



ADVIES

CRB 2018-3181

De contractvoorwaarden in overeenkomsten inzake
hypothecair krediet





Advies

De contractvoorwaarden in overeenkomsten inzake hypothecair krediet

**Brussel
24.09.2018**

Inhoudsopgave

Deel 1: Advies over de contractvoorwaarden in overeenkomsten inzake hypothecair krediet3

1. Algemene voorafgaande opmerkingen..... 4

- 1.1 De specifieke wettelijke bepalingen inzake hypothecair krediet en implicaties hiervan op de wettelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen 4
- 1.2 Rechtspraak van het Europese Hof van Justitie met betrekking tot onrechtmatige bedingen in overeenkomsten inzake hypothecair krediet 6
 - 1.2.1 De aard van de overeenkomst vereist een verhoogde aandacht voor bescherming van de contractuele rechten van de consument..... 6
 - 1.2.2 De notie consument bij zekerheidsstelling 7
 - 1.2.3 De transparantievereiste 7
 - 1.2.4 Beoordeling van het kennelijk onevenwicht:..... 9
- 1.3 Overeenkomsten inzake hypothecair krediet en de rol van de notaris 11

2. Onderzoek van de in de overeenkomsten inzake hypothecair krediet aangetroffen contractvoorwaarden 12

- 2.1 Voorwerp van de overeenkomst: hypothecair krediet in de vorm van een specifiek krediet ingevoegd in een kaderovereenkomst 12
 - 2.1.1 Concept..... 12
 - 2.1.2 Voorbeelden 13
 - 2.1.3 Analyse door de brc Onrechtmatige Bedingen..... 16
- 2.2 Verdere gevolgen verbonden aan de kaderovereenkomst waarin het hypothecaire krediet is gevoegd – samenlezing bijzondere voorwaarden en voorwaarden kaderovereenkomst 20
- 2.3 Informatieverstrekking omtrent de contractuele voorwaarden en kennisname- en aanvaardingsbedingen..... 24
 - 2.3.1 Juridische stellingname 24
 - 2.3.2 Voorbeelden en commentaar 25
- 2.4 Bepaalde contractuele erkenningen..... 28
 - 2.4.1 Contractuele erkenningen van feiten..... 28
 - 2.4.2 Toestemming tot schatting en tot periodieke herschatting van het in hypotheek of hypothecaire volmacht gegeven onroerend goed – erkenning dat alle kosten ten laste vallen van de consument 30
 - 2.4.3 Contractuele erkenning afstand te doen van bepaalde wettelijke bepalingen van aanvullend recht. 33
- 2.5 Mandaat tot domiciliëring in algemene voorwaarden 37
- 2.6 Zekerheidsstelling 39
 - 2.6.1 Waarborg alle schulden..... 39
 - 2.6.2 Hypotheek voor alle schulden 48
 - 2.6.3 Bedingen inzake het hypothecair mandaat of de hypotheekbelofte 57
 - 2.6.4 Overdracht/Inpandgeving van schuldvorderingen 83
 - 2.6.5 Hoofdelijkheid en ondeelbaarheid 96
 - 2.6.6 Compensatie en eenheid van rekening..... 98
- 2.7 Overdracht van schuldvordering of van overeenkomst door de kredietgever 101
- 2.8 Uitwinning en uitvoerend beslag 107
- 2.9 Schadebedingen 108
- 2.10 Bevoegdheidsbedingen 113

Deel II: Aanbevelingen clausules hypothecair krediet115

Deel 1: Advies over de contractvoorwaarden in overeenkomsten inzake hypothecair krediet

Inbehandelingneming

Bij brief van 11 april 2016 heeft de Minister van Economie en Consumenten, de heer Kris Peeters, de brc Onrechtmatige Bedingen¹ om advies gevraagd omtrent de (combinaties van) bedingen die in de overeenkomsten inzake hypothecair krediet voorkomen.

De heer Minister licht in dit verband toe dat deze vraag kadert in de (nieuwe) bevoegdheid van de FOD Economie, opgenomen in artikel VII.160, § 5, eerste lid van het Wetboek van Economisch Recht, om te onderzoeken of de modelcontracten niet alleen beantwoorden aan alle bepalingen van de wetgeving inzake hypothecair krediet (opgenomen in boek VII van het Wetboek van Economisch Recht), maar ook aan de bepalingen van boek VI van het Wetboek van Economisch Recht (inzonderheid wettelijke de bepalingen inzake onrechtmatige bedingen).

De brc Onrechtmatige Bedingen heeft zich bij haar advies beperkt tot een onderzoek van de (combinaties van) bedingen en voorwaarden waarvoor geen specifieke regeling geldt voor overeenkomsten inzake hypothecair krediet. De nieuwe wettelijke bepalingen inzake hypothecair krediet zijn uitgevaardigd in de wet van 22 april 2016 houdende wijziging en invoeging van bepalingen inzake consumentenkrediet en hypothecair krediet in verschillende boeken van het Wetboek van Economisch Recht². Deze wet is de omzetting van de Richtlijn 2014/17/EU van het Europees parlement en de Raad van 4 februari 2014 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten met betrekking tot voor bewoning bestemde onroerende goederen³.

Vooraleer tot een inhoudelijke bespreking van de aangetroffen bedingen over te gaan, dient in een eerste hoofdstuk nader ingegaan te worden op deze specifieke wettelijke bepalingen en hun verhouding tot de algemene bepalingen inzake onrechtmatige bedingen zoals deze in boek VI van het Wetboek van Economisch Recht voorkomen.

¹ Krachtens het K.B. van 13 december 2017 houdende oprichting van de bijzondere raadgevende commissie Onrechtmatige Bedingen binnen de Centrale Raad voor het Bedrijfsleven (*B.S.* 28 december 2017) gaat de Commissie voor Onrechtmatige Bedingen voortaan door het leven als “bijzondere raadgevende commissie Onrechtmatige Bedingen”. Deze benaming wordt hierna afgekort als “brc onrechtmatige bedingen”.

² *B.S.* 4 mei 2016.

³ [...en tot wijziging van de Richtlijnen 2008/48/EG en 2013/36/EU en Verordening (EU) nr. 1093/2010], *PBEU*, 28 februari 2014, nr. L 60/34 e.v.

1. Algemene voorafgaande opmerkingen

1.1 De specifieke wettelijke bepalingen inzake hypothecair krediet en implicaties hiervan op de wettelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen

De specifieke wettelijke bepalingen inzake hypothecair krediet beïnvloeden de beoordeling van contractclausules op basis van de wettelijke regelen inzake onrechtmatige bedingen tweeërlei.

Vooreerst dient in het kader van een beoordeling van het onrechtmatig karakter van (combinaties van) bedingen en voorwaarden in het algemeen rekening gehouden te worden met de aard van de producten waarop de overeenkomst betrekking heeft. Het specifieke wettelijke kader inzake hypothecaire kredieten speelt een belangrijke rol bij die beoordeling, waaronder ook de specifieke informatieverplichtingen die er opgelegd worden.

Er kan in dit opzicht bijvoorbeeld worden gewezen op de formele wijze van totstandkoming van de overeenkomst, waarbij de kredietovereenkomst dient te worden gesloten door de handmatige handtekening of de elektronische handtekening van alle contracterende partijen met daarbij de verplichting om alle contractuele voorwaarden en vermeldingen op een duurzame drager te vermelden⁴. Voorts zijn er gedetailleerde informatieverplichtingen met betrekking tot de kredietovereenkomst⁵. Er kan tenslotte ook verwezen worden naar de gedragsregels voor het toekennen van krediet via kredietbemiddelaars en het betalen van hun commissielonen en vergoedingen⁶.

Ten tweede gelden in de wetgeving inzake hypothecair krediet specifieke regels met betrekking tot bepaalde contractvoorwaarden.

Er kan in dit opzicht in het bijzonder verwezen worden naar onder meer de wettelijke regeling van de schadebedingen⁷ (en het verbod tot het opleggen van schadevergoedingen of straffen waarin boek VII niet voorziet⁸), de bepalingen inzake vervroegde terugbetaling en beëindiging van de kredietovereenkomst⁹, de regeling van bedingen inzake de vergoeding van de kredietgever voor het ter beschikking stelde bedrag¹⁰.

Sinds de wet van 22 april 2016 wordt ook in een wettelijke regeling van de uitdrukkelijk ontbindende bedingen voorzien¹¹.

Er kan daarnaast ook worden gewezen op de verplichte verwittiging bij wanbetaling¹², de verplichte poging tot minnelijke schikking vóór iedere tenuitvoerlegging of ieder beslag krachtens een vonnis of een

⁴ Art. VII.137, § 1, WER.

⁵ Art. VII.137, §§ 2 tot 5 WER.

⁶ Zie art. VII.147/29 en VII.147/30 WER.

⁷ Artikel VII.147/22 WER voor hypothecaire kredieten met een roerende bestemming en artikel VII.147/23 WER voor hypothecaire kredieten met een onroerende bestemming.

⁸ Art. VII.147/22, § 6 WER en art. VII.147/23, § 4 WER.

⁹ Art. VII.147/11 tot VII.147/13 WER.

¹⁰ Art. VII.140 WER.

¹¹ Art. VII.147/20 WER.

¹² Art. VII.147/21 WER: dit gebeurt op straffe van het niet kunnen toepassen van een contractuele verhoging van de rentevoet bij wanbetaling. Bovendien moet de kredietgever die geen verwittiging verzendt de consument een betalingsuitstel van 6 maanden toekennen vanaf de achterstallige vervaldag zonder bijkomende kosten of intresten. Zie art. VII.147/21, tweede lid.

andere authentieke akte¹³, en de bepalingen ter bescherming van de borgtocht of elke andere vorm van zekerheid toegestaan door derden-consumenten¹⁴.

Belangrijk om voor ogen te houden in de beoordeling van contracten inzake krediet, zowel in het licht van de toepassing van de specifieke wetgeving hypothecair krediet, als in het licht van de beoordeling van het onrechtmatig karakter van bedingen, is de definitie van “kredietopening” in artikel I.9.49° van het Wetboek van Economisch Recht.

Een “kredietopening” wordt in deze bepaling gedefinieerd als “elke kredietovereenkomst, ongeacht de benaming of de vorm, waarbij koopkracht, geld of gelijk welk ander betaalmiddel ter beschikking wordt gesteld van de consument, die ervan gebruik kan maken door een of meerdere kredietopnemingen te verrichten onder meer met behulp van een betaalinstrument of op een andere wijze, en die zich ertoe verbindt terug te betalen volgens de overeengekomen voorwaarden”.

In het tweede lid wordt vervolgens verduidelijkt dat “als het niet mogelijk is om een wederopneming te doen tenzij mits een voorafgaand akkoord met de kredietgever of mits de naleving van andere voorwaarden dan degene die initieel waren overeengekomen, dan wordt deze wederopneming beschouwd als een nieuwe kredietovereenkomst”¹⁵.

Deze definitie bepaalt voor een deel het materieel toepassingsgebied van de regels inzake hypothecair krediet, en heeft zijn belang in het kader van de formule “kaderovereenkomst- kredietopening” waarvoor de meeste kredietgeverkredietgevers doorgaans opteren¹⁶. Dit betekent dat de specifieke regels inzake hypothecair krediet gelden voor iedere overeenkomst inzake hypothecair krediet, en de overkoepelende contractuele bepalingen zoals die volgen uit de kaderovereenkomst hieraan geen afbreuk mogen doen.

Voor de duidelijkheid wordt in dit advies in de plaats van het in het artikel I.9.49° WER gedefinieerde begrip “kredietopening” gekozen voor het begrip “krediet”¹⁷, waarmee iedere kredietovereenkomst wordt bedoeld, en zal dit advies het anderzijds hebben over de “kaderovereenkomst inzake krediet” (zie hierover verder Hoofdstuk 2, rubriek I).

