid.

In bepaalde gevallen²⁴² kan op dagvaarding van de procureur des Konings, een schuldeiser of van eenieder die belang heeft om het geheel of een gedeelte van de onderneming te verwerven, wel de overdracht onder gerechtelijk gezag worden bevolen.²⁴³ Ook kan elke belanghebbende vorderen dat een gerechtelijk mandataris wordt aangesteld wanneer kennelijke en grove tekortkomingen van de schuldenaar of van zijn organen de continuïteit van de onderneming in gevaar brengen en de gevraagde maatregel van die aard is dat zij die continuïteit kan vrijwaren.²⁴⁴ De opdracht van de gerechtelijke mandataris wordt bepaald door de voorzitter van de ondernemingsrechtbank en kan er dan in bestaan om de procedure van gerechtelijke reorganisatie op te starten.

425. Na de neerlegging van het verzoekschrift wijst de voorzitter van de ondernemingsrechtbank een gedelegeerd rechter aan om verslag uit te brengen over de ontvankelijkheid en de gegrondheid van het verzoek en over elk element dat nuttig is voor zijn beoordeling.²⁴⁵ De gedelegeerd rechter hoort de schuldenaar en elke andere persoon van wie hij het horen nuttig oordeelt voor zijn onderzoek. Hij kan bij de schuldenaar de informatie opvragen die nodig is om diens toestand te beoordelen. De gedelegeerd rechter waakt verder over de naleving van het WER en licht de rechtbank in over de evolutie van de toestand van de schuldenaar.²⁴⁶

²³⁸ Zie infra, nr. 464 voor de betekenis van dit begrip.

²³⁹ Artikel XX.45, § 3 WER.

²⁴⁰ Artikel XX.45, § 5, lid 1 WER.

²⁴¹ Artikel XX.45, § 5, lid 3 WER.

²⁴² Namelijk wanneer:

- 1° de schuldenaar zich in staat van faillissement bevindt zonder een procedure van gerechtelijke reorganisatie te hebben aangevraagd;
- 2° de rechtbank de vordering tot het openen van de procedure verwerpt, er de vroegtijdige beëindiging van beveelt of het reorganisatieplan intrekt;
- 3° de schuldeisers het reorganisatieplan niet goedkeuren in het kader van het bekomen van een collectief akkoord; of
- 4° de rechtbank de homologatie van het reorganisatieplan in het kader van een collectief akkoord weigert.

²⁴³ Artikel XX.84, §2 WER.

²⁴⁴ Artikel XX.30 WER.

²⁴⁵ Artikel XX.42 WER.

²⁴⁶ Artikel XX.43 WER.

De rechtbank behandelt het verzoek binnen een termijn van 15 dagen na de neerlegging van het verzoekschrift ter griffie. Nadat zij het verslag van de gedelegeerd rechter heeft gehoord, doet de rechtbank uitspraak bij vonnis binnen een termijn van 8 dagen na de behandeling van het verzoek.²⁴⁷

Tot het ogenblik dat de rechtbank zich over het verzoek heeft uitgesproken, kan de schuldenaar niet failliet worden verklaard²⁴⁸ en kan geen enkele tegeldemaking van de roerende of onroerende goederen van de schuldenaar plaatsvinden als gevolg van de uitoefening van een middel van tenuitvoerlegging.²⁴⁹

Om te vermijden dat, enerzijds, misbruik wordt gemaakt van de procedure van gerechtelijke reorganisatie²⁵⁰ en, anderzijds, aanzienlijke kosten zich opstapelen, wordt er evenwel in een uitzondering voorzien het voormelde principe, m.n. in het geval dat er voorafgaand was overgegaan tot een beslagprocedure en dat deze laatste zich in een ver gevorderd stadium bevindt.²⁵¹ De rechtbank heeft echter de mogelijkheid om de verkoop van de goederen waarop beslag werd gelegd te schorsen op vraag van de schuldenaar en na de gedelegeerd rechter in zijn verslag te hebben gehoord (en voor wat betreft de onroerende goederen, na ook de schuldenaar en de hypothecaire en bevoorrechte schuldeisers te hebben gehoord).²⁵² Voor de eventuele schorsing van de gedwongen verkoop van onroerende goederen dient cumulatief nog aan enkele bijkomende voorwaarden te zijn voldaan (bijv. de betaling van de reeds gemaakte notariskosten).

426. Indien de voorwaarden voldaan “lijken”, verklaart de rechtbank de procedure van gerechtelijke reorganisatie geopend en bepaalt zij de duur van de opschorting²⁵³, die niet langer mag zijn dan zes maanden.²⁵⁴ In het andere geval verwerpt de rechtbank het verzoek. Het vonnis dat de procedure van gerechtelijke reorganisatie open verklaart, wordt door toedoen van de griffier binnen een termijn van vijf dagen bij uittreksel bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad.²⁵⁵

Het dient benadrukt te worden dat de toegangsdrempel zeer laag ligt. Het komt de rechtbank niet toe om bijkomende voorwaarden op te leggen dan degene die het WER reeds voorziet (bijv. afwezigheid van kwade trouw, afwezigheid van grove tekortkomingen in het bestuur, ...), noch om enige moraliteitsbeoordeling te doen. Het volstaat dat de door het WER voorziene voorwaarden vervuld “lijken”. Essentieel daarbij is dat de continuïteit van de onderneming onmiddellijk of op termijn, bedreigd dient te zijn. Voor rechtspersonen wordt dit vermoed wanneer de verliezen het nettoactief hebben herleid tot minder dan de helft van het maatschappelijk kapitaal. Indien het nettoactief niet is gedaald beneden deze drempel, volstaat de verklaring van de schuldenaar dat de continuïteit van de onderneming is bedreigd; hij dient daarvan het bewijs niet te leveren.²⁵⁶ Dit betekent echter niet dat het verzoek altijd zal worden ingewilligd. Er dient bijvoorbeeld nog een economische activiteit te zijn die kan worden gered. Ook moet de onderneming nog een redelijke kans op overleving hebben en mag de procedure niet worden misbruikt om bescherming te krijgen tegen een dreigend beslag. Uit de rechtspraak blijkt dat, ongeacht de

²⁴⁷ Artikel XX.46, § 1, lid 4 WER.

²⁴⁸ Hij kan wel worden gedagvaard in faillissement, maar dan dient de uitspraak te worden uitgesteld tot na de procedure van gerechtelijke reorganisatie (MvT Wet 11 augustus 2017, Parl. St. Kamer 2016-2017, nr. 2407/001, 58).

²⁴⁹ Artikel XX.44, § 1 WER.

²⁵⁰ Men stelde inderdaad vast dat tal van beslagenen een verzoekschrift tot gerechtelijke reorganisatie neerleggen de dag voor de verkoop op beslag, met als enig doel te profiteren van zijn werking, namelijk de schorsing van de werkzaamheden, op zeer korte termijn (MvT Wet 11 augustus 2017, Parl. St. Kamer 2016-2017, nr. 2407/001, 59).

²⁵¹ De verkoopdag dient namelijk binnen de twee maanden plaats te vinden na de neerlegging van het verzoekschrift.

²⁵² Artikel XX.44, § 2 (voor de roerende goederen) en § 3, lid 2 (voor de onroerende goederen) WER.

²⁵³ Zie supra voor de betekenis van dit begrip, nr. 216.

²⁵⁴ Artikel XX.46, § 2 WER.

²⁵⁵ Artikel XX.48, § 1 WER.

²⁵⁶ Artikel XX.45, § 2 WER.

marginale beoordelingstoets door de ondernemingsrechtbank, rechtsmisbruik een uitsluitingsgrond kan zijn voor wat betreft het openen van de procedure van gerechtelijke reorganisatie.

6.4. NA DE OPENING VAN DE PROCEDURE VAN GERECHTELIJKE REORGANISATIE

6.4.1. OPSCHORTING VAN MIDDELEN VAN TENUITVOERLEGGING

427. Het doel van de gerechtelijke reorganisatie bestaat, zoals gezegd, in het bereiken van hetzij een minnelijk akkoord tussen enkele (of alle) schuldeisers, hetzij een collectief akkoord van de schuldeisers met een reorganisatieplan, hetzij de overdracht onder gerechtelijk gezag van een deel of van het geheel van de onderneming of van haar activiteiten. Elk van deze mogelijkheden wordt verder toegelicht, maar eerst worden de regels besproken die gelden tijdens de procedure van gerechtelijke reorganisatie, ongeacht welk van deze drie opties wordt nagestreefd.

Essentieel is dat ruimte en rust wordt geboden om tot één van hoger genoemde oplossingen te komen. Daartoe worden alle middelen van tenuitvoerlegging op de roerende of onroerende goederen van de schuldenaar “opgeschort”, althans voor wat betreft de “schuldvorderingen in de opschorting”.²⁵⁷ Dit geldt ook voor de “buitengewone schuldeisers” in de opschorting. Als gevolg hiervan is de uitwinning van een pand of hypotheek niet mogelijk tijdens de opschorting. Ook de schuldeiser-eigenaar (*i.e.* de verkoper onder eigendomsvoorbehoud) kan niet tot “revindicatie”²⁵⁸ overgaan. Dit laatste geldt echter alleen voor de eigenaars die op grond van een eigendomsvoorbehoud zouden willen revindiceren. Indien de revindicatie er louter toe strekt om “eigen” goederen te recupereren in het kader van gebruikelijke verhoudingen, los van een zekerheidscontext (bijv. een verhuurder van aanhangwagens die zijn verhuurde aanhangwagen terugvordert), blijft dit wel mogelijk.

Op het verbod van tenuitvoerlegging is evenwel een uitzondering voorzien indien de tenuitvoerlegging zich reeds in een ver gevorderd stadium bevindt. De regels zoals reeds besproken in randnummer 214 zijn *mutatis mutandis* van toepassing hierop.²⁵⁹

Voor wat betreft de schuldvorderingen die ontstaan na de opening van de procedure van gerechtelijke reorganisatie blijven alle tenuitvoeringsmogelijkheden onverlet. Een schuldvordering die voortvloeit uit lopende overeenkomsten met opeenvolgende prestaties, met inbegrip van de contractueel verschuldigde rente, is evenmin onderworpen aan de opschorting in de mate dat zij betrekking heeft op prestaties die zijn verricht nadat de procedure open is verklaard (zie ook *infra*, nr. 231).²⁶⁰

Ook het leggen van beslag voor schuldvorderingen in de opschorting is tijdens de opschorting niet mogelijk. Reeds gelegde beslagen houden wel hun bewarend karakter (*m.a.w.* de schuldenaar mag goederen waarop bewarend beslag werd gelegd, in principe niet vervreemden), maar de rechtbank kan, naar gelang van de omstandigheden, er handlichting van geven na het verslag van de gedelegeerd rechter, de schuldeiser en de schuldenaar gehoord te hebben, in zoverre de handlichting geen beduidend nadeel veroorzaakt aan de schuldeiser.²⁶¹ Dit kan uiteraard aangewezen zijn om de continuïteit van de onderneming te waarborgen. Indien bijvoorbeeld bewarend beslag werd gelegd op een bankrekening van de onderneming, en zij financiële middelen nodig heeft om haar activiteit verder te zetten, kan het

²⁵⁷ Artikel XX.50, lid 1 WER.

²⁵⁸ Revindicatie is de gebruikelijke term om aan te duiden dat de eigenaar het bezit vordert van een goed dat op dat ogenblik in bezit is van een andere persoon (bijv. de koper van een goed onder eigendomsvoorbehoud).

²⁵⁹ Vgl. artikel XX.51, § 2 WER.

²⁶⁰ Artikel XX.57 WER.

²⁶¹ Artikel XX.51, § 1, lid 2 WER.

aangewezen zijn om dit beslag op te heffen.