Wat de wettelijke regeling in boek VII betreft van een aantal bedingen, kan evenwel geen afbreuk worden gedaan aan de autonome beoordeling van het al dan niet onrechtmatig karakter van bedingen of voorwaarden¹⁸. Daarnaast kan opgemerkt worden dat de specifieke regelen inzake hypothecair krediet, en de meer algemene wetgeving inzake onrechtmatige bedingen samen moeten toegepast worden

¹³ Art. VII.147/24 WER

¹⁴ Art. VII.147/26 en VII.147/27 WER.

¹⁵ Deze alinea is toegevoegd naar aanleiding van de invoering van boek VII van het Wetboek van Economisch Recht. Waar ze aanvankelijk enkel in de Memorie van Toelichting voorkwam, is ze op advies van de Raad van State uitdrukkelijk in de definitie opgenomen. Zie Parl.St., Kamer, Doc. 53 3429/001 en 3430/001, p. 17.

¹⁶ Zie verder, Hoofdstuk III, I.

¹⁷ Het begrip “kredietopening”, dat algemeen gebruikt wordt in de onderzochte overeenkomsten, heeft immers een verschillende draagwijdte naargelang dit begrip gebruikt wordt in het hypotheekrecht, dan wat de wettelijke definitie ervan bepaalt in de wetgeving inzake hypothecair krediet (artikel I.9.49° WER). Waar het zoals hierboven uitgelegd bij de wetgeving inzake consumentenkrediet en hypothecair krediet gaat om een specifieke kredietovereenkomst, heeft de notie “kredietopening” een strikter betekenis dan de betekenis die er in het hypotheekrecht aan wordt gegeven. In afdeling IV, “hypotheek alle sommen” van de hypotheekwet wordt de term kredietopening gebruikt om te duiden op het geheel van kredietovereenkomsten tussen kredietnemer en kredietgever waarvoor hypotheek verleend wordt. Zie in dit verband de voorbereidende werken op de wet van 22 april 2016 houdende wijziging en invoering van bepalingen inzake consumentenkrediet en hypothecair krediet in verschillende boeken van het Wetboek van economisch recht, Parl. St., Kamer, 2015-2016, Doc 54, nr. 1685/001, p. 6-8.

¹⁸ EHJ, 21 januari 2015, Unicaja Banco, SA tegen José Hidalgo Rueda e.a. en Caixa kredietgever SA tegen Manuel María Rueda Ledesma e.a. gevoegde zaken C-482/13, C-484/13, C-485/13 en C-487/13, ECLI:EU:C:2015:21.

indien ze niet in strijd zijn met elkaar. Dat geldt bijvoorbeeld voor de transparantievereiste van geschreven bedingen¹⁹, en de wederkerigheids- en gelijkwaardigheidsvereiste bij schadebedingen²⁰.

Er kan tenslotte nog opgemerkt worden dat de nieuwe bepalingen inzake hypothecair krediet in de wet van 22 april 2016, die de richtlijn 2014/17/EU inzake kredietovereenkomsten voor consumenten met betrekking tot voor bewoning bestemde onroerende goederen omzetten, niet enkel meer gelden voor kredieten bestemd voor het verwerven of behouden van onroerende zakelijke rechten²¹ en de ermee verband houdende kosten en belastingen (onroerende bestemming), al dan niet gewaarborgd²² door een hypothecaire zekerheid²³, maar ook voor kredieten gewaarborgd door een recht op voor bewoning bestemde onroerende goederen of een hypothecaire zekerheid die voor andere doeleinden zijn aangegaan dan het verwerven of behouden van onroerende zakelijke rechten²⁴ (roerende bestemming), bijvoorbeeld om er een personenwagen van een duurdere prijsklasse mee te financieren.

Kredieten met een roerende bestemming, gewaarborgd door een hypotheek, vielen vroeger onder de bepalingen inzake consumentenkrediet. In de wet van 22 april 2016 is rekening gehouden met het onderscheid tussen kredieten met een roerende dan wel een onroerende bestemming en de specifieke bescherming die de consument in het eerste geval genoot in het kader van de wet op het consumentenkrediet. Mede gelet op de verschillende aard van kredieten met een roerende dan wel een onroerende bestemming, gelden er bijgevolg soms verschillende regels naargelang deze twee vormen van hypothecair krediet.

1.2 Rechtspraak van het Europese Hof van Justitie met betrekking tot onrechtmatige bedingen in overeenkomsten inzake hypothecair krediet

Onrechtmatige bedingen in overeenkomsten inzake hypothecair krediet zijn veelvuldig aan bod gekomen in de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie. Het is dan ook noodzakelijk de belangrijkste bevindingen zoals die volgen uit de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie eerst kort te bespreken.

1.2.1 De aard van de overeenkomst vereist een verhoogde aandacht voor bescherming van de contractuele rechten van de consument

Vooreerst merkt het Hof op dat een effectieve bescherming van de consument tegen het gebruik van onrechtmatige bedingen in overeenkomsten inzake hypothecair krediet noodzakelijk is gezien de verregaande impact die bepaalde clausules hebben op de consument, vooral deze inzake zekerheidsstelling en de eventuele uitwinning van het met hypotheek bezwaarde goed. Dit geldt des te meer wanneer het in sommige gevallen gaat om de woning van de gelaedeerde consument en zijn gezin, waarbij een vergoedingsmechanisme a posteriori niet kan voorkomen dat die woning definitief en

¹⁹ Art. VI.37, § 1 WER.

²⁰ Art. VI.83, 17° WER.

²¹ Ook kredietovereenkomsten voor het verwerven of behouden van een binnenvaartuig zoals bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de wet van 26 maart 2012 betreffende de teboekstelling van binnenvaartuigen andere dan binnenschepen als bedoeld in artikel 271 van het Wetboek van Koophandel worden als hypothecair krediet met een onroerende bestemming beschouwd: zie art. I.9.53/1°, tweede lid, b) WER.

²² Indien het krediet de renovatie van een onroerend goed tot doel heeft, zijn de bepalingen inzake hypothecair krediet enkel van toepassing indien de kredietovereenkomst gewaarborgd wordt door een hypothecaire zekerheid. Zie art. I.9.53/1°, tweede lid, a) WER. Is het krediet voor de renovatie van een onroerend goed niet hypothecair gewaarborgd, dan zijn de bepalingen inzake consumentenkrediet van toepassing.

²³ Zie het huidige artikel I.9.53° WER.

²⁴ Zie artikel I.9.53/ 2° WER en artikel 3 Richtlijn 2014/17/EU richtlijn hypothecair krediet.

onomkeerbaar verloren gaat voor die consument. Gelet op de aard van de overeenkomsten dient dus effectief toegezien te worden op het waarborgen van de contractuele rechten van de consumenten en een reëel evenwicht in de respectieve aangegane contractuele rechten en plichten²⁵.

1.2.2 De notie consument bij zekerheidsstelling

Een tweede opmerking betreft het personele toepassingsgebied van de richtlijn oneerlijke bedingen, en dan in het bijzonder de bedingen inzake zekerheidsstelling en de hoedanigheid van consument. Indien een persoon zich garant stelt voor de verbintenissen van een andere persoon, is wat telt bij de kwalificatie als consument, enkel de hoedanigheid waarin deze persoon zich garant stelt of een zekerheid verleent, en speelt de kwalificatie van de overeenkomst waarvoor hij een zekerheid verleent geen enkele rol. Zo volgt uit een beschikking van het Hof van Justitie van 19 november 2015²⁶ dat ouders die een hypothecaire zekerheid stelden en zich garant gesteld hadden voor de terugbetaling van een krediet tussen een kredietgever en hun zoon in het kader van een handelsvennootschap waarvan hij de enige zaakvoerder en vennoot, als consument handelden²⁷.

Het Hof herhaalt hierbij dat die bescherming krachtens de richtlijn oneerlijke bedingen bijzonder belangrijk is in geval van een overeenkomst tot zekerheidsstelling of een borgtochtovereenkomst tussen een kredietgever en een derde-consument. Een dergelijke overeenkomst is immers gebaseerd op een persoonlijke verbintenis van de verstrekker van de zekerheid of de borg om de door een derde aangegane schuld te betalen. Die verbintenis brengt voor degene die haar aangaat zware verplichtingen mee die tot gevolg hebben dat een vaak moeilijk meetbaar financieel risico rust op zijn eigen vermogen²⁸. Enkel indien de garant of de zekerheidssteller als natuurlijke persoon een betekenisvolle functionele band zou hebben met een kredietnemer (bijvoorbeeld een vennootschap) die een krediet zou aangaan voor beroeps- of bedrijfsdoeleinden, bijvoorbeeld als zaakvoerder van die vennootschap, zou kunnen geoordeeld worden dat deze garant of zekerheidssteller niet als consument zou handelen²⁹.

1.2.3 De transparantievereiste

Wat de materiële toetsing betreft van het onrechtmatig karakter van contractvoorwaarden, dient vooreerst gewezen te worden op het grote belang dat het Europese Hof hecht aan de transparantievereiste van artikel 5 van de richtlijn oneerlijke bedingen, zoals omgezet in artikel VI.37, § 1 van het Wetboek van Economisch Recht (hierna WER). Deze transparantieverplichting heeft niet enkel betrekking op een duidelijke verwoording van de wederzijds aangegane verbintenissen, maar betekent ook dat de wijze waarop de gebruiker hierover geïnformeerd wordt van die aard moet zijn dat hij op gemakkelijke en overzichtelijke wijze (structuur van de voorwaarden en presentatie ervan) adequaat kan inschatten waartoe hij zich precies verbindt.

Maar de transparantieverplichting reikt nog verder. Het gaat immers niet enkel om een duidelijke en begrijpelijke formulering ("formele transparantie"), maar ook om "materiële transparantie" wat verband

²⁵ EHJ, 14 maart 2013, nr. C-415/11, Aziz, ECLI:EU:C:2013:164, nrs. 60-61. Hiermee refereert het Hof impliciet naar artikel 34.3. van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie dat het in het algemeen heeft over het recht op sociale bijstand en het recht op bijstand voor huisvesting om het recht op een waardig bestaan te waarborgen (onder de door de Unie en de nationale wetgevingen gestelde voorwaarden) van zij die niet over voldoende middelen beschikken.

²⁶ EHJ, 19 november 2015, C-74/15, Tarcau c. Banca Comerciala Intesa Sanpaolo România, ECLI:EU:C:2015:772.

²⁷ EHJ, 19 november 2015, C-74/15, Tarcau c. Banca Comerciala Intesa Sanpaolo România, ECLI:EU:C:2015:772., nrs 20-30, en dictum.

²⁸ Ibid. vorige noot, nr. 25.

²⁹ Zie EHJ, 14 september 2016, Pavel Dumitras, Mioara Dumitras tg. BRD Groupe Société Générale – Sucursala Județeană Satu Mare, zaak C-534/15 (Beschikking), ECLI:EU:C:2016:700.

houdt met het toereikend karakter van de verstrekte gegevens aan de consument wat zowel de juridische als de economische omvang van zijn contractuele verplichtingen betreft³⁰.

Het Hof van Justitie hecht een groot belang aan deze transparantievereiste en ziet het bovendien als een wezenlijk bestanddeel bij de beoordeling van het onrechtmatig karakter van een beding of combinatie van bedingen. Het Hof stelt hierbij dat bepalend is of een normaal geïnformeerd consument de draagwijdte van een beding kan begrijpen en hij op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die er voor hem uit voortvloeien, kan inschatten. Wat bijvoorbeeld de mogelijkheid betreft die een verkoper zich zou voorbehouden om bepaalde in de loop van de overeenkomst extra verschuldigde kosten aan te rekenen, is het van wezenlijk belang dat een consument over de mogelijkheid beschikt om op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria geïnformeerd te zijn over de mogelijke wijzigingen van deze verbonden kosten. De consument moet bijvoorbeeld ook duidelijk geïnformeerd zijn over een minimumrente waaronder een overeengekomen variabele rentevoet bij overeenkomsten inzake hypothecair krediet niet kon dalen³¹.