428. De opschorting biedt enkel bescherming aan de schuldenaar zelf, niet aan mede-schuldenaars of persoonlijke zekerheidsstellers zoals borgens.²⁶² In voorkomend geval zullen zij zelf een beroep dienen te doen op de procedure van gerechtelijke reorganisatie. Voor de kosteloze borg²⁶³ wordt echter in een gunstregime voorzien, die spoort met de vrijstelling van de kosteloze borg die is voorzien in het Burgerlijk Wetboek (artikel 2043*sexies*), hetgeen impliceert dat als de borg kan aantonen dat het bedrag waarvoor de borgtocht werd afgesloten niet in verhouding stond met zijn terugbetalingsmogelijkheden, daarbij rekening houdend met zijn roerende en onroerende inkomsten, hij ontslaan zal zijn van zijn verplichtingen als borg en tevens de gunst van de opschorting zal genieten. De kosteloze borg dient daartoe een verzoek te richten aan de rechtbank tijdens de procedure van gerechtelijke reorganisatie.²⁶⁴

Echtgenoten, gewezen echtgenoten, wettelijke samenwonende partners waarvoor de verklaring van wettelijke samenwoning minstens zes maanden vóór de aanvraag tot gerechtelijke reorganisatie werd gedaan²⁶⁵ en gewezen wettelijke samenwonende partners van de schuldenaar worden daarentegen wel beschermd voor de contractuele schulden waarvoor zij medeverbonden zijn. De opschorting hen echter niet ten goede voor de niet-professionele schulden.²⁶⁶

429. De termijn van de opschorting bedraagt maximaal 6 maanden en kan worden verlengd, zonder dat de totale termijn langer kan zijn dan 12 maanden.²⁶⁷ In buitengewone omstandigheden kan deze termijn nog met maximaal 6 maanden worden verlengd.²⁶⁸ De maximale termijn van de opschorting bedraagt bijgevolg 18 maanden.

6.4.2. GEEN FAILLISSEMENT OF GERECHTELIJKE ONTBINDING

430. Tijdens opschorting kan de schuldenaar niet worden failliet verklaard, behoudens op aangifte van de schuldenaar zelf en, indien de schuldenaar een rechtspersoon is, kan deze niet gerechtelijk worden ontbonden.²⁶⁹

6.4.3. BEHEER VAN DE ONDERNEMING TIJDENS DE OPSCHORTING

431. Tijdens de opschorting blijft de schuldenaar aan het hoofd staan van de onderneming, en kan hij alle daden stellen die nodig of nuttig zijn voor het verderzetten van de activiteiten van de onderneming. Hij kan ook vrijwillig alle betalingen verrichten van schuldvorderingen in de opschorting in zoverre die betaling vereist is voor de continuïteit van de onderneming.²⁷⁰ Indien, volgend op de opschorting, alsnog een faillissement zou plaatsvinden, dan kunnen deze betalingen niet worden gekwalificeerd als “niet-tegenstelbare” handelingen onder artikel XX.111, 2° of XX.112 WER, mochten deze betalingen zijn gedaan tijdens de verdachte periode (zie hierover *infra*, randnummer 268 voor wat betreft artikel XX.111, 2° WER

²⁶² Artikel XX.54, § 2 WER.

²⁶³ De kosteloze aard van de borgtocht slaat op het ontbreken van enig economisch voordeel, zowel rechtstreeks als indirect, dat de borg kan genieten dankzij de borgstelling.

²⁶⁴ Artikel XX.54, § 3 WER.

²⁶⁵ Deze termijn werd ingevoerd om misbruik te voorkomen, aangezien de formaliteiten voor wettelijke samenwoning zeer weinig om het lijf hebben en men door misbruik te maken van het stelsel van wettelijke samenwoning onrechtmatig zou kunnen meegenieten van de opschorting.

²⁶⁶ Artikel XX.54, § 1 WER; “gemengde schulden” dienen te worden beschouwd als professionele schulden (MvT Wet 11 augustus 2017, *Parl. St.* Kamer 2016-2017, nr. 2407/001, 67).

²⁶⁷ Artikel XX.46, § 2 WER *juncto* artikel XX.59, § 1, lid 3 WER.

²⁶⁸ Artikel XX.59, § 2 WER.

²⁶⁹ Artikel XX.50, lid 2 WER.

²⁷⁰ Artikel XX. 53, lid 1 WER.

(het gaat hier om de handelingen onder 3° en 4° in dat randnummer) en randnummer 269 voor wat betreft artikel XX.112 WER).

6.4.4. RECHTEN VAN SCHULDEISERS DIE NIET WORDEN AANGETAST

432. Niettegenstaande het feit dat middelen van tenuitvoerlegging niet meer mogelijk zijn na de opening van de procedure van gerechtelijke reorganisatie, blijven bepaalde door Boek XX bepaalde handelingen nog steeds mogelijk. Deze worden hieronder verder toegelicht.

6.4.4.1. UITOEFENING VAN PANDRECHTEN MET BETREKKING TOT SCHULDVORDERINGEN

433. De opschorting heeft geen weerslag op het lot van de schuldvorderingen die van bij de vestiging van het pand specifiek werden verpand. Dit heeft bijvoorbeeld betrekking op het innen van interesten van schuldvorderingen. Vorderingen die deel uitmaken van een in pand gegeven handelszaak worden als dusdanig niet beschouwd als “specifiek” verpand.

6.4.4.2. VESTIGEN VAN NIEUWE ZEKERHEDEN

434. Het vestigen tijdens de opschorting van nieuwe zekerheden voor “schuldvorderingen in de opschorting” is toegestaan.²⁷¹ Op dergelijke zekerheden is artikel XX.111, 3° WER (zie hierover randnummer 481; het gaat om 5° in dat randnummer) niet van toepassing indien de onderneming alsnog failliet zou gaan en dergelijke zekerheid zou zijn gesteld tijdens de verdachte periode.

6.4.4.3. EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS

435. Dit betreft de zgn. “ENAC” en laat een partij bij een overeenkomst toe om de eigen verbintenissen op te schorten tot zolang de wederpartij de hare niet nakomt. Indien de schuldenaar tijdens de opschorting beslist om zijn verbintenissen op te schorten, mag de schuldeiser (bijv. een leverancier) eveneens wettig beslissen om de eigen prestaties op te schorten.²⁷²

6.4.4.4. SCHULDVERGELIJKING

436. Ook schuldvergelijking tussen schuldvorderingen in de opschorting en schulden die zijn ontstaan tijdens de opschorting blijft mogelijk indien deze verknocht zijn (m.a.w. “samenhangen”).²⁷³ Dit kan worden verduidelijkt aan de hand van een voorbeeld. Indien een winkel een voorraad landbouwmachines heeft aangekocht en deze nog moet betalen, en na enige tijd een beroep doet op de procedure van gerechtelijke reorganisatie, dan kwalificeert de schuldvordering uit hoofde waarvan deze machines dienen te worden betaald aan de leverancier, als een “schuldvordering in de opschorting”. Welnu, indien tijdens de opschorting de leverancier een machine zou terugnemen en daarvoor een bepaald bedrag zou verschuldigd zijn aan de schuldenaar, dan zal deze leverancier dit bedrag mogen verrekenen met het bedrag dat de schuldenaar hem nog verschuldigd was krachtens de aankoop, aangezien het overduidelijk gaat om samenhangende vorderingen.²⁷⁴ Dit is niet zo vanzelfsprekend als het lijkt, want het bedrag dat de schuldenaar de leverancier verschuldigd was, was beschermd tegen uitwinning, terwijl door de techniek van schuldvergelijking min of meer hetzelfde resultaat wordt bereikt: een “oude” schuld verdwijnt uit het

²⁷¹ Artikel XX.51, § 1, lid 1 WER.

²⁷² Artikel XX.56, § 2, lid 4 WER.

²⁷³ Artikel XX.55 WER.

²⁷⁴ Merk ook op dat de rechtspraak het begrip “samenhangende vorderingen” zeer ruim interpreteert en soms de algemene economische relatie tussen schuldeiser en schuldenaar al een voldoende groot verband schept tussen alle schuldvorderingen die heen en weer zouden bestaan.

passief door een activabestanddeel van de schuldenaar over te dragen aan de leverancier zonder dat hiervoor cash in de plaats komt. Deze cash wordt immers verrekend met de uitstaande schuldvordering in de opschorting en dient door de leverancier aldus niet te worden betaald. Het spreekt vanzelf dat dergelijke werkwijze in bepaalde gevallen de continuïteit van de onderneming ernstig kan aantasten en mogelijks haak kan staan op het doel van de procedure, nl. het bevorderen van de continuïteit van de onderneming.

6.4.4.5. *RECHTSTREEKSE VORDERING DOOR EEN ONDERAANNEMER*

437. Pro memorie. Indien een onderaannemer onbetaald blijft door de aannemer waarvoor hij werkt, dan beschikt deze onderaannemer krachtens artikel 1798 van het Burgerlijk Wetboek over de mogelijkheid om het te betalen bedrag rechtstreeks van de bouwheer te vorderen. Dit is een uitzondering op het principe van de relativiteit van overeenkomsten, aangezien de bouwheer in de regel vaak geen contractuele band heeft met de onderaannemer. In beginsel dienen alle betalingen dus te worden gedaan aan de aannemer, die op zijn beurt de onderaannemers betaalt. Wanneer een aannemer een beroep doet op de procedure van gerechtelijke reorganisatie, dan zal een onderaannemer nog steeds zijn vordering mogen instellen tegen de bouwheer.²⁷⁵

6.4.5. *WIJZIGING VAN HET DOEL VAN DE PROCEDURE*

438. De schuldenaar kan op elk ogenblik tijdens de procedure vragen om het doel van de procedure bij te stellen.²⁷⁶ Wanneer de procedure werd aangevat om bijvoorbeeld een minnelijk akkoord te bereiken en dit verder in de procedure niet haalbaar lijkt (omdat bijv. geen unanimiteit kan worden bereikt), kan de schuldenaar vragen dat de procedure wordt voortgezet met het oog op een collectief akkoord of met het oog op de overdracht van de onderneming onder gerechtelijk gezag.

6.4.6. *CONTINUÏTEIT VAN OVEREENKOMSTEN*

439. De gerechtelijke reorganisatie bevestigt het beginsel van de continuïteit van overeenkomsten. Niettegenstaande enige andersluidende contractuele bepaling maakt de aanvraag of opening van de procedure van gerechtelijke reorganisatie geen einde aan de lopende overeenkomsten noch aan de modaliteiten van hun uitvoering.²⁷⁷

440. De contractuele wanprestatie van de schuldenaar voorafgaand aan de toekenning van de opschorting maakt voor de schuldeiser geen grond uit voor de beëindiging van de overeenkomst, in zoverre de schuldenaar deze wanprestatie ongedaan maakt door de overeenkomst uit te voeren binnen een termijn van vijftien dagen na hiervoor in gebreke te zijn gesteld door de schuldeiser in de opschorting.^{278,279}

441. De schuldenaar kan echter ook beslissen om een lopende overeenkomst niet langer uit te voeren voor de duur van de opschorting, op voorwaarde dat die niet-uitvoering noodzakelijk is om een reorganisatieplan te kunnen voorstellen aan de schuldeisers of om de overdracht onder gerechtelijk gezag mogelijk te maken.²⁷⁹ In dit geval zal de betrokken schuldeiser zich nog wel op de ENAC kunnen beroepen (zie *supra*, nr. 435).

Wanneer de schuldenaar beslist een lopende overeenkomst niet langer uit te voeren, vormt de

²⁷⁵ Artikel XX.53, lid 4 WER.

²⁷⁶ Artikel XX.60 WER.

²⁷⁷ Artikel XX.56, § 1, lid 1 WER.

²⁷⁸ Artikel XX.56, § 1, lid 2 WER.

²⁷⁹ Dit is niet mogelijk voor arbeidsovereenkomsten (cf. artikel XX.56, § 2, lid 3 WER).

schadevergoeding waartoe de wederpartij in voorkomend geval gerechtigd is een schuldvordering *in* de opschorting.²⁸⁰

442. Indien overeenkomsten worden voortgezet, voorziet de wet dat nieuwe schuldvorderingen (met inbegrip van de contractueel verschuldigde rente) die ontstaan als gevolg van lopende overeenkomsten die voorzien in opeenvolgende prestaties (bijv. huurovereenkomsten waarbij de huurprijs maandelijks is verschuldigd) niet onderworpen zijn aan de opschorting, in de mate dat deze schuldvorderingen betrekking hebben op prestaties die zijn verricht nadat de procedure open werd verklaard.²⁸¹ Zij kwalificeren immers niet als “schulden in de opschorting”. De bedoeling hiervan is duidelijk, nl. het aanmoedigen van medecontracten van de schuldenaar om te blijven presteren. Weinig leveranciers zullen immers geneigd zijn om nog leveringen te verrichten indien bijvoorbeeld een leverancier nieuwe leveringen zou moeten verrichten aan een onderneming in reorganisatie, in de wetenschap dat voor de schuldvorderingen die hieruit zouden ontstaan geen uitvoerende maatregelen zouden kunnen worden aangewend om de betaling te bekomen. Dit zou opnieuw de continuïteit van de onderneming ernstig kunnen aantasten. Indien een onderneming daarenboven zelfs lopende overeenkomsten niet kan nakomen terwijl met alle lasten uit het verleden tijdelijk geen rekening dient te worden gehouden, kan de vraag worden gesteld of de onderneming nog wel enige toekomst heeft. Om deze redenen achtte de wetgever het opportuun om dergelijke vorderingen buiten de opschorting te houden.

Vorderingen die eventueel ontstaan uit nieuwe overeenkomsten die worden gesloten tijdens de opschorting vallen *a fortiori* buiten de opschorting.

Deze “nieuwe vorderingen” (zowel uit lopende overeenkomsten als uit nieuwe overeenkomsten, maar alleszins uit overeenkomsten²⁸²) worden nog bijkomend beschermd door deze schulden te beschouwen als “boedelschulden” in het kader van een navolgende vereffening of faillissement, mocht de gerechtelijke reorganisatie mislukken.²⁸³ Zoals verder zal blijken bij de bespreking van het faillissement (zie *infra*, nr. 472), hebben boedelschulden een speciaal statuut dat hen boven alle andere schuldeisers stelt (m.u.v. de zgn. “separatisten”, tenzij kan worden aangetoond dat eventueel gemaakte kosten hebben bijgedragen tot behoud van het bezwaarde goed). Het faillissement of de vereffening moet wel nauw aansluiten op de (mislukte) procedure van gerechtelijke reorganisatie.

6.4.7. VOORTIJDIGE BEÏNDIGING EN SLUITING VAN DE PROCEDURE

443. De schuldenaar kan op elk ogenblik tijdens de procedure geheel of gedeeltelijk verzaken aan zijn vordering tot gerechtelijke reorganisatie, waarna de procedure door de rechtbank zal worden afgesloten.²⁸⁴

444. Ook de rechtbank kan de voortijdige beëindiging van de procedure uitspreken, met name wanneer de schuldenaar kennelijk niet meer in staat is de continuïteit van het geheel of een gedeelte van zijn onderneming of van haar activiteiten te verzekeren of wanneer de informatie die aan de gedelegeerd rechter, aan de rechtbank of aan de schuldeisers werd verstrekt, hetzij bij de neerlegging van het verzoekschrift, hetzij later in de procedure, kennelijk onvolledig of onjuist is.²⁸⁵ De voortijdige beëindiging kan worden gevraagd door de schuldenaar, het openbaar ministerie, iedere belanghebbende of de

²⁸⁰ Artikel XX.56, § 2, lid 2 WER.

²⁸¹ Artikel XX.57 WER.

²⁸² Buitencontractuele vorderingen vallen hier bijgevolg buiten en zullen niet het statuut van “boedelschuld” hebben in een navolgende vereffening of faillissement.

²⁸³ Artikel XX.58, lid 1 WER.

²⁸⁴ Artikel XX.61 WER.

²⁸⁵ Artikel XX.62 WER.

gedelegeerd rechter. Behalve wanneer de voortijdige beëindiging werd gevraagd door de gedelegeerd rechter, kan de rechtbank in hetzelfde vonnis dat de procedure afsluit, het faillissement van de schuldenaar uitspreken of, indien de schuldenaar een rechtspersoon is, de gerechtelijke vereffening uitspreken.²⁸⁶

445. Vanaf het ogenblik van de uitspraak van het vonnis dat de voortijdige beëindiging van de procedure van gerechtelijke reorganisatie beveelt of dat ze afsluit, eindigt de opschorting en kunnen schuldeisers opnieuw volledig hun rechten en vorderingen uitoefenen.

6.5. MINNELIJK AKKOORD

446. Een eerste doelstelling om een procedure van gerechtelijke reorganisatie te openen bestaat erin om een minnelijk akkoord te bereiken tussen de schuldenaar en alle schuldeisers of ten minste twee schuldeisers, met het oog op de gezondmaking van de financiële toestand of de reorganisatie van zijn onderneming. Het gaat hierbij in geen geval over het minnelijk akkoord dat eerder werd besproken onder randnummers 416 e.v., aangezien het minnelijk akkoord dat hier wordt bedoeld steeds tot stand komt onder het toezicht van de rechtbank, in een periode waarin de schuldvorderingen van de schuldeisers zijn opgeschort, waar dit bij het eerder besproken minnelijk akkoord niet het geval is en zelfs niet noodzakelijk via de rechtbank tot stand komt. Bovendien zal het minnelijk akkoord dat tot stand komt in het kader van een gerechtelijke reorganisatie niet vertrouwelijk zijn en zal het akkoord (indien er een wordt gevonden) steeds worden “gehomologeerd” door de rechtbank en uitvoerbaar worden verklaard. Bij de homologatie kan de rechter op het bereikte akkoord een marginale toetsing van de openbare orde uitoefenen, in die zin dat wat zou indruisen tegen de essentiële beginselen van de Rechtsstaat niet moet bekrachtigd worden. Vervolgens wordt de procedure gesloten en wordt het vonnis gepubliceerd.²⁸⁷

Een gelijkenis met het eerder besproken minnelijk akkoord is dat het enkel de schuldeisers bindt die bij dit akkoord waren betrokken (vgl. met het collectief akkoord hierna) en die allen met dit akkoord hebben ingestemd. Verder valt dit akkoord onder het algemeen verbintenissenrecht, dus elke wijziging veronderstelt het akkoord van alle partijen bij het akkoord.

447. Ook voor het minnelijk akkoord binnen de procedure van gerechtelijke reorganisatie achtte de wetgever het opportuun om artikel 1328 van het Burgerlijk Wetboek (nu te lezen als artikel 8.22 BW; cf. *supra*, nr. 419) expliciet buiten toepassing te verklaren. Dit is enigszins vreemd te noemen aangezien het akkoord zelfs gehomologeerd wordt door de ondernemingsrechtbank en men er dus zou mogen van uit gaan dat er geen betwisting kan zijn over de datum van het akkoord.

448. Indien, volgend op de opschorting, alsnog een faillissement zou plaatsvinden, dan kan het minnelijk akkoord of de handelingen ter uitvoering daarvan niet worden gekwalificeerd als “niet-tegenstelbare” handelingen onder artikel XX.111, 2° of XX.112 WER, mochten het minnelijk akkoord of de handelingen ter uitvoering daarvan hebben plaatsgevonden tijdens de verdachte periode (zie hierover *infra*, randnummer 481 voor wat betreft artikel XX.111, 2° en 3° WER (het gaat hier om de handelingen onder 3°, 4° en 5° in dat randnummer) en randnummer 482 voor wat betreft artikel XX.112 WER).

²⁸⁶ Artikel XX.62, §2 lid 2 WER

²⁸⁷ Artikel XX.65, § 3 en 5 WER.

6.6. COLLECTIEF AKKOORD

449. De tweede doelstelling om een procedure van gerechtelijke reorganisatie te openen bestaat in het bereiken van een collectief akkoord, dat alle schuldeisers in de opschorting bindt²⁸⁸, mits het wordt goedgekeurd door de meerderheid van hen, die met hun schuldvorderingen de helft van alle in hoofdsom verschuldigde bedragen vertegenwoordigen.²⁸⁹ Met de schuldeisers die niet aan de stemming deelnamen en met hun schuldvorderingen wordt geen rekening gehouden bij het berekenen van de meerderheden. Er gelden dus twee cumulatieve drempels: (i) de numerieke meerderheid van schuldeisers en (ii) de helft (in termen van bedragen) van de schuldvorderingen in hoofdsom.

Wanneer het reorganisatieplan is gehomologeerd door de rechtbank, is het bindend voor wat betreft alle schuldvorderingen in de opschorting. Schuldvorderingen die ontstaan tijdens of na de opschorting vallen niet onder de modaliteiten van het reorganisatieplan.

450. Gelet op de potentieel verstrekkende gevolgen voor schuldeisers, zoals hierna zal blijken, is het collectief akkoord gedetailleerder geregeld dan het minnelijk akkoord.

451. Het reorganisatieplan waarover een akkoord dient te worden gevonden bepaalt de rechten van schuldeisers (waaronder bijvoorbeeld afbetalingstermijnen). Het kan voorzien in vermindering of kwijtschelding van schulden (tot op bepaalde hoogte, zie *infra*, nr. 452), omzetting van schulden in aandelen, alsook in een verschillende behandeling van schuldeisers volgens de categorieën van schuldvorderingen, hun omvang en hun aard.²⁹⁰ De wetgever erkent expliciet dat een gedifferentieerde behandeling gewettigd kan zijn in een toestand van economische moeilijkheden.²⁹¹ De omzetting in aandelen kan nuttig zijn in geval een succesvolle doorstart wordt gemaakt en de voormalige schuldeiser nadien als aandeelhouder de vruchten kan plukken van het succes van de onderneming. Immers, indien schulden zouden worden kwijtgescholden en dit nadien leidt tot een succesvol verder bestaan van de onderneming, blijft de betrokken schuldeiser met lege handen achter, en profiteren alleen de aandeelhouders (die tijdens de gerechtelijke reorganisatie geen toegevingen dienden te doen) van toekomstig succes.

452. Voor wat betreft de verschillende behandeling van schuldeisers gelden er enkele bijzondere regels. Zo dient het plan voor elke schuldeiser een terugbetaling te voorzien van minimum 20% van de hoofdsom van diens schuldvordering.²⁹² Verder worden ook overheidsschuldeisers (fiscus en RSZ) beschermd.²⁹³ Zij mogen niet slechter worden behandeld dan de best behandelde schuldeisers. De praktijk leerde immers dat het reorganisatieplan de fiscus en de RSZ vaak minder gunstig behandelde dan de best behandelde gewone schuldeisers. Het plan kan voor de hierboven vermelde schuldeisers of categorieën van schuldeisers, lagere percentages voorstellen op basis van dwingende en met redenen omklede vereisten die verband houden met de continuïteit van de onderneming.²⁹⁴

²⁸⁸ Artikel XX.82, lid 1 WER.

²⁸⁹ Artikel XX.78, lid 2 WER.

²⁹⁰ Artikel XX.72, lid 1 WER.

²⁹¹ Zo zal een hoofdleverancier desgevallend beter behandeld worden dan een familielid dat geld heeft voorgesloten (MvT Wet 11 augustus 2017, Parl. St. Kamer 2016-2017, nr. 2407/001, 73).

²⁹² Artikel XX.73, lid 1 WER.

²⁹³ Artikel XX.73, lid 2 WER.

²⁹⁴ Artikel XX.73, lid 3 WER.

453. Loonvorderingen (m.u.v. fiscale of sociale bijdragen of schulden) kunnen niet worden verminderd.²⁹⁵ Deze bepaling strekt ertoe om de belangen van werknemers te verzekeren, aangezien werknemers vaak werden ontslaan zodat alle (opzeg)vergoedingen als gevolg daarvan als “schuldvorderingen in de opschorting” kwalificeerden, die vervolgens in het plan konden worden herleid. Ook strafrechtelijke boeten, onderhoudsvorderingen of schulden die voor de schuldenaar voortvloeien uit de verplichting tot herstel van de door zijn schuld veroorzaakte schade die verbonden is aan het overlijden of aan de aantasting van de lichamelijke integriteit van een persoon, kunnen niet worden verminderd.²⁹⁶

454. Het differentiëren in de behandeling van schuldeisers biedt de mogelijkheid om de inspanningen op een redelijke wijze te spreiden over verschillende categorieën van schuldeisers en om zo veel mogelijk schuldeisers over de streep te trekken. Deze differentiatie dient wel te gebeuren op basis van een redelijke verantwoording, moet functioneel zijn en mag niet disproportioneel of willekeurig zijn. Hoewel het beginsel van gelijkheid van schuldeisers (“*paritas creditorum*”) niet geldt in het kader van een gerechtelijke reorganisatie met het oog op het bereiken van een collectief akkoord, geldt wel de verplichting van een “faire” behandeling van schuldeisers.

De rechter behoudt hierover een marginaal toetsingsrecht en kan weigeren om het plan te homologeren indien het meerderheidsbesluit kennelijk onredelijk is. In het algemeen kan de rechtbank weigeren om het plan te homologeren in geval van niet-naleving van de pleegvormen die door deze wet worden opgelegd of wegens schending van de openbare orde (waarvan de bescherming van de individuele schuldeiser tegen een onredelijke meerderheidsbeslissing een voorbeeld is).

455. De separatisten en de schuldeiser-eigenaars (de verkopers onder eigendomsvoorbehoud) blijven in beginsel buiten het plan. Aan hun rechten kan dus niet worden geraakt, noch kunnen hun vorderingen worden verminderd.²⁹⁷ Het reorganisatieplan kan echter wel voorzien dat de rechten van deze schuldeisers worden opgeschort gedurende een periode van maximaal 24 maanden²⁹⁸, weliswaar onverminderd de betaling van de interest die conventioneel of wettelijk op hun schuldvorderingen verschuldigd is.