Wanneer de gevolgen van een beding worden geregeld door dwingende wettelijke bepalingen, is het essentieel dat de verkoper (of de onderneming) de consument in kennis stelt van die bepalingen³². Zo mag de formulering van een beding er niet toe leiden dat de consument de indruk krijgt dat hij over geen wettelijke rechten beschikt³³, of over geen verhaalmogelijkheden zou beschikken. Wat dit laatste betreft, kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de volgende clausule:

« Geen enkele betwisting mag eventuele vervolgingen krachtens deze grosse, die door ondergetekende notaris, waarop de partijen uitdrukkelijk beroep doen, aan de kredietgever zal worden afgeleverd, doen ophouden of opschorten. Het bestaan en het bedrag van de schuldvordering van de kredietgever zal onder andere op voldoende wijze worden vastgesteld door een uittreksel van de zichtrekening.»³⁴

Een dergelijke clausule geeft de indruk dat de schuldenaar geen enkele vordering in rechte mag instellen. Ze geeft de indruk dat de consument geen verzet mag aantekenen tegen een beslag³⁵, onder meer om het bestaan van de uitvoerende titel en zijn actueel karakter vast te stellen, of het rekeninguittreksel te betwisten aan de hand van andere elementen, noch dat de consument het onrechtmatig karakter van één of andere clausule mag aanvechten.

Een dergelijk beding is niet enkel in dergelijke mate in strijd met de transparantievereiste dat het op zich reeds als onrechtmatig kan worden beschouwd (artikel VI.37, § 1, juncto art. VI.82, tweede lid, WER en

³⁰ Zie in dit verband EHJ, 21 december 2016 (GroteKamer), Francisco Gutiérrez Naranjo tegen Cajasur Banco SAU, Ana María Palacios Martínez tegen Banco Bilbao Vizcayaargentaria SA (BBVA), Banco PopularEspañol SA tegen Emilio Irlés López en Teresa Torres Andreu (hierna ookgenoemd arrest Francisco Gutiérrez Naranjo), gevoegde zaken C-154/15, C-307/15 en C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980, nrs. 48-51.

³¹ Ibid., feiten die aanleiding gaven tot EHJ, 21 december 2016, gevoegde zaken C-154/15, C-307/15 en C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980.

³² Zie EHJ, 28 juli 2016, Verein für Konsumenteninformation/ Amazon EU Sàrl, zaak C-191/15, inz. nr. 69, reeds verwijzend naar een arrest van 26 april 2012, Invitel, C-472/10, EU:C:2012:242, punt 29.

³³ EHJ, 28 juli 2016, Verein für Konsumenteninformation/ Amazon EU Sàrl, zaak C-191/15, nr. 69, waar de betrokken clausule de indruk wekte dat de consument, in weerwil van wat in artikel lid 2, van de Rome-I-verordening bepaald is, mocht opmaken dat enkel het recht van het land waar de betrokken onderneming opereerde van toepassing was, en hij zich niet kon beroepen op de dwingende bepalingen inzake consumentenovereenkomsten zoals die gelden in het land van zijn verblijfplaats. Zie ook reeds COB 32, Advies inzake bedingen, in overeenkomsten tot aankoop van een bouwterrein, m.b.t. het bouwen door een bepaalde onderneming (15 februari 2012), p. 15.

³⁴ C. BIQUET, "Clauses abusives et pratiques réglementées", p. 33, nr. 45.

³⁵ Er kan daarnaast worden opgemerkt dat iedere tenuitvoerlegging of beslag dat plaats heeft krachtens een vonnis of een andere authentieke akte, op straffe van nietigheid voorafgegaan moet worden door een poging tot minnelijke schikking, die op het zittingsblad wordt aangetekend, voor de beslagrechter. Art. VII.147/24, eerste lid, WER.

art. I.8.22° WER), het is ook in strijd met artikel VI.83, 22° WER, aangezien aan de consument te kennen gegeven wordt dat hij geen enkel middel van verhaal heeft tegen de onderneming in geval van betwisting.

Het Hof bevestigde recentelijk dat de transparantievereiste zo belangrijk kan zijn dat het oneerlijk of onrechtmatig karakter op zich reeds kan volgen uit een formulering die niet voldoet aan het in artikel 5 van richtlijn 93/13 gestelde vereiste dat het duidelijk en begrijpelijk moet zijn opgesteld. Dit vereiste moet immers, gezien het feit dat de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke positie bevindt en met name over minder informatie beschikt, ruim worden uitgelegd³⁶. De nationale rechter moet evenwel altijd in het licht van de concrete omstandigheden (art.VI.82 WER) oordelen of ook bij een dergelijk gebrek aan transparantie, het beding of de combinatie van bedingen een kennelijk onevenwicht creëert of creëren tussen de rechten en de plichten van de partijen ten nadele van de consument conform de algemene norm van art. I.8.22° WER³⁷.

1.2.4 Beoordeling van het kennelijk onevenwicht:

1. Contextuele toetsing (omstandigheden rond contractsluiting, andere bedingen, aard van de overeenkomst)

Het Hof van Justitie legt steeds de nadruk op het feit dat de beoordeling van oneerlijkheid of “onrechtmatigheid” aan de hand van de algemene norm altijd een beoordeling in concreto is, rekening houdend met de criteria zoals die in artikel VI.82, eerste lid WER opgenomen zijn:

(1) in het licht van de concrete omstandigheden rond de sluiting.

Heeft de consument die een krediet aangaat voor de verwerving van zijn woning bijvoorbeeld voorafgaandelijk en ten gepaste tijde kennis kunnen nemen van de voorwaarden waaronder dit krediet werd verleend, niet enkel van het tarief waartegen het krediet toegekend wordt en de eventueel hiermee gepaard gaande schuldsaldoverzekering en brandverzekering, maar ook de overige voorwaarden? Of is de consument omtrent bijvoorbeeld de concrete draagwijdte van de zekerheidsstellingen enkel voor de notaris van de toepasselijke voorwaarden op de hoogte gebracht?

(2) gezien vanuit het gehele contractuele kader.

Zoals uitdrukkelijk gesteld is in artikel VI.82, eerste lid, WER, dient de beoordeling van een beding altijd in relatie met de andere bedingen van de overeenkomst of met een hiermee samenhangende overeenkomst te gebeuren.

Zoals dit in een vorig advies al was aangegeven³⁸, moet bijvoorbeeld bij de beoordeling van schadebedingen altijd nagegaan worden wat het cumulatief effect is van alle schadebedingen.

³⁶ Ibid. EHJ 28 juli 2016, zaak C-191/15, nr. 68, hierbij verwijzend naar een arrest van 23 april 2015, Van Hove, C-96/14, EU:C:2015:262, punt 40 en de aldaar aangehaalde rechtspraak. Zie ook

³⁷ Zie EHJ, 26 januari 2017, Banco Primus SA tg. Jesús Gutiérrez García, zaak C-421/14, ECLI:EU:C:2017:60, nrs. 59-67, en derde dictum, tweede streepje.

³⁸ COB 39 van 14 juli 2016: Advies inzake schadebedingen en minnelijke invordering, p. 12, met verwijzing naar het arrest Radlinger: HvJ, 23 april 2016, zaak C-377/14, Arrest van het Hof (Derde kamer) van 21 april 2016, Ernst Georg Radlinger en Helena Radlingerová tegen FINWAY a.s., ECLI:EU:C:2016:283, vierde dictum. Ook in het arrest Banif Bank benadrukt het Hof (hierover expliciet bevraagd) dat de nationale rechter bij het beoordelen van het oneerlijk karakter met alle andere bedingen van de overeenkomst rekening moet houden. Zie nrs. 40-41 en dictum 2 van dit arrest: HvJ, nr. C-472/11, 21 februari 2013, Banif Plus Bank Zrt/Csaba en Viktória Csipai, in FF/Bank- en Financieel recht, 2014/I-II, 01, p. 30 e.v. met noot R. STEENNOT, “De verplichting in hoofde van de nationale rechter om schadebedingen in kredietovereenkomst ambtshalve te toetsen mag de rechten van de verdediging van de kredietgever niet miskennen”(33-36), 34, nr. 4.

Dat bedingen in hun geheel moeten worden bekeken, met name in hun samenhang met andere bedingen van de overeenkomst en eventueel ook in samenhang met andere overeenkomsten waarvan de betrokken overeenkomst afhankelijk is, is in de hier onderzochte overeenkomsten inzake hypothecair krediet, zoals later zal blijken, ook van belang voor wat de clausules inzake zekerheidsstelling betreft.

Zoals hierboven al is verduidelijkt³⁹, zal in dit opzicht eveneens moeten nagegaan worden of bepalingen die opgenomen zijn in de kaderovereenkomst geen afbreuk doen aan de specifieke wettelijke bepalingen die gelden voor iedere overeenkomst inzake hypothecair krediet, en dienen uiteraard ook voor wat de beoordeling van het onrechtmatig karakter betreft de specifieke contractuele bepalingen met betrekking tot het hypothecair krediet, en de voorwaarden zoals die in de kaderovereenkomst voorkomen, samengelezen te worden.

(3) rekening houdend met de aard van de goederen of diensten.

Een overeenkomst inzake hypothecair krediet betreft per definitie een overeenkomst met zwaarwegende financiële gevolgen voor de consument, en een overeenkomst van een lange bepaalde duur. Zoals reeds hoger aangegeven, wees het Europese Hof bovendien op de verregaande impact die sommige clausules kunnen hebben voor de consument, zeker indien het gaat om een krediet op, of een zekerheidsstelling omtrent een onroerend goed dat de consument (en eventueel zijn gezin) tot woning strekt.

Dit rechtvaardigt in elk geval dat er des te meer toegezien wordt op een contractueel evenwicht in de in de overeenkomst wederzijds bedongen rechten en plichten⁴⁰.

2. De rol van het suppletieve recht

In het arrest Mohamed Aziz⁴¹, dat betrekking had op een overeenkomst inzake hypothecair krediet, heeft het Europese Hof voor het eerst aangegeven dat een belangrijke maatstaf bij het nagaan of er sprake is van “kennelijk onevenwicht” het suppletieve recht betreft, met name de toepasselijke regels van het nationale recht wanneer partijen geen contractuele zouden hebben getroffen. Er moet nagegaan worden in welke mate de contractvoorwaarden de consument in een juridisch minder gunstige positie plaatsen dan die welke volgens de suppletieve regels van gemeen recht zouden gelden⁴².

Er kan reeds sprake zijn van een kennelijk onevenwicht wanneer de contractvoorwaarden tot gevolg hebben dat de rechtspositie van de consument in voldoende ernstige mate wordt aangetast doordat de inhoud van de rechten die de consument volgens de suppletiefrechtelijke bepalingen zou hebben, wordt beperkt of de uitoefening van die rechten wordt belemmerd, of ook nog een extra verplichting oplegt, waarin het suppletief recht niet voorziet⁴³.

3. De “goede trouw”

Eveneens in het arrest Mohamed Aziz heeft het Hof verduidelijkt dat de “goede trouw”-vereiste zoals die in de richtlijn oneerlijke bedingen opgenomen is in de algemene norm van artikel 3.1. van de richtlijn, zo moet begrepen worden dat moet nagegaan worden of de onderneming door op eerlijke en billijke wijze te onderhandelen met de consument er redelijkerwijze van zou kunnen uitgaan dat de consument een

³⁹ Bij de bespreking van de definitie van “kredietopening”, art. I.9.49° WER, zie hoger Hoofdstuk 1, Afdeling I, p. 5.

⁴⁰ EHJ, 14 maart 2013, zaak C-415/11, Aziz, ECLI:EU:C:2013:164, nrs. 60-61.