456. De maximale uitvoeringstermijn van het reorganisatieplan is vijf jaar.²⁹⁹

457. Indien, volgend op de opschorting, alsnog een faillissement zou plaatsvinden, dan kunnen de handelingen ter uitvoering van het plan niet worden gekwalificeerd als “niet-tegenstelbare” handelingen onder artikel XX.111, 2° mochten zulke handelingen hebben plaatsgevonden tijdens de verdachte periode (zie hierover *infra*, randnummer 481 (het gaat hier om de handelingen onder 3° en 4° in dat randnummer)).³⁰⁰

6.7. OVERDRACHT ONDER GERECHTELIJK GEZAG

458. De derde en laatste doelstelling die kan worden beoogd in het kader van een gerechtelijke reorganisatie betreft de overdracht van het geheel of van een deel van de onderneming of haar activiteiten onder gerechtelijk gezag. Daarbij wordt het onderscheid gemaakt tussen de vrijwillige overdracht en de gedwongen overdracht. In beginsel zal de overdracht onder gerechtelijk gezag worden gevraagd door de

²⁹⁵ Artikel XX.73, lid 4 WER.

²⁹⁶ Artikel XX.73, lid 4 WER.

²⁹⁷ Artikel XX.74, laatste lid WER.

²⁹⁸ Artikel XX.74, lid 1 WER; deze termijn kan onder bepaalde voorwaarden nog met 12 maanden worden verlengd (artikel XX.74, lid 2 WER).

²⁹⁹ Artikel XX.76 WER.

³⁰⁰ Artikel XX.82, lid 5 WER.

schuldenaar in diens verzoekschrift. De overdracht onder gerechtelijk gezag kan in bepaalde gevallen³⁰¹ evenwel ook worden gevorderd op dagvaarding door het openbaar ministerie, schuldeisers of eenieder die eenieder die belang heeft om het geheel of een gedeelte van de onderneming te verwerven (zie ook *supra* nr. 424).³⁰² De *rationale* hiervan houdt in dat een schuldenaar uit eigenbelang eerder zal aansturen op een herstelplan, hoe gering de kansen daarvan ook zijn, aangezien de overdracht onvermijdelijk tot gevolg heeft dat hij nadien niet meer aan het roer van de onderneming zal staan.

459. De procedure van overdracht onder gerechtelijk gezag houdt een daadwerkelijke vereffening in. Daarom zijn de concepten van samenloop en gelijkheid van schuldeisers (*paritas creditorum* beginsel) hier wel aan de orde (in tegenstelling tot wat geldt bij het collectief akkoord, zie *supra* nr. 454).

460. De doelstelling van de overdracht houdt in om de activa te gelde te maken en daarvan de schuldeisers te betalen. De persoon die hierbij een belangrijke rol speelt, is de gerechtsmandataris, hetgeen belangrijke gevolgen heeft voor de schuldenaar, die principieel aan het hoofd van de onderneming blijft staan (zie *supra* nr. 431). In de rechtsleer wordt voorgehouden dat de bestuursbevoegdheid van de schuldenaar een “fiduciair karakter” verkrijgt in functie van de nakende overdracht, wat wil zeggen dat de schuldenaar enkel nog die handelingen mag stellen die de overdracht niet zouden bemoeilijken of verhinderen. Voor alles wat de overdracht van de onderneming aanbelangt, is de schuldenaar onderworpen aan het bewind van de gerechtsmandataris. De gerechtsmandataris kan bijgevolg alle handelingen stellen die nodig zijn om de overdracht te realiseren.

De door de rechtbank aangewezen gerechtsmandataris organiseert en verricht de door de rechtbank bevolen overdracht, door de verkoop of de overdracht van de voor het behoud van het geheel of een gedeelte van de economische activiteit van de onderneming noodzakelijke of nuttige roerende of onroerende activa.³⁰³ Hij zoekt en wint offertes in en waakt bij voorrang over het behoud van het geheel of een gedeelte van de activiteit van de onderneming, rekening houdend met de rechten van de schuldeisers. Indien er verscheidene vergelijkbare offertes zijn, geeft de mandataris de voorkeur aan de offerte die het behoud van de werkgelegenheid garandeert door een sociaal akkoord.³⁰⁴ Verder kunnen lopende overeenkomsten mee worden overgedragen, zonder dat dit de toestemming van de betrokken medecontractant vereist, tenzij het gaat om overeenkomsten die *intuitu personae* werden gesloten.³⁰⁵ De wetgever oordeelde dat lopende overeenkomsten een belangrijk bestanddeel vormen van vele ondernemingen, die desgevallend mee moeten kunnen worden overgedragen zonder dat dit de toestemming vereist van de medecontractant (en daarbij afwijkt van de algemene regel in het verbintenissenrecht).³⁰⁶

461. Bij het bepalen van de prijs van de activa die zouden worden verkocht of overgedragen wordt in een onderdrempel voorzien, namelijk de vermoedelijke waarde van gedwongen tegeldemaking in geval

³⁰¹ Met name:

- 1° wanneer de schuldenaar zich in staat van faillissement bevindt zonder een procedure van gerechtelijke reorganisatie te hebben aangevraagd;
- 2° wanneer de rechtbank de vordering tot het openen van de procedure verwerpt, er de vroegtijdige beëindiging van beveelt met toepassing van artikel XX.62 of het reorganisatieplan intrekt;
- 3° wanneer de schuldeisers het reorganisatieplan niet goedkeuren met toepassing van artikel XX.78;
- 4° wanneer de rechtbank de homologatie van het reorganisatieplan weigert met toepassing van artikel XX.79.

³⁰² Artikel XX.84, § 2 WER.

³⁰³ Artikel XX.87, § 1, lid 1 WER.

³⁰⁴ Artikel XX.87, § 1, lid 3 WER.

³⁰⁵ Artikel XX.87, § 3 WER.

³⁰⁶ MvT Wet 11 augustus 2017, Parl. St. Kamer 2016-2017, nr. 2407/001, 78.

van faillissement of vereffening.³⁰⁷ Deze vereiste strekt ertoe om de belangen van schuldeisers te beschermen aangezien activa niet zelden aan een symbolische prijs van de hand werden gedaan en de betrokken schuldeisers met bijna lege handen achterbleven.

462. Wanneer de schuldenaar een natuurlijke persoon is, kan hij door de rechtbank kwijtschelding verkrijgen van de restschulden, zonder nadeel aan de zakelijke zekerheden gesteld door de schuldenaar of derden. Dit is een erg vergelijkbaar systeem als de kwijtschelding van de restschulden van de gefailleerde in het kader van een faillissement (zie *infra*, nr. 490 e.v.). Indien de schuldenaar de kwijtschelding bekomt, kan hij niet meer worden vervolgd door zijn schuldeisers voor de schulden die onbetaald zouden blijven na de overdracht onder gerechtelijk gezag. De kwijtschelding heeft geen gevolgen voor enige onderhoudsschulden of schulden die voortvloeien uit de verplichting tot herstel van de schade verbonden aan het overlijden of aan de aantasting van de lichamelijke integriteit van een persoon waaraan de schuldenaar schuld heeft.³⁰⁸ De schuldenaar wordt met andere woorden niet bevrijd voor dergelijke schulden.

Deze kwijtschelding strekt zich uit tot de echtgenoot, gewezen echtgenoot, wettelijk samenwonende partner of gewezen wettelijk samenwonende partner van de schuldenaar, die samen verbonden is voor de schuld van de schuldenaar.³⁰⁹ De kwijtschelding in hoofde van de echtgenoot, ex-echtgenoot, wettelijk samenwonende of gewezen wettelijk samenwonende heeft echter geen gevolgen voor hun persoonlijke of gemeenschappelijke schulden die voortvloeien uit een door hen gesloten overeenkomst, ongeacht of die schulden alleen of samen met de schuldenaar werden aangegaan, en die vreemd zijn aan de beroepsactiviteit van de schuldenaar.³¹⁰

De kwijtschelding strekt zich niet uit tot de medeschuldenaars en de stellers van persoonlijke zekerheden (bijv. een borg).³¹¹ In het verlengde van wat reeds werd besproken onder randnummer 428, zal de kosteloze borg echter wel kwijtschelding genieten indien zijn aanvraag bedoeld in randnummer 428 werd ingewilligd.³¹²

³⁰⁷ Artikel XX.87, § 1, lid 3, in fine WER.

³⁰⁸ Artikel XX.96, § 1, lid 2 WER.

³⁰⁹ Ook hier geldt dat de verklaring van wettelijke samenwoning minstens zes maanden vóór de opening van de procedure tot gerechtelijke reorganisatie dient te zijn afgelegd.

³¹⁰ Artikel XX.96, § 2, lid 3 WER.

³¹¹ Artikel XX.96, § 3 WER.

³¹² Artikel XX.96, § 4, juncto artikel XX.54, § 3 WER.

7. FAILLISSEMENT

7.1. ALGEMEEN

463. De faillissementsprocedure strekt ertoe het vermogen van de schuldenaar wiens situatie uitzichtloos is geworden, onder bevoegdheid van een curator te plaatsen die belast is het vermogen van de gefailleerde te beheren en te vereffenen en de opbrengst ervan te verdelen onder de schuldeisers.³¹³ Daarbij wordt gestreefd naar een evenwichtige benadering van de belangen van zowel de gefailleerde, de schuldeisers, werknemers en de economie in haar geheel.

7.2 DEFINITIE

464. Het faillissement kan worden omschreven als een collectief beslag op het hele vermogen van de schuldenaar ten voordele van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar, met het oog op de betaling van de schulden op voet van gelijkheid van de schuldeisers. Hier geldt dus, net zoals bij de overdracht onder gerechtelijk gezag, het beginsel van gelijkheid tussen schuldeisers (*paritas creditorum*).

Artikel XX.99 WER bepaalt het volgende: “De schuldenaar die op duurzame wijze heeft opgehouden te betalen en van wie het krediet geschokt is, bevindt zich in staat van faillissement.”

Om te bepalen of een “schuldenaar” zich in staat van faillissement bevindt, dient bijgevolg aan twee voorwaarden te zijn voldaan: (i) hij moet opgehouden zijn te betalen en (ii) zijn krediet dient geschokt te zijn. Daarnaast dient steeds rekening te worden gehouden met het personeel toepassingsgebied van Boek XX van het Wetboek van economisch recht. Deze voorwaarden worden hierna besproken.

i. DE SCHULDENAAR MOET “ONDERNEMING” ZIJN

465. Schuldenaars die geen onderneming zijn, kunnen niet failliet worden verklaard, waardoor de het gemeen recht toepassing zal blijven vinden indien zij hun schuldeisers niet meer kunnen terugbetalen. Voor wat betreft de definitie van het begrip onderneming wordt verwezen naar randnummer 410. Dit betekent onder meer dat natuurlijke personen die geen onderneming zijn (bijv. werknemers die verder geen enkele zelfstandige activiteit ontplooiën) niet failliet kunnen worden verklaard.³¹⁴

Degene die als natuurlijke persoon geen economische activiteit meer uitoefent kan failliet worden verklaard indien hij heeft opgehouden te betalen toen hij die activiteit nog uitoefende.³¹⁵ De natuurlijke persoon die overleden is nadat hij op duurzame wijze had opgehouden te betalen en wiens krediet geschokt was kan failliet verklaard worden tot zes maanden na zijn overlijden.³¹⁶ De ontbonden rechtspersoon kan failliet worden verklaard tot zes maanden na het sluiten van de vereffening.³¹⁷

ii. DE ONDERNEMING MOET OP DUURZAME WIJZE HEBBEN OPGEHOUDEN TE BETALEN

466. Dit impliceert dat de schuldenaar zich in de onmogelijkheid moet bevinden om zijn verbintenissen na te komen. Het is evenwel niet vereist dat de totaliteit van zijn schulden niet meer kan worden betaald. De niet-betaling van de voornaamste schulden kan aanleiding geven tot de staat van faillissement. Dit is

³¹³ Artikel XX.98 WER.

³¹⁴ Voor dergelijke natuurlijke personen voorziet het Gerechtelijk Wetboek echter wel in een alternatieve insolventieprocedure, nl. de collectieve schuldenregeling.

³¹⁵ Artikel XX.99, lid 2 WER.

³¹⁶ Artikel XX.99, lid 3 WER.

³¹⁷ Artikel XX.99, lid 4 WER.

een feitelijke toestand en wordt beoordeeld door de rechtbank. Een tijdelijk liquiditeitstekort volstaat niet voor deze doeleinden, maar moet in tegendeel een duurzaam karakter hebben. Verder wordt ook onderzocht of de onderneming nog rendabel is. Wanneer dit het geval is, maar de onderneming slechts tijdelijk een liquiditeitstekort heeft, zal dit het faillissement beletten.

iii. HET KREDIET VAN DE ONDERNEMING MOET GESCHOKT ZIJN

467. Deze voorwaarde impliceert dat schuldeisers, leveranciers of geldschieters weigeren om nog verder krediet te verlenen. Bovendien mag men zelf geen krediet onrechtmatig toe-eigenen door niet-betaling van RSZ of BTW. De voorwaarde inzake geschokt krediet kan eigenlijk in verband worden gebracht met de tweede voorwaarde hierboven, aangezien men in de regel niet zal worden geacht te hebben opgehouden met betalen indien nog voldoende krediet wordt verleend.

7.3 OPENING VAN HET FAILLISSEMENT

468. Het faillissement van een onderneming kan *grosso modo* op drie manieren worden bekomen³¹⁸:

i. OP AANGIFTE VAN DE SCHULDENAAR ZELF (D.I. AANGIFTE OP BEKENTENIS)

Op een onderneming rust de verplichting om binnen een maand nadat hij heeft opgehouden te betalen daarvan aangifte te doen op de griffie van de insolventierechtbank³¹⁹ van haar woonplaats (of de maatschappelijke zetel ingeval het om een rechtspersoon gaat). Daarbij voegt de onderneming haar boekhouding, het personeelsregister, een lijst van klanten en leveranciers en een lijst van eventuele kosteloze borgen^{320, 321}

ii. OP DAGVAARDING VAN EEN SCHULDEISER

Elke schuldeiser kan een onderneming dagvaarden in faillissement indien hij van oordeel is dat de voorwaarden daartoe zijn voltrokken. Een schuldeiser dient daarbij geen bijzonder belang aan te tonen, evenmin dat een faillissement hem meer zou opleveren dan een andere wijze van invordering van zijn schuld. Dit neemt niet weg dat er sprake kan zijn van rechtsmisbruik indien de faillissementsvordering louter wordt ingesteld met het oog op het berokkenen van schade in hoofde van de schuldenaar. In dat geval zal de vordering alsnog worden verworpen.

iii. OP DAGVAARDING VAN HET OPENBAAR MINISTERIE

Wanneer uit onderzoeken van de kamers voor ondernemingen in moeilijkheden (zie *supra*, nrs. 411 e.v.) blijkt dat een onderneming zich in staat van faillissement bevindt, kan het openbaar ministerie de betrokken onderneming dagvaarden in faillissement.

469. Het vonnis van faillietverklaring regelt verschillende zaken³²²:

- de verklaring dat de schuldenaar zich in staat van faillissement bevindt;
- de aanstelling van één of meer curator(en);
- de benoeming van een rechter-commissaris;

³¹⁸ Artikel XX.100 WER.

³¹⁹ Dit is de ondernemingsrechtbank die territoriaal bevoegd is om de insolventieprocedure te openen.

³²⁰ Zie *supra*, nr. 249 voor de betekenis van dit begrip.

³²¹ Artikel XX.103 WER.

³²² Artikel XX.104 en 105 WER.

- de bepaling van de termijn waarbinnen schuldeisers aangifte van hun schuldvordering moeten doen;
- de aanwijzing van dag en uur voor het afsluiten van het proces-verbaal van “verificatie van de schuldvorderingen”;
- de bepaling van de datum van het ophouden van betalen. In principe is dit het tijdstip van het vonnis van faillietverklaring, maar kan tot zes maanden terug in de tijd worden geplaatst. De periode tussen deze datum en de datum van het faillissement heet de “verdachte periode” (zie *infra*, nr. 480). Deze datum kan in een later vonnis nog gewijzigd worden.

Een uittreksel van dit vonnis wordt bekend gemaakt in het Belgisch Staatsblad.³²³

7.4 GEVOLGEN VAN HET FAILLISSEMENT

7.4.1. SAMENLOOP VAN SCHULDEISERS EN “PARITAS CREDITORUM”-BEGINSEL

470. De algemene regel bij het invorderen van schulden houdt in dat “degene die eerst komt, het eerst maalt”. Wanneer echter verschillende schuldeisers zich aanbieden bij de schuldenaar en hem vragen om betaling van zijn (opeisbare) betalingsverbintenissen, en de schuldenaar niet alle betalingsverbintenissen ten aanzien van deze schuldeisers kan nakomen, ontstaat een situatie van samenloop. Eens de samenloop van schuldeisers een feit is, maakt het principe van “eerst komt, het eerst maalt” plaats voor het het *paritas creditorum*-beginsel, wat tot gevolg heeft dat alle schuldeisers in beginsel op gelijke voet zullen worden behandeld ongeacht welke schuldeiser zich eerst aanbiedt, behoudens indien schuldeisers over zekerheden of voorrechten beschikken (bijv. hypothecaire of pandhoudende schuldeisers).³²⁴ Schuldeisers zullen vanaf dat ogenblik het recht verliezen om nog individueel middelen tot tenuitvoerlegging instellen (bijv. uitwinning van een pand of hypotheek). Na de bevoorrechte schuldeisers te hebben uitbetaald, zal het resterend deel verdeeld worden onder de chirografaire³²⁵ schuldeisers op basis van een zgn. “pondspondsgewijze verdeling”, wat inhoudt dat de resterende activa verdeeld zullen worden naar evenredigheid van ieders aandeel in het passief. Bij een pondspondsgewijze verdeling zal dus elke chirografaire schuldeiser volgens zijn aandeel in de totale schuld betaald worden.

Voorbeeld: Omwille van didactische redenen gaan we ervan uit dat er geen bevoorrechte schuldeisers zijn, maar enkel chirografaire schuldeisers. In een geval van samenloop bij een tweedehandswagenverkoper Otto Jean bedraagt het totaal passief 1 miljoen euro dat de schuldvorderingen vertegenwoordigt van drie schuldeisers: Piet, Aisha en Abdel. Piet heeft in hoofdsom een schuldvordering van 300.000 euro, Aisha heeft in hoofdsom een schuldvordering van 100.000 euro en Abdel heeft in hoofdsom een schuldvordering van 600.000 euro. Elk heeft dus een respectievelijk aandeel van 3/10^e, 1/10^e en 6/10^e in het passief. Het totaal te verdelen actief van Otto Jean bedraagt 700.000 euro. Op basis van de pondspondsgewijze verdeling zullen Piet, Aisha en Abdel elk respectievelijk 210.000 euro, 70.000 euro en 420.000 euro krijgen.

471. Het faillissement is het voorbeeld bij uitstek van een dergelijke samenloop, zoals blijkt uit de eerder besproken definitie van het faillissement (m.n. men is opgehouden te betalen en krijgt geen betalingsuitstel meer). Het feit dat vanaf het faillissementsvonnis alle schuldeisers op gelijke voet moeten worden

³²³ Artikel XX.107 WER.

³²⁴ De realiteit is echter dat er dusdanig veel zekerheden en voorrechten bestaan (en dat banken daarvan ook maximaal gebruik maken in het kader van kredietverlening) zodat er in de meeste gevallen niet veel meer te verdelen valt onder de “gewone” schuldeisers (ook wel “chirografaire schuldeisers” genoemd).

³²⁵ Zie voor de betekenis van dit begrip voetnoot 324 hierboven.

behandeld, noopt ertoe om de verhoudingen tussen de schuldeisers definitief vast te leggen. Aangezien het faillissementsvonnis uitwerking heeft op datum van het faillissement om 0 uur, zal moeten worden gekeken naar de toestand van de balans op dit ogenblik. Dit wordt ook het “fixatiebeginsel” genoemd.

7.4.2. VORMING VAN EEN BOEDEL

7.4.2.1. ALGEMEEN

472. Het faillissement heeft voorts de vorming van een “boedel” tot gevolg. In deze boedel zit het volledig vermogen (m.n. de activa en de schulden) van de gefailleerde zoals dit bestond op datum van het faillissement om 0 uur. De schulden die in de boedel zitten, worden “schulden *in* de boedel” genoemd en de schuldeisers die in samenloop zijn, worden schuldeisers *in* de boedel genoemd. In de boedel zitten eveneens activa (niet de schulden!) die de gefailleerde tijdens de faillissementsprocedure nog zou verwerven, met uitzondering van de activa die verkregen zijn uit een oorzaak die zich na het faillissement manifesteert.³²⁶ Het beheer van de boedel wordt waargenomen door een (of meerdere) curator(en) die in het faillissementsvonnis worden aangeduid. De taak van de curator bestaat erin om de boedel te beheren en te vereffenen (zie *infra*, nr. 474).

De schulden die de gefailleerde (in opdracht van de curator) tijdens de faillissementsprocedure nog zou maken, worden “schulden *van* de boedel” (ook wel “boedelschulden”) genoemd. Dergelijke schulden hebben onder meer betrekking op de erelonen van de curator, bepaalde kosten die nog moeten worden gemaakt voor lopende overeenkomsten, enz. De betrokken schuldeisers worden “schuldeisers *van* de boedel” of “boedelschuldeisers” genoemd. Voor alle duidelijkheid merken we nog op dat één en dezelfde schuldeiser zowel schuldeiser *in* de boedel kan zijn, als boedelschuldeiser kan zijn, afhankelijk van welke schuldvorderingen worden beoogd. Zo zal de verhuurder van een bedrijfsgebouw schuldeiser *in* de boedel zijn voor wat betreft de vóór de datum van het faillissement vervallen maar niet betaalde huurgelden en zal hij boedelschuldeiser zijn voor wat betreft huurgelden die opeisbaar worden vanaf de datum van het faillissementsvonnis.

Het onderscheid tussen schulden *in* de boedel en boedelschulden (of schulden *van* de boedel) is van essentieel belang, aangezien boedelschulden steeds voorrang hebben boven de schulden *in* de boedel (ongeacht of deze schulden *in* de boedel gedekt zijn met een zekerheid of aanleiding geven tot een voorrecht). De reden daarvan is duidelijk: het vermijden van samenloop tussen schuldeisers *in* de boedel en schuldeisers *van* de boedel. Mocht een boedelschuldeiser in samenloop kunnen komen met een schuldeiser *in* de boedel, zal hij wellicht nooit bereid worden gevonden om prestaties te leveren voor de gefailleerde, aangezien zijn schuldvordering in die hypothese mee in de boedel zou komen, waardoor de kans op (volledige) betaling zeer klein zal zijn. Mocht een curator bijvoorbeeld in samenloop kunnen komen met de schuldeisers *in* de boedel, zal de kans miniem zijn dat het volledig bedrag aan erelonen uiteindelijk zal worden betaald en zal hij wellicht niet bereid worden gevonden om enige prestaties te leveren. Vandaar dat de boedelschuldeisers altijd eerst zullen worden betaald vóór enige schuldeiser *in* de boedel.

³²⁶ Zo maken bijvoorbeeld opbrengsten van arbeidsprestaties geleverd na opening van het faillissement of erfenissen verkregen ingevolge een overlijden dat na het openen gebeurt of giften, geen deel uit van de boedel aangezien deze inkomsten geen oorzaak hebben die bestond vóór het faillissement.

7.4.2.2. SAMENSTELLING VAN ACTIEF EN PASSIEF

ACTIEF	PASSIEF
<ul style="list-style-type: none"> – Alle goederen van de gefailleerde die hij heeft op het ogenblik van het faillissement – Alle goederen die hij tijdens de faillissementsprocedure verwerft op grond van een oorzaak die het faillissement voorafgaat – “Terugkerende” goederen t.g.v. niet-tengerwerpelijkhed (zie <i>infra</i>, nrs. 480 e.v.) – Niet: <ul style="list-style-type: none"> • in pand gegeven goederen • met hypotheek bezwaarde goederen telkens tot bedrag gewaarborgde SV • goederen die niet vatbaar zijn voor beslag (bijv. loon tot een bepaalde drempel) 	<ul style="list-style-type: none"> – Schulden <i>in</i> de boedel: <ul style="list-style-type: none"> • Schulden jegens niet-bevoorrechte SEs • Schulden jegens SEs met een algemeen voorrecht • Bevoorrechte SV met waarde hoger dan in zekerheid gegeven voorwerp – Schulden <i>van</i> de boedel (boedelschulden): <ul style="list-style-type: none"> • Schulden m.bt. beheer van de boedel (huurgelden, ereloon curator, verzekeringspremies, ...)