⁴¹ EHJ, 14 maart 2013, zaak C-415/11, Aziz, ECLI:EU:C:2013:164, nr. 68.

⁴² Zie meer recentelijk ook EHJ, 26 januari 2017, Banco Primus SA tg. Jesús Gutiérrez García, zaak C-421/14, ECLI:EU:C:2017:60, nrs. 58-67, en derde dictum.

⁴³ EHJ, 16 januari 2014, zaak C-226/12, Constructora Principado, nr. 23, eerste dictum.

dergelijk beding zou aanvaarden indien daarover afzonderlijk was onderhandeld⁴⁴. Met andere woorden, de onderneming dient bij het opstellen van de bedingen rekening houden met de legitieme verwachtingen van de consument.

Hoewel de “goede trouw”-vereiste niet uitdrukkelijk opgenomen is in de Belgische algemene norm (art. I.8.22° WER), speelt deze vereiste wel degelijk een rol⁴⁵.

1.3 Overeenkomsten inzake hypothecair krediet en de rol van de notaris

De brc Onrechtmatige Bedingen wenst ook voorafgaandelijk op te merken dat het in de eerste plaats aan de kredietverlener toekomt om de consument vóór de contractsluiting "op duidelijke en begrijpelijke wijze" informatie te verstrekken over de voorwaarden waaronder de overeenkomst wordt aangegaan. Voor een consument is het immers van wezenlijk belang dat hij, vóór de sluiting van de overeenkomst, kennis neemt van alle contractvoorwaarden en de gevolgen van de sluiting van de overeenkomst. Op basis van de aldus verkregen informatie zal hij namelijk beslissen of hij wenst gebonden te zijn door voorwaarden die de verkoper tevoren heeft vastgelegd⁴⁶.

Wat telt bij de verplichting tot duidelijke informatieverstrekking omtrent de algemene voorwaarden en de beoordeling van het al dan niet onrechtmatig karakter van bedingen is de totstandkoming van de overeenkomst, met andere woorden het moment van de wilsovereenstemming tussen de kredietgever en de consument.

De notaris komt pas tussen wanneer het nuttig is, of respectievelijk er een verplichting geldt om een authentieke akte op te maken. Bij de verkoop van een onroerend goed is het nuttig om een authentieke akte te laten opnemen teneinde deze verkoop tegenstelbaar te maken aan derden. Voor het stellen van een hypotheek ter waarborging van de kredietovereenkomst is het laten opmaken van een authentieke akte een geldigheidsvereiste voor de hypotheekovereenkomst. De kredietovereenkomst op zich als plechtig contract is dan al gesloten overeenkomstig het bepaalde in artikel VII.134 WER; hij wordt dan meestal geïntegreerd in de authentieke akte die de hypotheek vaststelt.

De rol van de notaris bij het verlijden van de authentieke akte gebeurt dus niet bij de contractsluiting, m.a.w. op het ogenblik van de wilsovereenstemming omtrent het krediet, en kan dus geen rechtvaardiging vormen voor de ‘aanvaarding met kennis van zaken’ van bedingen in de kredietovereenkomst die bezwarend zijn voor de consument.

Wel is het zo dat artikel 9, § 1, tweede lid van de wet van 25 Ventôse Jaar XI op het notarisambt⁴⁷ de notaris ertoe verplicht om wanneer hij tegenstrijdige belangen of de aanwezigheid van onevenwichtige bedingen vaststelt, de aandacht van de partijen daarop te vestigen en hen dient mee te delen dat elke partij de vrije keuze heeft om een andere notaris aan te wijzen of zich te laten bijstaan door een raadsman.

⁴⁴ EHJ, 14 maart 2013, zaak C-415/11, Aziz, ECLI:EU:C:2013:164, nr. 79.

⁴⁵ Zie hierover COB 28, Advies inzake de regeling van onrechtmatige bedingen in het voorstel voor richtlijn betreffende consumentenrechten (9 juni 2010), p. 18-19, nr. 4.

⁴⁶ Zie COB 38, Advies over de algemene voorwaarden van sociale netwerksites verwijzend naar o.m. HvJ, 21 maart 2013, zaak C-92/11, RWE Vertrieb tg. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen, ECLI:EU:C:2013:180, punten 43 en 44 en tweede dictum, eerste streepje.

⁴⁷ Zoals deze bepaling is gewijzigd bij wet van 18 juli 2008, B.S. 14 augustus 2008.

De raadgevings- en bijstandsverplichting van de notaris bij het verlijden van de authentieke akte kan een rol spelen bij de bescherming van de consument tegen het gebruik van onrechtmatige bedingen⁴⁸, maar dit doet geenszins afbreuk aan de precontractuele verplichting tot informatieverstrekking omtrent de algemene voorwaarden en de transparantieplichting van geschreven bedingen in hoofde van de kredietverlener, noch de inhoudelijke beoordeling van de bedingen krachtens de bepalingen inzake onrechtmatige bedingen.

Indien de notaris het nalaat om de consument in te lichten omtrent de aanwezigheid van onrechtmatige bedingen in de door hem verleden authentieke akte, kan dit evenwel een fout uitmaken in hoofde van de notaris die kan leiden tot de aansprakelijkheid van de betrokken notaris⁴⁹.

2. Onderzoek van de in de overeenkomsten inzake hypothecair krediet aangetroffen contractvoorwaarden

2.1 Voorwerp van de overeenkomst: hypothecair krediet in de vorm van een specifiek krediet ingevoegd in een kaderovereenkomst

2.1.1 Concept

De consument die een hypothecaire lening wil aangaan voor het financieren van de aankoop van zijn woning, sluit in de praktijk een kaderovereenkomst met de betrokken kredietgever, waaraan dan een specifiek krediet wordt gehecht die de lening betreft voor het financieren van de aankoop van de woning.

In deze kaderovereenkomst worden de zekerheden overeengekomen ter waarborging van de naleving van de betaalverplichtingen van de consument, zoals een hypotheek of een hypothecaire volmacht op de gefinancierde woning of op andere onroerende goederen van de consument, een waarborg door een derde, de inpandgeving van bepaalde goederen.

Dat voor een kaderovereenkomst, met een specifieke kredietovereenkomst voor de lening gekozen wordt, is vooral een gevolg van de hoge (vooral fiscale) kosten waarmee vooral de hypotheekstelling gepaard gaan. Een conventionele hypotheek is heel duur in België, vooral in vergelijking met andere landen en aan het schrappen van de hypothecaire inschrijving zijn eveneens belangrijke kosten verbonden. De consument die later bijvoorbeeld een nieuw krediet voor de verbouwing van zijn woning zou willen aangaan, of die andere leningen zou willen aangaan via die kredietgever, kan zich dan beroepen op die kaderovereenkomst waar de nodige zekerheidsstellingen reeds zijn overeengekomen met die kredietgever zonder bijkomende kosten te moeten stellen voor het vestigen van een nieuwe zekerheid. Deze combinatie van kaderovereenkomst en specifiek krediet dient samen gelezen te worden met de bepalingen inzake "hypotheek voor alle sommen" en "waarborg voor alle sommen", die later behandeld worden. Krachtens die contractvoorwaarden gelden de in de kaderovereenkomst gestelde zekerheden tot zekerheid van alles waartoe de schuldenaar(s) aan de kredietgever verschuldigd is (zijn) én ooit verschuldigd zal (zullen) zijn, en dit zowel in het kader van zijn privé- of professionele relatie met de kredietgever, niet enkel voor wat kredieten betreft, maar ook voor wat eventuele schulden inzake

⁴⁸ Zie in dezelfde zin EHJ, 1 oktober 2015, zaak C-32/14, ERSTE Kredietgever Hungary Zrt. Tg. Attila Sugár, nrs. 57 en 58, ECLI:EU:C:2015:637.

⁴⁹ R. STEENNOT, in STEENNOT, R., STRAETMANS, G., TERRY, E., KEIRSBILCK, B., WYSEUR, B., "Consumentenbescherming (2008-2014) - Marktpraktijken (2011-2014) Overzicht van rechtspraak", in T.P.R. 2015/3-4, (1311-1923), p. 1538, nr. 176.

betalingsverkeer, borgtocht- en garantieverplichtingen betreft, tot beloop van het maximumbedrag in de kaderovereenkomst gesteld of van het bedrag waarvoor zekerheid werd gesteld.

De kredietnemer en eventuele derden verbinden zich in de kaderovereenkomst met andere woorden niet enkel tot het stellen van zekerheden in het kader van kredieten gesloten binnen het kader, maar verbinden zich eveneens voor onbepaalde duur tot het stellen van die zekerheden voor om het even welke schuld die zou voortvloeien uit de privé- of professionele relatie van de kredietnemer met de betrokken kredietgever. Dit bedrag wordt wel begrensd tot het in de kaderovereenkomst aangeduide maximumbedrag of het aangegeven bedrag van de zekerheidsstelling.

De brc Onrechtmatige Bedingen benadrukt in dit opzicht weliswaar dat de noodzaak om tot een dergelijk contractueel kader over te gaan vooral een gevolg is van de fiscale wetgeving en dat in de eerste plaats daar een oplossing moet gezocht worden⁵⁰. De combinatie kaderovereenkomst- specifiek hypothecair krediet vermijdt dan wel onnodige kosten voor de consument, ook voor de kredietgever biedt dit het voordeel dat de consument, wil hij verbouwwerken financieren of andere grote kredieten aangaan waarvoor in de regel zekerheden moeten bedongen worden, noodzakelijkerwijze in de eerste plaats via de kredietgever waar hij de verkrijging van zijn woning mee gefinancierd heeft, langs zal moeten. De zekerheden die bedongen zijn als waarborg voor het naleven van de terugbetaling door de consument zijn immers aan de kaderovereenkomst die met een bepaalde kredietgever gesloten werd gehecht.

Daartegenover staat dan wel dat een dergelijke kaderovereenkomst door beide partijen te allen tijde en zonder enige verantwoording te moeten geven kan opgezegd worden. Bovendien heeft de consument geen enkele verplichting om andere kredieten aan te gaan. Dit vormt evenwel geen compensatie voor het zonder bijzondere toelichting, via een standaardclausule, uitbreiden van de kredietovereenkomst, fictief maken van de wilsovereenstemming, en via een standaardclausule uitbreiden van de specifiek verstrekte waarborgen tot iedere mogelijke schuld waartoe de kredietnemer zou kunnen gehouden zijn ten aanzien van de kredietgever.

2.1.2 Voorbeelden

- Voorbeeld 1

Art. 1. *“De kredietgever verstrekt aan de kredietnemer(s) een kaderovereenkomst van kredietopening voor onbepaalde duur, hieronder kredietopening genoemd.*

De opening kan worden toegekend op één of op meer rekeningen en in de meest uiteenlopende vormen, onder meer in de vorm van:

- a) kaskrediet, kasfaciliteit, voorschot in rekening-courant;*
- b) voorschot op vaste termijn, voorschot in vreemde valuta's;*
- c) Investeringskrediet, hypothecair krediet en andere vormen van krediet op termijn;*
- d) discontokrediet;*
- e) acceptkrediet;*
- f) documentair krediet;*

⁵⁰ Zoals bijvoorbeeld figuren als “le privilège du prêteur de deniers”: art. 2374, 2° Code civil français.

- g) borgstellingskrediet (in de vorm van borgstelling, aval, delcredere, ...) uitgifte van een krediet brief;
- h) krediet onderworpen aan de wet op het consumentenkrediet.

De kredietgever kan evenwel, zonder verplichting terzake, de heropneming in één van de hoger aangehaalde vormen toestaan ten belope van de reeds terugbetaalde bedragen.