7.4.3. DE GEFAILLEERDE VERLIEST DE BESTUURSBEVOEGDHEID OVER ZIJN VERMOGEN

473. Als gevolg van het faillissementsvonnis verliest de gefailleerde het beheer over zijn vermogen.³²⁷ Dit wordt de “buitenbezitstelling” genoemd. De gefailleerde blijft weliswaar eigenaar van zijn vermogen, maar zijn eigendomsrecht is bezwaard door het collectief beslagrecht van de schuldeisers. De gefailleerde verliest hierdoor het recht op beschikking³²⁸ en beheer van zijn vermogen vanaf de dag van de faillietverklaring (vanaf 0 uur) voor de duur van de faillissementsvereffening. Dit betekent dat de gefailleerde geen enkele betaling meer mag uitvoeren van facturen (of andere schulden) of een goed uit de “boedel” nog mag bezwaren, verkopen of meer algemeen, vervreemden. Elke daad die de gefailleerde in strijd hiermee zou stellen, wordt niet tegenwerpelijk geacht aan de boedel. Dit betekent dat voor wat de boedel betreft, deze handeling wordt geacht nooit te hebben plaatsgehad. Het feit dat het faillissementsvonnis uitwerking heeft op het nulde uur van de dag van het vonnis, betekent ook dat eventuele daden van beschikking, gesteld vóór het faillissementsvonnis (maar op dezelfde dag), evenmin tegenwerpelijk zullen zijn aan de boedel.

Voorbeeld: In de boedel van Otto Jean zit als actief-bestanddeel onder meer een peperdure Ferrari die Otto Jean wil onttrekken aan zijn schuldeisers. Op de dag waarop om 9u30 het vonnis inzake het dreigend faillissement door de ondernemingsrechtbank zal worden uitgesproken, schenkt hij om 8u de wagen nog vlug aan zijn oudste zoon. In het vonnis dat om 9u30 werd geveld, wordt Otto Jean zoals verwacht failliet verklaard. Vanaf dit moment verliest hij de beschikkings- en beheersbevoegdheid over zijn vermogen. Omwille van de “nul-uurregel” wordt het verlies van de beschikkings- en beheersbevoegdheid van kracht vanaf 0 uur die dag en zal de schenking van de Ferrari voor de boedel bijgevolg worden geacht nooit te hebben plaatsgehad. De Ferrari zal dus,

³²⁷ Artikel XX.110 WER.

³²⁸ Hiermee wordt bedoeld: verkopen, bezwaren met een zekerheid (bijv. verpanden), overdragen om niet (bijv. schenken), enz.

niettegenstaande de eerdere schenking, toch nog deel uitmaken van de boedel. De curator zal de wagen dus *revindiceren*³²⁹ bij de oudste zoon van Otto Jean en de oudste zoon zal met lege handen achterblijven.

7.4.4. AANSTELLING VAN EEN CURATOR

474. Zoals eerder aangegeven, zullen in het faillissementsvonnis één of meerdere curator(en) worden aangeduid. De curator wordt gekozen uit een lijst met advocaten die wordt opgesteld door de ondernemingsrechtbank.³³⁰ De curator kan zich eventueel laten bijstaan door bedrijfsrevisoren, accountants of andere deskundigen. Om op dergelijke lijst te kunnen worden opgenomen, moet de curator (i) kunnen aantonen dat hij een bijzondere opleiding heeft genoten en (ii) garanties bieden inzake bekwaamheid en betrouwbaarheid op het gebied van vereffeningprocedures.

475. De curator wordt belast met het beheer, de wedersamenstelling, de vereffening van de boedel en met de verdeling van de opbrengst. Vanaf de aanvaarding van zijn opdracht, zal hij een boedelbeschrijving opstellen van de goederen van de gefailleerde. De curator moet in het belang van alle schuldeisers handelen en indien nodig alle noodzakelijke maatregelen treffen ter vrijwaring van de rechten van de schuldeisers: verjaringen stuiten³³¹, beslag leggen onder derden voor schuldvorderingen die de gefailleerde nog heeft op anderen, verzekeringen afsluiten, enz. De curator zal de rechten uitoefenen die gemeen zijn aan alle schuldeisers en niet de rechten van ieder van hen.

De curator zal dus ook alle schuldvorderingen die aan de gefailleerde verschuldigd zijn, opsporen en innen.³³²

476. De curator dient het faillissement te beheren als een goede huisvader en is persoonlijk aansprakelijk jegens de gefailleerde en jegens de schuldeisers voor fouten of nalatigheden in zijn beheer³³³. Indien nodig kan de rechtbank zijn afzetting of vervanging bevelen.³³⁴

477. Voor sommige handelingen zal de curator de toelating nodig hebben van de ondernemingsrechtbank. Dit is bijvoorbeeld het geval voor het verderzetten van de activiteiten van de gefailleerde, een verkoop van een onroerend goed³³⁵ of het aangaan van bepaalde dadingen³³⁶.

Indien de gefailleerde bezwaren zou hebben tegen het beheer van de curator, dient hij zich te wenden tot de rechter-commissaris of tot de ondernemingsrechtbank.

7.4.5. AANSTELLING VAN EEN RECHTER-COMMISSARIS

478. Zoals in randnummer 469 reeds aangegeven, zal het faillissementsvonnis eveneens voorzien in de aanstelling van een rechter-commissaris die ermee wordt belast om toezicht te houden op het beheer

³²⁹ Zie voor de betekenis van dit begrip, *supra*, voetnoot 258.

³³⁰ Artikel XX.122, § 1 WER.

³³¹ De verjaring stuiten betekent dat een handeling wordt gesteld waardoor de verjaringstermijn opnieuw begint te lopen. De meest voorkomende handeling die een lopende verjaring kan stuiten is het uitbrengen van een dagvaarding of het aangetekend schrijven door een advocaat. Dit is niet hetzelfde als de "schorsing" van de verjaringstermijn, aangezien dit tot gevolg heeft dat een lopende verjaringstermijn ten gevolge van een bepaalde handeling stopt met lopen, om nadien gewoon terug te hervatten eens de schorsingsgrond is uitgewerkt.

³³² Artikel XX.144 WER.

³³³ Artikel XX.132, lid 2 en XX.150 WER.

³³⁴ Artikel XX.126, *juncto* artikel XX.20 WER.

³³⁵ Artikel XX.193 WER.

³³⁶ Artikel XX.151 WER.

en op de vereffening van het faillissement en de verrichtingen ervan te bespoedigen, in het bijzonder de afwikkeling van de schuldvorderingen van de werknemers van de gefailleerde. Voor sommige handelingen zal de curator ook de toestemming nodig hebben van de rechter-commissaris. Dit is bijvoorbeeld het geval voor (i) het toekennen van levensonderhoud aan de gefailleerde (natuurlijke persoon) en aan zijn gezin, (ii) verkoping van activa die onderhevig zijn aan spoedig bederf, snelle waardevermindering of wanneer de kosten voor het bewaren van goederen te hoog zijn, (iii) het aangaan van dadingen, (iv) verkoping van onroerende goederen van de gefailleerde, enz.

De rechter-commissaris kan ook dringende maatregelen bevelen die noodzakelijk zijn voor het beveiligen en het bewaren van de goederen van de boedel en hij zit de vergaderingen voor van de schuldeisers van de gefailleerde.

De rol van de rechter-commissaris is dus *vergelijkbaar* met de rol van de gedelegeerd rechter in het kader van een gerechtelijke reorganisatie.

7.4.6. VERDACHTE PERIODE EN FAILLISEMENTSPAULIANA

7.4.6.1. ALGEMEEN

479. Zoals besproken, verliest de gefailleerde vanaf het nulde uur van de datum van het faillissementsvonnis de beschikkings- en beheersbevoegdheid over zijn vermogen. Dit heeft tot gevolg dat alle betalingen, verrichtingen en handelingen door de gefailleerde verricht na het nulde uur van de datum van het faillissementsvonnis van rechtswege niet tegenwerpelijk zullen zijn aan de boedel. In randnummer 473 werd reeds een voorbeeld gegeven van een handeling met bedrieglijk inzicht in hoofde van gefailleerde Otto Jean, die het faillissement voelde aankomen. Meestal komt een faillissement niet uit de lucht vallen en voelt men weken, zo niet maanden op voorhand aan dat het faillissement nakend is en kunnen dergelijke (bedrieglijke) handelingen bijgevolg reeds enkele weken vóór het faillissementsvonnis worden verricht. In het voorbeeld ging het om de schenking van een peperdure Ferrari, maar tal van andere mogelijkheden om schuldeisers te benadelen zijn denkbaar: het betalen van bevriende schuldeisers zodat zij niet in samenloop zouden komen met andere schuldeisers eens het faillissement wordt uitgesproken, het verkopen van activa aan bevriende partijen voor een symbolisch bedrag om het na de afwikkeling van het faillissement voor hetzelfde symbolische bedrag terug te kopen, het wegschenken van activa aan familieleden, het betalen van bevriende schuldeisers in natura waarbij het bestanddeel waarmee wordt betaald kennelijk ondergewaardeerd wordt, enz. Elk van deze handelingen heeft tot gevolg dat het totaal van activa waarop de gezamenlijke schuldeisers verhaal hebben, verminderd wordt. Dergelijke handelingen kunnen onder bepaalde voorwaarden eveneens ongedaan gemaakt worden, wat tot voordeel zal strekken van de boedel. Daartoe heeft de wetgever gebruik gemaakt van twee technieken: de “verdachte periode” en de “faillissementspauliana”.

7.4.6.2. VERDACHTE PERIODE

480. De verdachte periode is vast te stellen door de rechtbank en houdt in dat de rechtbank oordeelt dat in de feiten de voorwaarden van het faillissement reeds vervuld waren op een datum van vóór het faillissementsvonnis. De rechtbank kan de datum van staking van betaling tot maximaal zes maanden vóór de datum van het faillissement plaatsen. De periode van de datum van staking van betaling tot de datum van het faillissementsvonnis is de “verdachte periode”. De wetgever heeft bepaald dat bepaalde handelingen van de gefailleerde tijdens deze periode ofwel van rechtswege niet tegenwerpelijk zullen worden geacht aan de boedel (en dus voor wat de boedel betreft, zullen geacht worden niet te hebben

plaatsgehad), ofwel facultatief niet tegenwerpelijk zullen zijn aan de boedel. Voor wat betreft de facultatieve niet tegenwerpelijke zal het aan de rechter toekomen om in de feiten te oordelen of de betrokken handeling nadelig is voor de boedel.

481. De handelingen gesteld tijdens de verdachte periode die een *verplichte* niettegenwerpelijke zullen opleveren worden hierna opgesomd.³³⁷

- 1° Schenkingen of vervreemdingen aan een symbolische prijs. Hieronder valt bijvoorbeeld het schenken van een peperdure Ferrari. Merk op dat het niet moet gaan om dure of exclusieve goederen. Het wegschenken van bijvoorbeeld een GSM valt hier evenzeer onder.
- 2° Overeenkomsten die hetzelfde resultaat hebben als onder 1°, bijvoorbeeld door afstand te doen van de aflossing van een schuld (bijv.: de wagen werd verkocht aan de oudste zoon op afbetaling en Otto Jean verzaakt aan het ontvangen van het (bijv. maandelijks) af te betalen bedrag).
- 3° Betaling van *niet vervallen schulden* in geld, bij overdracht, verkoop of anderszins. Hierbij kan het bijvoorbeeld gaan om een vooruitbetaling van huurgelden.
- 4° Betaling van *vervallen* schulden anders dan in geld of handelspapier. Deze bepaling strekt ertoe om de mogelijke onderwaardering van het goed waarmee werd betaald ongedaan te maken indien bijvoorbeeld werd betaald in natura.
- 5° Het toestaan van zekerheden voor anterieure schulden. Het doel van deze bepaling is duidelijk: het beletten van het snel nog verbeteren van de positie van een (bevriende?) schuldeiser, daarbij anticiperend op het nakende faillissement.

Wanneer de rechtbank vaststelt dat dergelijke handelingen werden verricht, dan zullen deze verplicht niet tegenwerpelijk zijn aan de boedel en zal de derde met wie de gefailleerde heeft gehandeld of die de gefailleerde heeft betaald, de ontvangen gelden of goederen aan de curator terug moeten bezorgen. Bevindt een bepaald goed zich niet meer in het vermogen van deze derde, dan zal de waarde worden bepaald en dient een overeenkomstig geldbedrag te worden overgemaakt.