Op het ogenblik van de toekenning leggen de partijen schriftelijk de algemene en de bijzondere voorwaarden vast die eigen zijn aan de toegekende kredietvormen of de aanwending ervan. De toekenning van nieuwe kredietvormen heeft, zelfs na opschorting, geen schuldvernieuwing tot gevolg, noch het tenietgaan van de waarborgen die geacht worden de kredietopening te waarborgen.

Het krediet wordt daadwerkelijk ter beschikking van de kredietnemer(s) gesteld en hij/zij kan/kunnen erover beschikken volgens de overeengekomen voorwaarden, zodra hij/zij kan/kunnen bewijzen dat alle voorwaarden waarvan de toekenning afhankelijk werd gemaakt ook daadwerkelijk werden vervuld en dat de overeengekomen waarborgen, zowel tussen de partijen als ten overstaan van derden, rechtsgeldig werden gesteld en de vereiste hypothecaire rang bekleden.

Het feit dat de Kredietgever aan die kredietnemer(s) zou toestaan over het krediet te beschikken vooraleer alle voorwaarden vervuld zijn, kan slechts gezien worden als een loutere gedoogzaamheid die voor de kredietnemer(s) geen aanleiding geeft tot het ontstaan van enig recht, noch schuldvernieuwing met zich brengt, noch verzaking aan om het even welk recht door de Kredietgever, tenzij bij uitdrukkelijke andersluidende overeenkomst."

Hoofdstuk 2, art. 1. Doel

...

Deze vorm van krediet of van aanwending is onderworpen aan de kaderovereenkomst, de onderhavige algemene voorwaarden, de bijzondere voorwaarden, de aflossingstabel in hoofdstuk 3, alsook aan elk toekomstig door de kredietnemer en door de kredietgever ondertekend bijvoegsel. In geval van tegenstrijdige bepalingen hebben de bijzondere voorwaarden voorrang op de algemene voorwaarden en deze hebben op hun beurt voorrang op de bepalingen van de kaderovereenkomst."

Art. 9. Vervroegde ontbinding- opschorting

Behoudens andersluidende wettelijke bepaling en onder voorbehoud van de voorwaarden die eigen zijn aan een bepaalde vorm van krediet, hebben de kredietgever en de kredietnemer(s) het recht geheel of gedeeltelijk een einde te maken aan de kredietopening, of de aanwending van het krediet of een bepaalde vorm van krediet op te schorten, mits een opzegging van ten minste dertig kalenderdagen wordt gegeven, die betekend wordt per aangetekende brief en aanvangt op de dag van de verzending ervan.

- Voorbeeld 2

« Article I – Octroi et montant du crédit

La banque ouvre aux crédités s'engageant solidairement, un crédit de 150.000 euros, consenti et accepté aux conditions du présent acte.

Article III – Caractéristiques de l'ouverture de crédit

L'ouverture de crédit présente les caractéristiques suivantes :

- elle est utilisable par tous modes à convenir entre parties ;
- elle a un caractère revolving, c'est-à-dire que la liquidation totale ou partielle d'une opération imputée sur l'ouverture de crédit n'entraîne pas la diminution du montant de celle-ci ; la tranche devenue disponible peut être réutilisée de la manière convenue entre les parties ;
- sa durée n'est pas limitée ;
- elle est résiliable par chaque partie moyennant un préavis de huit jours adressé par lettre recommandée. La résiliation est sans influence sur les opérations en cours ; en revanche, l'exigibilité avant terme d'une ou plusieurs de ces opérations met fin de plein droit à l'ouverture de crédit ;
- les intérêts débiteurs sont, sous réserve de modifications résultant de conventions particulières intervenues ou à intervenir, prélevés mensuellement et calculés au taux de 2 % par mois.

Article IV – Hypothèque

A la garantie de toutes sommes qui pourraient être dues à la banque du chef des opérations imputées sur l'ouverture de crédit dont question ci-dessus, Monsieur X. et Madame Y. déclarent conférer au profit de la banque, qui accepte, hypothèque spéciale à concurrence de 150.000 euros formant le principal de la présente ouverture de crédit ...

Article V – Imputation d'engagements ...

Tous engagements, exigibles ou non, même éventuels, des crédits agissant ensemble ou pas, seuls ou avec d'autres, solidairement ou non, envers la banque, résultant d'opérations antérieures, concomitantes ou postérieures à la date des présentes, sont et seront imputables sur l'ouverture de crédit accordée et sans que la banque soit tenue de prévenir les crédits, l'imputation résultant de la seule décision de la banque, prise au moment jugé utile par cette dernière. Pareille imputation ne modifiera pas les conditions applicables à l'engagement imputé.

Article X.- Cessions

Pour le cas de non-exécution des obligations imputées sur la présente ouverture de crédit, les crédits déclarent céder à la banque, qui accepte, les loyers des immeubles dont ils sont ou deviendraient propriétaires ainsi que la quotité cessible de leurs rémunérations ...

Article XII – Utilisation

Première utilisation : crédit hypothécaire

Acte de crédit de crédit hypothécaire soumis à la loi du 4 août 1992 modifiée par la loi du 13 mars 1998

§ 1er – Modalités de la première utilisation

En première utilisation de l'ouverture de crédit qui précède, la banque accorde aux emprunteurs, qui acceptent, un crédit de 150.000 euros.

Le crédit est imputé sur l'ouverture de crédit hypothécaire consentie par la banque à l'article I du présent acte.

§ 3 – *Durée, intérêts, remboursement*

Le crédit devra être remboursé dans un délai de 240 mois à partir du 30 du mois suivant l'arrêt définitif des prélèvements dont question à l'article 2.

Le taux d'intérêt appliqué s'élève à 0,239 % par mois, correspondant à un taux annuel réel de 2,9 %...».

2.1.3 Analyse door de brc Onrechtmatige Bedingen

- **Geen geïnformeerde toestemming met betrekking tot het voorwerp van de overeenkomst – transparantievereiste-**

Uit de hiervoor weergegeven voorbeelden blijkt dat de consument in werkelijkheid een overeenkomst van onbepaalde duur sluit, met daaraan aangehecht een kredietovereenkomst ter financiering van het te verwerven (on)roerende goed.

De brc Onrechtmatige Bedingen herhaalt vooreerst dat het aan de onderneming, in casu de financiële instelling, toekomt om de consument op duidelijke en begrijpelijke wijze te informeren over de voornaamste kenmerken van het goed of de dienst dat hij aanbiedt. Enkel dan is er immers sprake van een geldige toestemming⁵¹. Enkel dan kan de consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die er voor hem voortvloeien, inschatten⁵².

De brc Onrechtmatige Bedingen erkent vervolgens dat de beoordeling van het onrechtmatig karakter van bedingen geen betrekking heeft op de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, voor zover die bedingen op duidelijke en begrijpelijke wijze zijn geformuleerd (art. VI.83, derde lid, WER).

Het Europese Hof van Justitie heeft reeds geoordeeld dat deze bepaling, aangezien zij een uitzondering vormt op de inhoudelijke toetsing van onrechtmatige bedingen, strikt moet worden uitgelegd⁵³. Het Hof verduidelijkt vervolgens dat het begrip "eigenlijk voorwerp van de overeenkomst" die bedingen omvat welke de kern van de prestaties van de overeenkomst bepalen en als dusdanig de overeenkomst kenmerken. Bedingen die een aanvulling vormen op de kern van de contractuele verhouding kunnen niet onder het begrip "eigenlijke voorwerp van de overeenkomst" vallen⁵⁴.

Bij de beoordeling dient rekening gehouden te worden met de aard, de algehele opzet en alle voorwaarden van de overeenkomst en met de juridische en feitelijke context ervan. Er dient hierbij ook rekening gehouden te worden met de handelspraktijken die rechtstreeks verband houden met de overeenkomst: hoe wordt de te sluiten hypothecaire leningsovereenkomst voorgesteld door de kredietinstelling?

Bij de beoordeling is het, zoals uit artikel VI.82 derde lid, en uit artikel 4.2. van de richtlijn ook naar voorkomt, vervolgens van wezenlijk belang dat de bedingen omtrent het voorwerp op duidelijke en begrijpelijke wijze zijn geformuleerd, wat inhoudt dat de consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die er voor hem uit voortvloeien, kan verwachten.

⁵¹ Zie bij analogie ook de vereisten gesteld in de Privacyrichtlijn met betrekking tot een geldige toestemming, zoals deze besproken worden in de voorbereidende studie: "From social media service to advertising network: A critical analysis of Facebook's Revised Policies", o.c., p. 12-16.

⁵² O.a. C-96/14 van 23 april 2015, Jean-Claude Van Hove tegen CNP Assurances SA, ECLI:EU:C:2015:262, tweede streepje dictum.

⁵³ *Ibid.*, arrest Van Hove, nr. 31 met verwijzingen.

⁵⁴ *Ibid.*, arrest Van Hove, nr. 33 met verwijzing naar de arresten Kásler en Káslerné Rábai, C 26/13, EU:C:2014:282, punten 49 en 50, en Matei, C 143/13, EU:C:2015:127, punt 54.

Waar de gemiddelde consument verwacht dat hij een specifieke lening aangaat ter verwerving van een onroerend goed of voor het financieren van een ander product (het voorwerp of de kern van de prestaties), kan een dergelijke standaardformule bestaande uit een combinatie van een kaderovereenkomst, met daaraan gekoppeld een specifiek krediet dat het voorwerp vormt van zijn te kennen gegeven wil om een lening aan te gaan, ertoe leiden dat de consument in een veel verdere mate gebonden wordt dan hij kon verwachten.

Een dergelijke combinatie van een kaderovereenkomst van onbepaalde duur voor een bepaald bedrag, waardoor de instemming van de consument losgekoppeld wordt van zijn wens om een lening ter financiering van een bepaalde aankoop te doen, met een specifiek krediet, stemt bijgevolg in de regel niet overeen met de werkelijke gemeenschappelijke bedoeling met betrekking tot het voorwerp van de overeenkomst⁵⁵ (artikel 1156 van het Burgerlijk Wetboek) indien de consument daar niet uitdrukkelijk wordt op gewezen door de kredietgever.

Rekening houdend met al deze elementen besluit de Brc Onrechtmatige Bedingen dat een dergelijke combinatie van standaardbedingen, die de consument redelijkerwijze niet verwacht⁵⁶, in strijd is met de transparantievereiste (art. VI.37, § 1 WER).

De kredietgever moet de consument er bijgevolg uitdrukkelijk op wijzen dat hij in feite een kaderovereenkomst van onbepaalde duur sluit waarbinnen meerdere kredietovereenkomsten kunnen worden overeengekomen, en de voordelen en nadelen van een dergelijke kaderovereenkomst nader toelichten. Het gaat hier immers om door de kredietgever vooraf opgestelde voorwaarden waartoe de consument wordt genoopt in te stemmen zonder dat hij in de regel enige invloed kan uitoefenen op de inhoud van die voorwaarden. Het is voor de consument dan ook van wezenlijk belang dat hij, vóór en bij de sluiting van een overeenkomst, kennisneemt van alle contractvoorwaarden en de gevolgen die aan die sluiting zijn verbonden. Met name op basis van die informatie zal hij beslissen of hij gebonden wenst te zijn door de voorwaarden die de verkoper tevoren heeft vastgelegd⁵⁷.

Een dergelijke combinatie van een kaderovereenkomst en een specifiek krediet mag dan al ingegeven zijn vanuit de zorg geen onnodige kosten voor de inschrijving van zekerheden in hoofde van de consument te creëren, toch mag dit geen afbreuk doen aan deze basisvereisten inzake transparantie en wilsovereenstemming. Een dergelijke combinatie heeft immers tot gevolg dat de consument voor een onbepaalde termijn gebonden wordt aan de financiële instelling, met de aan die kaderovereenkomst verbonden zekerheden, terwijl hij in werkelijkheid enkel een financiering wil van een bepaald product.