Merk op dat in het kader van het minnelijk akkoord (zowel het minnelijk akkoord buiten als binnen de gerechtelijke reorganisatie) de gevallen onder 3°, 4° en 5° niet van toepassing zijn en dat in het kader van een collectief akkoord de gevallen onder 3° en 4° niet van toepassing zijn.³³⁸ Betalingen die door de gefailleerde werden verricht in het kader van dergelijke akkoorden tijdens de verdachte periode en die kwalificeren als één van de geïsoleerde handelingen, zullen dus niet “verplicht niet-tegenwerpelijk” kunnen worden verklaard. Verder speelt de verplichte niet-tegenstelbaarheid van de handelingen onder 3° en 4° niet ingeval van vrijwillige betalingen die door een onderneming werden verricht tijdens de opschorting in het kader van een gerechtelijke reorganisatie (zie *supra*, nr. 431).³³⁹

Voor wat betreft het minnelijk akkoord buiten gerechtelijke reorganisatie oordeelde de wetgever dat de omstandigheid dat bij ieder akkoord twee of meerdere schuldeisers zijn betrokken, als een dam tegen fraude fungeert aangezien daardoor de mogelijkheid wordt geboden dat elke schuldeiser, als behoeder

³³⁷ Artikel XX.111 WER.

³³⁸ Artikel XX.37, 65 en 82 WER.

³³⁹ Artikel XX.53 WER.

van de eigen belangen, het risico op onevenwichtig favoritisme ten gunste van de ander zal trachten te voorkomen. Deze uitsluitingen werden nieuw ingevoegd met de Wet van 11 augustus 2017. Het is maar de vraag in welke mate deze *rationale* opgaat indien er bijvoorbeeld slechts enkele schuldeisers betrokken zijn bij het akkoord en de andere schuldeisers onrechtmatig worden benadeeld. Zij zullen zich dus niet kunnen beroepen op de regels van artikelen XX.111, 2° en XX.111, 3° WER. De benadeelde schuldeisers zullen zich bijgevolg, in voorkomend geval, op de faillissementspauliana moeten beroepen, hetgeen de bewijslast voor hen significant verzwaart (zie *infra*, nr.483). Deze bedenking gaat *a fortiori* op voor de vrijwillige betaling die een onderneming zou hebben gedaan tijdens de opschorting in het kader van een gerechtelijke reorganisatie, aangezien bij een dergelijke betaling zelfs geen andere schuldeisers betrokken zijn. Voor de akkoorden in het kader van een gerechtelijke reorganisatie is er een effectieve controle door de rechtbank op het tot stand gekomen akkoord aangezien zij op het akkoord nog een (weliswaar “marginale”) controle uitoefent alvorens zij het akkoord homologeert, maar een dergelijke controle is niet verplichtend voorzien voor de minnelijke akkoorden buiten de procedure van gerechtelijke reorganisatie.

482. De gevallen van *facultatieve* niet-tegenwerpelijke hebben betrekking op alle andere betalingen die door de schuldenaar wegens *vervallen schulden* gedaan, en alle handelingen onder bezwarende titel door hem aangegaan tijdens de verdachte periode, indien de contractspartij van de schuldenaar, kennis had van de staking van betaling.³⁴⁰ Dergelijke handelingen *kunnen* niet- tegenwerpbaar worden verklaart, en hebben dus het facultatief karakter.

De curator dient dus nog te bewijzen dat de schuldeiser aan wie de betaling werd gedaan, op de hoogte was van de staking van betaling. Merk ook op dat het hier (o.m.) gaat om de betaling van *vervallen* schulden in geld of handelspapier, aangezien de betaling (op welke manier ook) van niet-vervallen schulden en de betaling van vervallen schulden anders dan in geld of handelspapier reeds verplicht niet tegenwerpeijk zijn aan de boedel op basis van de bepalingen besproken in randnummer 481 hierboven.

De gevallen van *facultatieve* tegenwerpelijke zijn niet van toepassing indien betalingen werden gedaan in het kader van een minnelijk akkoord (zowel het minnelijk akkoord buiten als binnen de gerechtelijke reorganisatie),²⁸⁰ noch indien de onderneming betalingen heeft gedaan tijdens de opschorting in het kader van een gerechtelijke reorganisatie.³⁴¹ Ook hier kan dezelfde bedenking worden gemaakt zoals hierboven in verband met de verplichte niet-tegenstelbaarheid van bepaalde handelingen verricht tijdens de verdachte periode in het kader van een minnelijk akkoord buiten de gerechtelijke reorganisatie of in het kader van de vrijwillige betaling tijdens de opschorting.

Pro memorie. Artikel XX.113 WER bepaalt nog dat zekerheden waarvan de inschrijving of registratie (die de publiciteit vormt van de gevestigde zekerheid) tijdens de verdachte periode gebeurt en meer dan 15 dagen na het vestigen van de zekerheid, niet tegenwerpeijk *kunnen* worden verklaard ten aanzien van de boedel. Deze bepaling strekt ertoe de andere schuldeisers te beschermen voor het geval zij in de periode tussen het vestigen van de zekerheid en de inschrijving of registratie nog krediet hebben toegestaan en dus niet op de hoogte konden zijn van de gevestigde zekerheid.

³⁴⁰ Artikel XX.112 WER.

³⁴¹ Artikel XX.53 WER.

7.4.6.3. FAILLISEMENTSPAULIANA

483. Een tweede techniek waarin de wetgever heeft voorzien om benadeling van schuldeisers door handelingen gesteld in de periode van vóór het faillissement, ongedaan te maken is de “faillissementspauliana”.³⁴²

De handelingen waarover het gaat bij de faillissementspauliana zijn *alle handelingen of betalingen* verricht met *bedrieglijke benadeling* van de rechten van de schuldeisers, *ongeacht op welke datum zij hebben plaatsgehad*.

De aard van de handelingen speelt geen rol. Het kan gaan om betalingen, het sluiten van overeenkomsten, het doen van vervreemdingen, het afstand doen van bepaalde rechten, enz. Dergelijke handelingen moeten echter wel gesteld worden met een bedrieglijk inzicht, wat niet steeds gemakkelijk te bewijzen is. Voor de faillissementspauliana is het ook niet vereist dat de handelingen hebben plaatsgevonden tijdens de verdachte periode. Handelingen van meer dan zes maanden vóór het faillissementsvonnis komen bijgevolg nog in aanmerking.

Indien in het voorbeeld *supra* Otto Jean de Ferrari acht maanden vóór het faillissement aan zijn zoon zou hebben geschonken, zou dit niet meer niet-tegenwerpelijk aan de boedel kunnen worden verklaard op basis van handelingen gesteld tijdens de verdachte periode, aangezien de handelingen dateren van meer dan zes maanden voor het vonnis, maar wel nog op basis van de faillissementspauliana. Hierbij dient de curator weliswaar nog bedrieglijk inzicht aan te tonen in hoofde van de gefailleerde (wat *in casu* mogelijks reeds blijkt uit de verrichting zelf). Deze laatste vereiste van het aantonen van bedrieglijk inzicht zal niet immers gelden indien de betrokken handeling tijdens de verdachte periode plaatsvond, aangezien deze dan verplicht niet tegenwerpelijk wordt ten aanzien van de boedel (zie *supra*, nr. 481, 1°).

7.4.6.4. GEVOLGEN VOOR DE DERDE WAARMEE DE GEFAILLEERDE HANDELDE

484. Wanneer handelingen die werden gesteld tijdens de verdachte periode niet tegenwerpelijk worden geacht aan de boedel of wanneer deze niet tegenwerpelijk worden geacht op basis van een succesvolle faillissementspauliana, rijst de vraag wat het lot is van de derde waarmee de gefailleerde handelde of die hij heeft betaald. Verschillende scenario's daarbij zijn denkbaar.

485. Wanneer het gaat om een betaling die niet tegenwerpelijk wordt geacht aan de boedel, zal het bedrag dienen te worden terugbetaald. De schuldvordering die daarmee opnieuw betaalbaar wordt, zal kwalificeren als een schuld *in* de boedel. Deze schuldeiser komt bijgevolg in samenloop met de andere (chirografaire) schuldeisers.

486. Wanneer het echter gaat om vervreemdingen aan symbolische bedragen liggen de zaken anders. Stel dat in het voorbeeld hierboven de Ferrari door de zoon wordt gekocht voor 5.000 euro om de schijn op te werpen dat het om een “echte” koopverkoop gaat. Wanneer de handeling niet tegenwerpelijk wordt verklaard aan de boedel, hetzij omwille van een niet tegenwerpelijke handeling tijdens de verdachte periode, hetzij op basis van een succesvolle faillissementspauliana, dan zal de Ferrari terugkeren in de boedel en zal de zoon op één of andere manier de betaalde 5.000 euro dienen te recupereren. Dit bedrag maakt op dat ogenblik immers deel uit van de boedel. De zoon zal een vordering hebben op de gefailleerde, zijn vader, wegens onverschuldigde betaling. Het gevolg zal zijn dat de oudste zoon (chirografaire)

³⁴² Artikel XX.114 WER.

schuldeiser *in* de boedel wordt en in samenloop komt met de andere (chirografaire) schuldeisers. In de praktijk zal de kans zelfs zeer reëel zijn dat bevoorrechte schuldeisers aan de haal gaan met het bedrag van 5.000 euro en de zoon niets zal kunnen recupereren.

Vaak zal een dergelijke derde dus schuldeiser *in* de boedel worden en mogelijks een bepaald verlies realiseren omdat hij het betaald bedrag niet zal weten te recupereren uit de boedel.

7.4.7. GEVOLGEN VOOR DE PERSOON VAN DE GEFAILLEERDE

7.4.7.1. TIJDENS DE PROCEDURE

487. Het faillissement beperkt niet de persoonlijke vrijheid van de gefailleerde, hoewel de curator wel de briefwisseling van de gefailleerde mag inkijken.³⁴³

488. Indien blijkt dat een kennelijke grove fout van de gefailleerde heeft bijgedragen tot het faillissement, kan de insolventierechtbank deze bij een met redenen omkleed vonnis verbod opleggen persoonlijk of door een tussenpersoon een onderneming uit te baten.³⁴⁴

Ook kunnen de gefailleerde en zelfs de bestuurders en de zaakvoerders van de gefailleerde rechtspersoon het verbod worden opgelegd om persoonlijk of door toedoen van een tussenpersoon (i) de functie van bestuurder, commissaris of zaakvoerder in een rechtspersoon, (ii) enige functie waarbij macht wordt verleend om een rechtspersoon te verbinden, (iii) de functie van persoon belast met het bestuur van een vestiging in België bedoeld in artikel 2:149 van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen of (iv) het beroep van effectenmakelaar of correspondenteffectenmakelaar, uit te oefenen, indien zij, “zonder wettig verhinderd te zijn”, hebben verzuimd mee te werken met de curator.³⁴⁵

Verder worden de bestuurders en zaakvoerders van een failliet verklaarde rechtspersoon wier ontslag niet een jaar voor de faillietverklaring is bekendgemaakt, alsmede enig ander persoon die zonder beheerder of zaakvoerder te zijn, werkelijk de bevoegdheid gehad heeft de failliet verklaarde rechtspersoon te beheren, met de gefailleerde gelijkgesteld voor de toepassing van deze verbodsbepalingen. Zij kunnen dus dezelfde sancties oplopen als de gefailleerde.³⁴⁶

Indien blijkt dat een kennelijke grove fout van een van de met de gefailleerde gelijkgestelde personen heeft bijgedragen tot het faillissement, kan de insolventierechtbank aan deze persoon het verbod opleggen om persoonlijk of door een tussenpersoon, enige taak die de bevoegdheid inhoudt om een rechtspersoon rechtsgeldig te verbinden.³⁴⁷

De duur van deze maatregelen wordt bepaald door de rechtbank en bedraagt maximum tien jaar, met uitzondering van het verbod opgelegd voor niet-meewerking met de curator. Een dergelijk verbod bedraagt maximum drie jaar.³⁴⁸

³⁴³ Artikel XX.143 WER.

³⁴⁴ Artikel XX.229, § 1 WER.

³⁴⁵ Artikel XX.229, § 2 WER verwijst hier naar artikel XX.18, maar uit de voorbereidende werken blijkt dat het gaat om een typo en dit artikel XX.146 WER dient te zijn. Het “wettig verhinderd” zijn kan bijvoorbeeld betrekking hebben op het gebonden zijn aan een beroepsgeheim zodat bepaalde informatie niet kan worden vrijgegeven. Merk ook op dat artikel XX.229 nog verwijst naar het oude artikel 59 van het oude Wetboek van vennootschappen.