In de regel stelt een dergelijke kaderovereenkomst de consument niet kennelijk tot nadeel in zijn contractuele rechten en plichten, buiten het feit dat de consument voor een nieuwe kredietverlening – gezien het kader en de reeds bedongen zekerheden – er enigszins toe genoodzaakt wordt eerst bij zijn aanvankelijke kredietgever langs te gaan (effect van “fidelisering” door de kaderovereenkomst). Wat de door hem overeengekomen zekerheden betreft die in de kaderovereenkomst van onbepaalde duur opgenomen worden, blijft hij immers krachtens artikel 7 van de hypotheekwet persoonlijk verbonden om zijn verbintenissen na te komen, onder verband van al zijn goederen, hetzij roerende, hetzij onroerende,

⁵⁵ Zie ook COB 32, Advies inzake bedingen, in overeenkomsten tot aankoop van een bouwterrein, m.b.t. het bouwen door een bepaalde onderneming (15 februari 2012), p. .

⁵⁶ Vergelijk met artikel 2.1.20. Unidroit “Principles of International Commercial Contracts”:

“1. No term contained in standard terms which is of such a character that the other party could not reasonably have expected it, is effective unless it has been expressly accepted by that party.

2. In determining whether a term is of such a character regard is to be had to its contents, language and presentation.”

⁵⁷ Arrest Radlinger: HvJ, 23 april 2016, zaak C-377/14, Arrest van het Hof (Derde kamer) van 21 april 2016, Ernst Georg Radlinger en Helena Radlingerová tegen FINWAY a.s., ECLI:EU:C:2016:283, nr. 64, verwijzend naar HvJ, 16 januari 2014, Constructora Principado, C-226/12, EU:C:2014:10, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

zo tegenwoordige als toekomstige. De bedongen zekerheden laten de schuldeiser enkel toe om bij voorrang op de gewone schuldeisers betaald te worden, alsook om het eventueel in hypotheek gegeven goed te kunnen volgen in welke handen het zich ook bevindt. Er kan dus niet besloten worden dat dit gebrek aan transparantie een op zich een kennelijk onevenwicht creëert tussen de rechten en plichten van de partijen ten nadele van de consument: hij is immers altijd met heel zijn vermogen verbonden tot nakoming van zijn verbintenissen, en een dergelijke contractuele regeling voegt daar niets aan toe. Anderzijds heeft het opnemen van deze zekerheden in de kaderovereenkomst wel de onbeschikbaarheid van de in zekerheid gegeven goederen tot gevolg en is de consument, wil hij een ander krediet aangaan, in principe gebonden door de kaderovereenkomst.

Wat dit laatste element betreft, met name de contractuele binding voor onbepaalde duur ingevolge de kaderovereenkomst, is het wel zo dat de kaderovereenkomst doorgaans op soepele wijze beëindigd kan worden. Dit blijkt bijvoorbeeld uit art. 9 van voorbeeld nr. 1, waar een opzegtermijn van één maand geldt voor de beëindiging van de kaderovereenkomst. De term “vervroegde ontbinding” is in dit opzicht wel misleidend, aangezien het hier gaat om het recht om de overeenkomst van onbepaalde duur te beëindigen, los van enige wanprestatie.

- **Onrechtmatig indien zekerheidsstelling door een derde**

Zoals reeds besproken, strekt de kaderovereenkomst ertoe alle bedongen zekerheden in het kader op te nemen, los van het specifiek aangegane krediet. Waar dit, indien aan de transparantievereiste is voldaan, de schuldenaar in principe zelf niet kennelijk tot nadeel stelt aangezien hij de controle heeft over zijn schulden, en hij sowieso met heel zijn vermogen moet instaan voor eventuele schulden, is de situatie helemaal anders in het geval van zekerheidsstelling door een derde.

De derde die zich persoonlijk garant stelt of die aanvaardt om een zakelijke zekerheid te stellen voor de schulden van een ander verleent op die manier immers een recht op beslaglegging aan de schuldeiser, dat die schuldeiser nooit zou genieten zonder de vestiging van die zekerheid. Bijgevolg stelt de persoon die aanvaardt om de schuld van een ander persoonlijk te waarborgen, ten belope van het bedrag van de waarborg al zijn goederen en inkomsten open voor beslag aan de schuldeiser, en geldt dit door de kaderovereenkomst niet enkel voor het toegezegde krediet, maar voor elk krediet gesloten binnen de kaderovereenkomst. Dit geldt ook voor de persoon die erin toestemde een hypotheek te verlenen op zijn onroerend goed ter zekerheid van het krediet van een andere kredietnemer voor een bepaald bedrag: de zekerheid is niet meer beperkt tot het specifieke krediet, maar wordt uitgebreid tot elke kredietovereenkomst gesloten binnen de kaderovereenkomst.

Er kan hierbij opgemerkt worden dat er niet alleen sprake is van derde-zekerheidsstelling indien het gaat om een derde die geen partij is bij de kaderovereenkomst, maar ook indien het gaat om schulden die gezamenlijk worden aangegaan door meerdere schuldenaars, maar waar krachtens een beding de kredietgever zich het recht voorbehoudt om eenzijdig in het kader andere schulden onder te brengen, die één van de schuldenaars afzonderlijk zou hebben aangegaan.

Zoals bijvoorbeeld uit artikel V van voorbeeld 2 blijkt, bedingt de kredietgever dat *“alle verbintenissen, al of niet opeisbaar, en zelfs voorwaardelijk, van de schuldenaars die gezamenlijk of individueel handelen, in eigen naam of met anderen, al of niet hoofdelijk gehouden, jegens de kredietgever, of het nu gaat om aan deze overeenkomst voorafgaande verrichtingen, gelijktijdig aangegane verrichtingen of later aangegane verrichtingen, zijn en zullen toerekenbaar zijn op de hier verleende kredietopening, zonder dat de kredietgever ertoe gehouden is om de kredietnemers te verwittigen. De kredietgever kan hiertoe eenzijdig beslissen op het moment dat zij dit nuttig acht. Deze toerekening zal geen invloed hebben op de toepasselijke voorwaarden op de toegerekende verbintenis.”*

Een dergelijk beding strekt erin mensentaal toe dat de kredietgever zich het recht voorbehoudt om in de kaderovereenkomst een afzonderlijk aangegane schuld van één van de kredietnemers op te nemen, en op die manier te genieten van de binnen het kader door beide kredietnemers gezamenlijk overeengekomen zekerheden. Zoals uit artikel I van voorbeeld 2 blijkt, verbinden de schuldenaars zich bovendien ook hoofdelijk tot nakoming van de verbintenissen binnen het kader.

Dit heeft tot gevolg dat meerdere kredietnemers (bijvoorbeeld een koppel), bij het stellen van bijvoorbeeld een woonkrediet, zich wederzijds persoonlijk garant stellen, weliswaar ten belope van het in het kader aangegeven bedrag, voor alle andere schulden welke hun medeschuldenaar afzonderlijk, of samen met andere schuldenaars, zou aangegaan zijn met de kredietgever.

Een dergelijke derde-zekerheidsstelling gesteld in een algemene kaderovereenkomst creëert naar de mening van de Brc Onrechtmatige Bedingen een kennelijk onevenwicht tussen de rechten en de plichten van de partijen, ten nadele van de derde-consument, en is bijgevolg in strijd met de algemene norm (I.8.22° WER). Zoals later uitvoerig zal besproken worden, is een dergelijke algemene zekerheidsstelling bovendien in strijd met VII.147/26 WER. Deze bepaling strekt ertoe dat derden-consumenten enkel zekerheid kunnen stellen ten belope van het gewaarborgde bedrag voor de kredietovereenkomst waarvoor zij voorafgaandelijk en gratis een exemplaar van het krediet hebben ontvangen en een algemene zekerheidsstelling door een derde-consument, bijvoorbeeld krachtens een kaderovereenkomst inzake krediet, is verboden⁵⁸.

Wat de zekerheidsstelling door derden in het algemeen betreft, stellen de vertegenwoordigers van de ondernemingen voor om telkens als de derde-zekerheidsstelling zou worden uitgebreid tot andere kredietovereenkomsten binnen het kader van de kredietovereenkomst waarvoor zekerheid wordt verleend, de kredietgever aan de betrokken derde kennis geeft van de nieuwe lening en deze ermee akkoord moet gaan dat zijn zekerheid ook deze nieuwe lening dekt, of er zich binnen een vooraf bepaalde termijn tegen moet kunnen verzetten dat zijn zekerheid ook deze nieuwe lening dekt⁵⁹. Deze tweede oplossing vermijdt dat er bijvoorbeeld sprake zou zijn van een nieuwe hypotheekvestiging, wat fiscaal/hypotheekrechtelijk ongunstig zou zijn voor de consument.

Een dergelijke 'default'-optie, los van de vraag of deze de keuzevrijheid van de derde-zekerheidssteller onverlet laat, betreft vooral het hypotheekrecht, en het behoort niet aan de Brc Onrechtmatige Bedingen om een standpunt in te nemen over de vereiste van het naleven van de authentieke vorm zoals deze volgt uit artikel 76 van de hypotheekwet.

Aanbeveling nr. 1: Kaderovereenkomst inzake krediet

De brc voor Onrechtmatige Bedingen beveelt vooreerst aan dat de consument duidelijk geïnformeerd wordt over de omstandigheid dat hij in de regel een kaderovereenkomst inzake krediet aangaat, waarin het hypothecair krediet dat hij wenst aan te gaan, wordt opgenomen.

Wordt een hypothecair krediet opgenomen in een kaderovereenkomst, dan volgt uit de transparantievereiste immers dat de consument, die normaliter verwacht een specifiek hypothecair krediet voor een bepaalde termijn onder bepaalde voorwaarden aan te gaan, uitdrukkelijk in kennis gesteld moet worden van de omstandigheid dat hij een kaderovereenkomst van onbepaalde duur sluit waarin de gestelde zekerheden zijn opgenomen, en waarin de overeenkomst inzake hypothecair krediet is opgenomen. De kredietgever moet daarbij de voordelen en nadelen van een dergelijke combinatie

⁵⁸ Cf. infra, o.m. in VI. Zekerheidsstelling, Afdeling 1. Waarborg alle schulden, § 3, 2., laatste streepje, Afdeling 2. Hypotheek alle schulden, II.B.

⁵⁹ Zie in dezelfde zin J. VANNEROM en E. CASIER, "Enkele topics van het vernieuwde hypothecair kredietrecht", in *Financieel forum/ Bank- en Financieel recht*, Larcier, 2017/I, (11-41), 39.

kaderovereenkomst- kredietopening nader toelichten. Het is voor de consument immers van wezenlijk belang dat hij, vóór en bij de sluiting van een overeenkomst, kennisneemt van alle contractvoorwaarden en de gevolgen die aan die sluiting zijn verbonden. Met name op basis van die informatie zal hij beslissen of hij gebonden wenst te zijn door de voorwaarden die de kredietgever tevoren heeft vastgelegd. Het beroep op de term “kredietopening” mag niet tot verwarring leiden.

De zekerheidsstelling door een derde die wordt opgenomen in de kaderovereenkomst heeft tot gevolg dat deze derde niet enkel zekerheid stelt voor de overeenkomst inzake hypotheccair krediet, maar ook, onder voorbehoud van de vereiste van voorzienbaarheid, voor iedere ander krediet die in de kaderovereenkomst zou worden opgenomen. Er is ook sprake van zekerheidsstelling door een derde indien schuldenaars die gezamenlijk een hypotheccair krediet hebben aangesloten krachtens de kaderovereenkomst eveneens aansprakelijk gesteld worden voor individuele schulden van de medeschuldenaar.

Bedingen in de kaderovereenkomst die de zekerheidsstelling door een derde uitbreiden tot kredieten waarvoor hij zich niet uitdrukkelijk toe verbond, zijn – onafgezien van de omstandigheid dat een dergelijke derde-zekerheidsstelling reeds strijdig kan zijn met de specifieke regelen voor de betrokken zekerheidsstelling- in principe onrechtmatig krachtens de algemene norm (art. 1.8.22° WER). Zij zijn bovendien ook in strijd met artikel VII.147/26 WER, bij afwezigheid van overhandiging aan de derde-zekerheidssteller, vóór zijn toestemming, van een exemplaar van de kredietovereenkomsten die gewaarborgd worden door de zekerheid die hij overeengekomen is.

Met betrekking tot de zekerheidsstelling door een derde stellen de vertegenwoordigers van de ondernemingen evenwel voor om contractueel te voorzien dat bij elke heropname het voorafgaand akkoord van de derde-waarborgsteller vereist is. De brc Onrechtmatige Bedingen is van mening dat deze werkwijze, beoordeeld op basis van de bepalingen van Boek VI WER geen onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van de partijen ten nadele van de consument in de mate de consument met kennis van zaken en met volledige keuzevrijheid in kan gaan op een nieuwe zekerheidsstelling.

De brc Onrechtmatige Bedingen merkt op dat een dergelijk voorstel ook zou dienen onderzocht te worden vanuit de geldigheid in het hypotheekrecht, in het bijzonder de vereiste van het naleven van de authentieke vorm zoals deze volgt uit artikel 76 van de hypotheekwet, en vanuit de geldigheid op basis van de bepalingen van Boek VII, in het bijzonder artikel VII. 147/26 WER. Het behoort evenwel niet aan de brc Onrechtmatige Bedingen om hierover in de één of andere zin een standpunt in te nemen.

2.2 Verdere gevolgen verbonden aan de kaderovereenkomst waarin het hypotheccaire krediet is gevoegd – samenlezing bijzondere voorwaarden en voorwaarden kaderovereenkomst

In rubriek I werd reeds nader ingegaan op de combinatie kaderovereenkomst van onbepaalde duur, waarin de bedongen zekerheden worden opgenomen, en de specifieke overeenkomst inzake hypotheccair krediet. In deze rubriek wordt aanvullend nagegaan of bepaalde specifieke bedingen die in de kaderovereenkomst zijn opgenomen al dan niet onrechtmatig zijn.

(1) Volledige beoordelingsvrijheid in het al dan niet toekennen van nieuwe kredieten

- *Bijvoorbeeld*

Bij het openen van een krediet of bij een latere overeenkomst zullen de partijen overeenkomen in welke vorm het krediet zal worden gebruikt. De Kredietgever heeft het recht bepaalde kredietvormen te weigeren. Hij zal zijn weigering nooit dienen te rechtvaardigen.

- **Commentaar**

Zoals de sector ook aangeeft, moet de beslissing van een kredietverlener om al dan niet krediet toe te kennen gebeuren na een zorgvuldige analyse van de kredietwaardigheid van de consument. Ook mag erkend worden dat de contractvrijheid inhoudt dat de kredietverlener het recht heeft om al dan niet te contracteren en dus een bepaald krediet al dan niet toe te staan.

Wel is de kredietgever ertoe gehouden de nodige duidelijkheid te verschaffen omtrent mogelijke opnames binnen de kaderovereenkomst. Indien nodig moet een kredietweigering dan ook gemotiveerd worden.

(2) Looptijd kredietovereenkomst en beëindiging

Voorbeelden

- **Voorbeeld 1**

“Het feit dat een vorm van krediet voor een welbepaalde termijn wordt toegekend, maakt geen inbreuk op het beginsel dat de kredietopening voor onbepaalde duur afgesloten is. Indien na afloop van de voor een bepaalde aanwending of vorm van krediet vastgestelde termijn, niets werd bedongen met betrekking tot de vernieuwing ervan, wordt de kredietopening van rechtswege opgeschort ten belope van het bedrag dat voor deze aanwending voorzien was, tot wanneer een heropneming of een andere vorm van aanwending overeengekomen wordt.

Ook wanneer de kredietopening ter beschikking gesteld wordt in schijven, wordt zij, ongeacht of de terugbetaling al dan niet voortijdig geschiedt, van rechtswege opgeschort ten belope van elke terugbetaalbare schijf, tot wanneer een heropneming of een andere vorm van aanwending overeengekomen wordt.

Elk van de partijen kan per aangetekende brief en zonder opzeggingstermijn een einde maken aan de kredietopening ten belope van de bedragen die door deze opschorting getroffen zijn.

Behoudens het recht het contract op te zeggen overeenkomstig artikel 9, wordt de kredietopening niet van rechtswege vernietigd in geval van overlijden van de kredietnemer(s) wiens rechten en verplichtingen overgenomen worden door de rechthebbenden.”

- **Voorbeeld 2**

- beëindiging:

IV., tweede lid,: Onverminderd de bedingen van onmiddellijke opzegging, bepaald in het Algemeen Reglement, kan de kredietgever, te allen tijde en zonder enige verantwoording te moeten geven, ook in geval van overmacht, een einde stellen aan de kredietopening of deze verminderen, met een aanvaardbare opzegging van minimaal acht dagen, betekend aan de kredietnemer met een aangetekende brief.

- **Voorbeeld 3**

4.1 Artikel XX: Beëindiging – opzegging van de kredietopening

De partijen kunnen, met een opzegtermijn van acht dagen, bij een ter post aangetekende brief, een einde maken aan deze kredietopening. Deze opzegging heeft geen invloed op de reeds toegestane voorschotten. De vervroegde opeisbaarheid van een of meerdere voorschotten stelt van rechtswege een

einde aan de kredietopening. Bij beëindiging van de kredietopening waarborgt de hypotheek de reeds toegestane voorschotten tot hun volledige terugbetaling.

Op straffe van beëindiging van zowel de kredietopening als van de reeds toegestane voorschotten mogen de in waarborg gegeven onroerende goederen gedurende de ganse duur van deze kredietopening en tot de volledige en definitieve terugbetaling van de reeds toegestane voorschotten en de vereffening van alle schulden niet vervreemd noch bezwaard worden, noch in huur gegeven worden voor meer dan negen jaar of tegen een prijs onder de normale huur, noch mogen de kredietnemers zonder voorafgaande uitdrukkelijke toestemming van de kredietgever op voorhand meer dan drie maanden huur ontvangen, verbinden of overdragen.

Commentaar

Door de combinatie kaderovereenkomst- specifiek krediet, ontstaat er enerzijds een contract van bepaalde duur (het specifieke krediet), en anderzijds een overeenkomst van onbepaalde duur (de kaderovereenkomst), waarin de waarborgen en zekerheden zijn opgenomen en vaak ook het toegestane bedrag van kredietverlening dat opgenomen kan worden of in voorkomend geval heropgenomen kan worden, voorkomt⁶⁰.

Dit heeft tot gevolg dat ook indien de hypothecaire lening afgelost is, de consument verbonden blijft ten aanzien van de kredietgever, en dat de bedongen waarborgen en zekerheden gehandhaafd blijven, met desgevallend de mogelijkheid om voor het nog niet in het kader van de kaderovereenkomst opgenomen bedrag een ander krediet aan te vragen aan de kredietgever.

Wat deze in de kaderovereenkomst bedongen waarborgen en zekerheden betreft, heeft dit eveneens voor gevolg dat de eigenaar van de “in waarborg gegeven onroerende goederen” geen enkele beschikkingsbevoegdheid heeft over deze onroerende goederen gedurende de ganse duur van de kaderovereenkomst en tot de volledige en definitieve terugbetaling van de reeds toegestane voorschotten en de vereffening van alle schulden(zie voorbeeld 3, tweede alinea).

1. Duur

In zoverre de consument zich met kennis van zaken verbindt tot het sluiten van een overeenkomst van onbepaalde duur, dient in een redelijke opzeggingstermijn in hoofde van beide partijen voorzien te worden, die de partij jegens wie opgezegd wordt in staat moet stellen om zich aan te passen aan de situatie die is ontstaan wegens die eenzijdige opzeg. De brc Onrechtmatige Bedingen merkt vervolgens op dat deze redelijke opzegtermijn als compensatie voor de gebondenheid voor onbepaalde duur duidelijk moet worden vermeld.

In ieder geval moet een dergelijke opzegmogelijkheid bestaan voor de beide partijen⁶¹.

Zoals door de sector terecht is opgemerkt, kan een dergelijke opzeg enkel gevolgen voor de toekomst hebben, en heeft zij niet tot gevolg dat de bedragen die reeds voor een bepaalde duur geleend werden, onmiddellijk opeisbaar zouden worden.

In hoofde van de consument is een zo kort mogelijke opzegtermijn voor de kaderovereenkomst een positieve zaak: zo wordt hij immers zo vlug als mogelijk bevrijd van de verbintenissen die een gevolg zijn van het aangegane krediet (verleende zekerheden, onbeschikbaarheid van de ter zekerheid gestelde

⁶⁰ Zie hoger, I. Voorwerp van de overeenkomst.

⁶¹ Dus niet enkel voor de kredietinstelling zoals bepaald in voorbeeld 2.

goederen of waarborgen), weliswaar rekening houdend met het feit dat de lopende specifieke kredieten gewaarborgd blijven.

De brc Onrechtmatige Bedingen stemt in met het voorstel van de sector om deze tot één maand te verlengen.

2. Beperking van de beschikkingsonbevoegdheid voor onbepaalde duur met betrekking tot de in waarborg gegeven goederen

Doordat de consument zich voor een onbepaalde duur verbindt door middel van een kaderovereenkomst met de daarin bedongen waarborgen en zekerheden, wordt soms bedongen dat het de consument onder meer verboden is om gedurende de gehele duur van de kaderovereenkomst, de in waarborg gegeven goederen te vervreemden, te bezwaren, in huur te geven voor meer dan negen jaar of voor een prijs onder de normale huur. Het is uit de redactie van dit beding niet duidelijk af te leiden of dit verbod enkel geldt "tot de volledige en definitieve terugbetaling van de reeds toegestane voorschotten en de vereffening van alle schulden" (zie voorbeeld 3).

Indien en in de mate dat een dergelijke verregaande inperking van de beschikkingsbevoegdheid van de eigenaar onverkort zou gelden, zonder inachtnaam van de toegestane kredieten en met name de omstandigheid dat het hypothecair krediet zou afgelost zijn, creëert een dergelijk beding een kennelijk onevenwicht tussen de rechten en de plichten van de partijen, ten nadele van de consument (art. 1.8.22° WER).

Aanbeveling nr. 2.

Indien de consument met kennis van zaken een kaderovereenkomst van onbepaalde duur aangaat waarin zijn hypothecair krediet wordt opgenomen, dan creëert een dergelijke overeenkomst zowel verbintenissen in hoofde van de consument als van de kredietgever. Enerzijds is de kredietgever gehouden tot duidelijkheid omtrent de voorwaarden inzake eventuele andere kredietopnames in het raam van de kaderovereenkomst en kan hij niet in het algemeen stellen tot geen enkele rechtvaardiging gehouden te zijn in geval van weigering van een bepaalde kredietopname.

Gaat een consument met kennis van zaken een kaderovereenkomst voor onbepaalde duur aan, dan vereist het evenwicht in de contractuele rechten en plichten dat daartegenover een redelijke opzegtermijn gesteld wordt voor beide partijen die duidelijk vermeld moet worden. De brc Onrechtmatige Bedingen stemt ermee in dat een dergelijke redelijke opzegtermijn één maand kan bedragen.

Wat de in de kaderovereenkomst van onbepaalde duur opgenomen zekerheidsstellingen betreft die in de regel werden onderhandeld met het oog op de toekenning van de hypothecaire kredietovereenkomst, kunnen clausules die de beschikkingsbevoegdheid van de in zekerheid gegeven goederen in verregaande mate beperken, niet voor onbepaalde duur gelden, zonder dat er enige band zou zijn met een specifiek overeengekomen krediet.