³⁴⁶ Artikel XX.229, § 3 WER.

³⁴⁷ Artikel XX.229, § 4 WER.

³⁴⁸ Artikel XX.229, § 5 WER.

Het openbaar ministerie of een schuldeiser die niet werd betaald in het faillissement kunnen de gefailleerde of een van de met de gefailleerde gelijkgestelde personen dagvaarden voor de insolventierechtbank met het oog op het bekomen van de hierboven beschreven sancties.

489. Het feit dat de gefailleerde de beschikkings- en beheersbevoegdheid over zijn vermogen verliest vanaf 0 uur van de dag van het faillissementsvonnis (de zgn. “buitenbezitstelling”), heeft niet tot gevolg dat al het levensnoodzakelijke hem wordt ontnomen. Zo zal hij nog recht hebben op inkomsten ten belope van bepaalde drempels, alsook op vergoedingen voor schade die aan de persoon is verbonden (bijv. een schadevergoeding voor een lichamelijk letsel als gevolg van een auto-ongeluk).³⁴⁹ Hij kan ook voor zichzelf en zijn gezin levensonderhoud krijgen en de curator kan hem huisraad en de voorwerpen voor eigen gebruik afgeven.³⁵⁰

7.4.7.2. NA DE PROCEDURE

490. Zoals eerder bleek, beoogt de faillissementsprocedure de vereffening van het vermogen van de gefailleerde. Dit betekent echter niet dat de gefailleerde definitief van de niet-betaalde schulden is verlost. Van zodra het faillissement is afgewikkeld, hernemen de schuldeisers in principe hun individueel verhaalsrecht op het vermogen van de onderneming voor het gedeelte van de schuldvorderingen die niet werden betaald uit de faillissementsboedel. Onder het gemeen recht vormt immers het huidig én toekomstig vermogen het onderpand voor schulden.³⁵¹ Net zoals bij de overdracht onder gerechtelijk gezag, bestaat in het kader van het faillissement hierop een belangrijke uitzondering (die echter de regel, eerder dan de uitzondering is): de “kwijtschelding”, die erg lijkt op de kwijtschelding in het kader van de overdracht onder gerechtelijk gezag (zie *supra*, nr. 462). Dit houdt in de gefailleerde ten aanzien van de schuldeisers wordt bevrijd van alle restschulden, weliswaar onverminderd enige zakelijke zekerheden die nog zouden bestaan.³⁵² De bedoeling hiervan bestaat erin een gefailleerde toe te laten om na een faillissement een tweede start te kunnen nemen, zonder daarbij niet-voldane schulden uit het verleden te moeten blijven torsen.

491. De kwijtschelding geldt enkel voor gefailleerde natuurlijke personen. Rechtspersonen die failliet worden verklaard, worden ontbonden en onmiddellijk vereffend. Dit is uiteraard niet mogelijk voor natuurlijke personen, die nog een toekomst hebben te vervullen na het faillissement, wat die toekomst ook moge zijn.

492. Deze kwijtschelding strekt zich uit tot de echtgenoot, gewezen echtgenoot, wettelijk samenwonende partner of gewezen wettelijk samenwonende partner van de schuldenaar, die samen verbonden is voor de schuld van de schuldenaar.³⁵³ De kwijtschelding in hoofde van de echtgenoot, ex-echtgenoot, wettelijk samenwonende of gewezen wettelijk samenwonende heeft echter geen gevolgen voor hun persoonlijke of gemeenschappelijke schulden die voortvloeien uit een door hen gesloten overeenkomst, ongeacht of die schulden alleen of samen met de schuldenaar werden aangegaan, en die vreemd zijn aan de beroepsactiviteit van de gefailleerde.³⁵⁴

³⁴⁹ Artikel XX.110, § 3 WER.

³⁵⁰ Artikel XX.141 WER.

³⁵¹ Artikel 7 Hyp.W.: “Ieder die persoonlijk verbonden is, is gehouden zijn verbintenissen na te komen, onder verband van al zijn goederen, hetzij roerende, hetzij onroerende, zo tegenwoordige als toekomstige.”

³⁵² Artikel XX.173, § 1, lid 1 WER.

³⁵³ Ook hier geldt dat de verklaring van wettelijke samenwoning minstens zes maanden vóór de opening van de (*in casu*) faillissementsprocedure dient te zijn afgelegd.

³⁵⁴ Artikel XX.174, lid 3 WER.

493. De kwijtschelding wordt enkel toegekend door de rechtbank op verzoek van de gefailleerde. Hij dient het verzoekschrift bij zijn aangifte van het faillissement te voegen of neer te leggen in een specifiek register uiterlijk drie maanden na de bekendmaking van het faillissementsvonnis, zelfs indien het faillissement is afgesloten voor het verstrijken van die termijn.³⁵⁵

Wanneer de faillissementsprocedure enige tijd aansleept, kan de gefailleerde de rechtbank na een termijn van zes maanden volgend op het verzoekschrift *verzoeken* om uitspraak te doen over de kwijtschelding.³⁵⁶ De rechtbank is echter niet verplicht hierop in te gaan en dient, in voorkomend geval, de gefailleerde na een termijn van één jaar volgend op de opening van het faillissement in te lichten over de redenen die rechtvaardigen waarom de rechtbank zich nog niet over de kwijtschelding heeft uitgesproken.

De rechtbank dient zich in elk geval uiterlijk bij het sluiten van het faillissement over de kwijtschelding uit te spreken en als het verzoek tot kwijtschelding op dat ogenblik nog niet werd gedaan, binnen de maand na dat verzoek.³⁵⁷ Er dient echter wel rekening mee te worden gehouden dat het verzoek in elk geval ten laatste drie maanden volgend op de bekendmaking van het faillissementsvonnis dient te worden gedaan. Het vonnis van kwijtschelding wordt bij uittreksel bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad, zodat derden (waaronder schuldeisers) hier kennis kunnen van nemen.

494. Elke belanghebbende, met inbegrip van de curator en het openbaar ministerie, kan vanaf de bekendmaking van het faillissementsvonnis vorderen dat de kwijtschelding slechts voor een deel wordt toegekend of volledig geweigerd bij gemotiveerde beslissing, indien de gefailleerde kennelijk grove fouten heeft begaan die hebben bijgedragen tot het faillissement. Dezelfde vordering kan worden ingesteld bij wijze van derdenverzet bij verzoekschrift uiterlijk drie maanden na de publicatie van het vonnis van kwijtschelding.³⁵⁸

495. De bevrijding strekt zich niet uit tot de medeschuldenaars en de stellers van persoonlijke zekerheden (bijv. een borg).³⁵⁹ De “kosteloze borg”³⁶⁰ kan, na het openen van de procedure, een verzoekschrift neerleggen voor de insolventierechtbank strekkende tot gehele of gedeeltelijke bevrijding van zijn verbintenis wanneer het bedrag van de zekerheid, bij het openen van de procedure, kennelijk niet in verhouding is tot zijn terugbetalingsmogelijkheden, waarbij deze mogelijkheid beoordeeld moet worden in het licht van zijn roerende en onroerende goederen en inkomsten³⁶¹ (vgl. randnummer 462).

496. De kwijtschelding heeft verder geen gevolgen voor enige onderhoudsschulden of schulden die voortvloeien uit de verplichting tot herstel van de schade verbonden aan het overlijden of aan de aantasting van de lichamelijke integriteit van een persoon waaraan de gefailleerde schuld heeft.³⁶² De gefailleerde wordt met andere woorden niet bevrijd voor dergelijke schulden.

³⁵⁵ Artikel XX.173, § 2 WER.

³⁵⁶ Artikel XX.173, § 2, lid 2 WER.

³⁵⁷ Artikel XX.173, § 2, lid 3 WER.

³⁵⁸ Artikel XX.173, § 3, lid 1 WER.

³⁵⁹ Artikel XX.175 WER.

³⁶⁰ Zie randnummer 428 en voetnoot 263 voor dit begrip.

³⁶¹ Artikel XX.176 WER.

³⁶² Artikel XX.173, § 1, lid 2 WER.

7.4.7.3. GEVOLGEN VOOR LOPENDE OVEREENKOMSTEN

497. Het faillissement heeft niet van rechtswege het einde tot gevolg van lopende overeenkomsten, tenzij het gaat om overeenkomsten die werden aangegaan *intuitu personae* of overeenkomsten waarin een uitdrukkelijk ontbindend beding werd opgenomen dat de overeenkomst zou eindigen ingeval van faillissement (dit is bijvoorbeeld meestal voorzien in kredietovereenkomsten).

498. De curator zal na het faillissementsvonnis beslissen om een bepaalde overeenkomst al dan niet verder te zetten.³⁶³ Een contractspartij van de gefailleerde kan de curator vragen om hierin een beslissing te nemen. Wanneer de curator beslist om de overeenkomst niet verder uit te voeren, dan kan de medecontractant zich beroepen op de ENAC³⁶⁴ en ook de eigen prestaties opschorten. Indien de curator geen beslissing neemt binnen de 15 dagen na daartoe te zijn aangemaand door de medecontractant, dan zal de overeenkomst geacht verbroken te zijn vanaf het verstrijken van deze termijn.³⁶⁵ De schuldvordering van de schade die eventueel verschuldigd zou zijn aan de medecontractant wegens de beëindiging van de overeenkomst, wordt opgenomen in de boedel en is dus een schuldvordering *in* de boedel. Indien de curatoren beslissen de overeenkomst uit te voeren, dan zal enige schuldvordering van de medecontractant die hieruit voortvloeit een “boedelschuld” of “schuld *van* de boedel” zijn in zoverre zij betrekking heeft op prestaties geleverd na het faillissement.

7.5. AFWIKKELING VAN HET FAILLISEMENT

499. Voor schuldeisers is het van essentieel belang dat zij op de hoogte zijn van het faillissement van hun schuldenaar. Zij worden daartoe verwittigd door de publicatie van een uittreksel van het faillissementsvonnis in het Belgisch Staatsblad en door een rondschrijven dat hun door de curators wordt toegezonden zodra die schuldeisers bekend zijn. Binnen een termijn die in het vonnis wordt bepaald dienen schuldeisers van de gefailleerde aangifte te doen van hun schuldvordering, samen met de gegevens van eventuele zekerheidsverstrekkers. Wanneer dergelijke zekerheidsverstrekkers zich kosteloos borg hebben gesteld, dient dit te worden vermeld. Indien de schuldeiser nalaat een “kosteloze borg” te vermelden, dan zal de borg na afsluiting van het faillissement bevrijd zijn.³⁶⁶

Deze schuldvorderingen worden door de curator vergeleken met de boeken van de gefailleerde en enige betwistingen hieromtrent worden door de rechtbank beslecht. Schuldeisers die aangifte doen van hun schuldvordering na het verstrijken van deze termijn, kunnen dit nog doen tijdens de procedure gedurende één jaar te rekenen vanaf de datum van het faillissementsvonnis en zonder dat echter nog kan worden geraakt aan eerder gedane uitkeringen.³⁶⁷ Als gevolg van de aangifte van de schuldvordering wordt de verjaring gestuit³⁶⁸ en geschorst gedurende de duur van de faillissementsprocedure. Schuldvorderingen kunnen bijgevolg niet verjaren lopende de faillissementsprocedure.

500. Wanneer blijkt dat het actief ontoereikend is om de vermoedelijke kosten van beheer en van vereffening van het faillissement te dekken, kan de curator de rechtbank vragen om de sluiting van het faillissement uit te spreken.³⁶⁹ In dat geval zullen de schuldeisers niets ontvangen, aangezien het hele

³⁶³ Artikel XX.139, § 1, lid 1 WER.

³⁶⁴ Zie *supra*, nr. 435.

³⁶⁵ Artikel XX.139, § 1, lid 2 WER.

³⁶⁶ Artikel XX.156, lid 3 WER.

³⁶⁷ Artikel XX.165 WER.

³⁶⁸ Zie voetnoot nr. 331 voor de betekenis van dit begrip.

³⁶⁹ Artikel XX.135 WER.

actief in die hypothese zal strekken tot voldoening van de boedelschulden, met name de kosten van de curator.

501. Meestal zal de boedel echter vereffend worden door de curator, wat betekent dat hij de activa te gelde zal maken en de opbrengst ervan zal verdelen onder de schuldeisers, rekening houdend met eventuele bevoorrechte schuldeisers. De curator zal op geregelde tijdstippen verslag uitbrengen over de toestand van het faillissement. Indien na de vereffening nog een overschot zou zijn, dan komt dit toe aan de gefailleerde.