2.3 Informatieverstrekking omtrent de contractuele voorwaarden en kennisname- en aanvaardingsbedingen

2.3.1 Juridische stellingname

Zoals reeds hoger is opgemerkt⁶² komt het aan de kredietverlener toe om de consument vooraleer deze gebonden is door de overeenkomst, op duidelijke en begrijpelijke wijze in te lichten omtrent de voornaamste kenmerken van het product en omtrent de verkoopvoorwaarden. Enkel het moment van het sluiten van de overeenkomst is hier dus van belang, met name het ogenblik waarop er wilsovereenstemming is tussen de kredietgever en de kredietnemer, wat doorgaans gebeurt bij de aanvaarding, door ondertekening, van het kredietaanbod uitgaande van de kredietgever.

Vooraleer de consument gebonden wordt door de overeenkomst, dient hij bijgevolg niet alleen de nodige bij wet vereiste informatie te krijgen omtrent de kredietovereenkomst, maar dient hij ook in kennis gesteld te worden van de door de kredietgever bedongen contractvoorwaarden.

Bij het kredietaanbod van de kredietverstrekker dat de consument ter aanvaarding wordt voorgelegd dient de consument dus eveneens kennis te kunnen nemen van alle contractvoorwaarden, zodat hij eveneens op basis van de voorwaarden die de kredietverstrekker van tevoren heeft vastgelegd kan beslissen of hij wenst gebonden te zijn door de overeenkomst⁶³.

De vereiste van informatieverstrekking omtrent de algemene voorwaarden vooraleer de consument wordt gebonden door de overeenkomst, waarbij deze voorwaarden op een duidelijke en begrijpelijke manier dienen te worden weergegeven en medegedeeld, kan dus niet gecompenseerd worden door de plicht tot raadgeving en bijstand van de notaris bij het latere verlijden van de authentieke akte, die onder meer betrekking heeft op het vestigen van de aandacht van de partijen op de aanwezigheid van onevenwichtige bedingen⁶⁴.

Zoals reeds meermaals is gesteld in vorige adviezen⁶⁵, is de omstandigheid of de consument gewezen werd op het bestaan en de inhoud van de contractvoorwaarden een feitenkwestie.

Bedingen die de kennisname en de aanvaarding van door de kredietgever op de contractuele relatie van toepassing verklaarde voorwaarden vaststellen, en die de effectieve kennisname en aanvaarding bemoeilijken, hetzij door de formulering van dit beding, hetzij door de beperkte mogelijkheden van de consument om elementen te verstrekken die het tegenbewijs leveren, kunnen hetzij onrechtmatig bevonden worden krachtens de artikelen VI.83, 21° en of VI.83, 26° WER omdat het op die manier voor de consument de facto moeilijk wordt om aan te voeren dat hij niet gewezen werd op de voorwaarden en er geen kennis van kon nemen (omkeren van de bewijslast of het op ongeoorloofde wijze beperken van de bewijsmiddelen waarop de consument een beroep kan doen, artikel VI.83, 21° WER), hetzij moeilijk

⁶² Zie Hoofdstuk 1, Afdeling 3.

⁶³ Zie o.m. het arrest RWE-Vertrieb, *EHJ* 21 maart 2013, nr. C-92/11, nr. 44 en 1ste dictum, eerste streepje, ECLI:EU:C:2013:180.

⁶⁴ Zie artikel 9, § 1, tweede lid, van de wet van 25 Ventôse jaar 11 (16 maart 1803) op het notarisambt, zoals gewijzigd door artikel 9 van de wet van 18 juli 2008, B.S. 14 augustus 2008. Zie in dit verband ook *EHJ* 1 oktober 2015, ERSTE Bank Hungary Zrt. Tg. Attila Sugár, nr. C-32/14, ECLI:EU:C:2015:637, 01/10/2015.

⁶⁵ Zie o.m. COB 23, Advies inzake de contractuele voorwaarden in de overeenkomsten tussen videotheken en consumenten (19 december 2007), p. 5-7.

aannemelijk lijkt dat de consument de toepassing van deze voorwaarden met kennis van zaken aanvaardde (aanvaardingsbedingen, artikel VI.83, 26° WER)⁶⁶.

Er kan voor wat kredietovereenkomsten met consumenten vervolgens ook gewezen worden op een specifieke bepaling in artikel VII.2, § 4, tweede lid WER. Deze bepaling luidt als volgt:

“Onverminderd de bepalingen van artikelen VII.54 zijn elk van de bedingen en voorwaarden of de combinaties van bedingen en voorwaarden verboden en nietig van rechtswege voor zover die ertoe strekken de bewijslast voor de naleving van alle of een deel van de in dit boek bedoelde verplichtingen die rusten op de betalingsdienstaanbieder, de kredietgever of de kredietbemiddelaar, op de betalingsdienstgebruiker of de consument te leggen. Het komt aan de kredietgever toe het bewijs te leveren dat hij heeft voldaan aan de verplichtingen inzake kredietwaardigheidsbeoordeling, bedoeld in de artikelen VII.69, VII.75 en VII.77, van de consument en desgevallend van de steller van een persoonlijke zekerheid.”

Voor wat de bewijslast voor o.m. het naleven van de informatieverplichtingen betreft (a) , en bedingen die de ontvangst en de kennisname van deze te verstrekken informatie vaststellen (b), kan tenslotte verwezen worden naar een arrest van het Europese Hof van 18 december 2014, het arrest nr. C-449/13 Consumer Finance. In dit arrest ging het weliswaar in het bijzonder over het formulier “Europese standaardinformatie inzake consumentenkrediet”.

(a) Wat de bewijslast betreft voor het naleven van de uit de richtlijn consumentenkrediet volgende verplichtingen tot het verstrekken van passende informatie door de kredietgever en de manier waarop dit moet wordt bewezen, stelde het Hof dat een doeltreffende uitoefening van de door de richtlijn 2008/48 aan de consument verleende rechten vereist dat het aan de kredietgever toekomt om aan te tonen dat hij zijn precontractuele verplichtingen naar behoren is nagekomen⁶⁷.

(b) Wat standaardbedingen betreft waarin bepaald wordt dat “de consument erkent de vereiste informatie te hebben ontvangen en er kennis van te hebben genomen”, oordeelt het Hof dat een dergelijk beding de kredietgever niet de mogelijkheid mag geven om zijn verplichtingen te omzeilen. Een dergelijk soort beding mag een aanwijzing vormen die door de kredietgever verder moet worden gestaafd aan de hand van één of meerdere relevante bewijzen. Bovendien moet de consument op basis van elementen kunnen aanvoeren dat hij het informatieformulier niet heeft ontvangen of dat de kredietgever daarmee niet heeft voldaan aan de door hem na te komen precontractuele informatieverplichtingen⁶⁸.

2.3.2 Voorbeelden en commentaar

Voorbeelden

- Voorbeeld 1

“Behoudens schriftelijk vastgelegde andersluidende bepalingen en/of bijzondere voorwaarden van het aanbod, worden de door de Kredietgever toegestane kredietopeningen, hieronder begrepen alle verrichtingen die een verbintenis tegenover haar inhouden, beheerst door de Algemene

⁶⁶ Zie in dezelfde zin *EHJ* 18 december 2014, zaak C-449/13, CA Consumer Finance SA tg. Ingrid Bakkaus, Charline Bonato, Florian Bonato, inz. punten 28-31 en eerste dictum, tweede streepje, ECLI:EU:C:2014:2464.

⁶⁷ *EHJ*, 18 december 2014, zaak C-449/13, CA Consumer Finance tegen Ingrid Bakkaus, Charline Bonato (geboren Savary), Florian Bonato, ECLI:EU:C:2014:2213, nr. 28 en eerste dictum, eerste streepje.

⁶⁸ *EHJ*, 18 december 2014, C-449/13, *ibid.* vorige noot, nr. 30, en eerste dictum, tweede streepje.

Bankvoorwaarden en door de hierna volgende clausules, die primeren op deze van de Algemene Bankvoorwaarden ingeval van afwijking tussen beide.”

- **Voorbeeld 2**

“De kredietnemer verklaart een schriftelijk aanbod van de Kredietgever ontvangen te hebben, dat alle voorwaarden van het contract en de geldigheidsduur van het aanbod omvat; hij verklaart eveneens een kopie van de vestigingsakte van onderhavige akte en van het Algemeen Reglement ontvangen te hebben.”

- **Voorbeeld 3**

Art. 1. De bedingen en voorwaarden van dit Algemeen Reglement zijn ten volle gekend door de kredietnemer die verklaart ermee in te stemmen. Het wordt door partijen en de notaris “ne varietur” ondertekend, aan partijen voorgelezen en aan onderhavige akte gehecht om er één geheel mee uit te maken.

- **Voorbeeld 4**

« Le notaire a informé les parties des obligations de conseil impartial imposées au notaire par les lois organiques du notariat. Ces dispositions exigent du notaire, lorsqu'il constate l'existence d'intérêts contradictoires ou non proportionnés, d'attirer l'attention des parties sur le droit au libre choix d'un conseil, tant en ce qui concerne le choix du notaire que d'autres conseillers juridiques. Le notaire est tenu d'informer les parties de leurs droits et obligations en toute impartialité. »

Commentaar

In het eerste voorbeeld wordt enkel gesteld dat de kredietopening beheerst wordt door de Algemene Bankvoorwaarden en de specifieke voorwaarden van het kredietaanbod. Zoals hoger uiteengezet dient de kredietgever dan wel de consument te wijzen op deze Algemene Bankvoorwaarden en hem de effectieve mogelijkheid te verlenen van deze voorwaarden kennis te nemen indien hij deze deel wil laten uitmaken van wat de partijen overeenkomen.

Wat het tweede voorbeeld betreft, stelt er zich geen probleem indien dit beantwoordt aan de feitelijke situatie en de kredietnemer effectief een kopie van de genoemde documenten zou ontvangen hebben. Een dergelijk beding mag echter niet het enige element zijn waarop de kredietgever zich steunt om aan te tonen dat de kredietgever wel degelijk de te verstrekken informatie heeft medegedeeld, noch mag een dergelijk beding tot gevolg hebben dat hierdoor de consument de mogelijkheid wordt ontnomen om aan te tonen dat hij die informatie niet heeft ontvangen.

Voorbeeld 3 is geput uit een ontwerp van authentieke akte. Zoals reeds verduidelijkt, dient de consument vooraleer hij gebonden wordt door de overeenkomst kennis te kunnen nemen van de contractvoorwaarden en deze te aanvaarden. Een dergelijke ‘verklaring’ van kennisname en aanvaarding kan bijgevolg nooit afbreuk doen aan de precontractuele informatieverplichting van de kredietgever en de mogelijkheid in hoofde van de consument om aan te voeren dat hij de vereiste informatie ten gepaste tijde niet heeft ontvangen, noch kan dit beding tot gevolg hebben dat hierdoor onweerlegbaar of op moeilijk weerlegbare wijze zijn instemming vastgesteld wordt.

In de voorbeelden 3 en 4 wordt bovendien via een standaardbeding vastgesteld dat de notaris aan zijn plicht tot bijstand heeft voldaan, wat onder meer inhoudt dat de notaris de aandacht van de partijen vestigt, onder meer op de aanwezigheid van onevenwichtige bedingen.

In voorbeeld 3 wordt daarbovenop gesteld dat het contract “ne varietur” wordt ondertekend door de partijen en de notaris, met andere woorden zonder dat dit gewijzigd kan worden. Zoals in hoofdstuk 1 is verduidelijkt⁶⁹, bestaat de taak van de notaris er onder meer in het ontwerp van authentieke akte door te nemen met de partijen en de bedingen in deze akte toe te lichten. De notaris dient de partijen in dit opzicht eveneens te wijzen op het bestaan van onevenwichtige bedingen⁷⁰. Indien hij van oordeel is dat dit het geval is, dan dient hij dit op de minuut van de akte te vermelden door middel van een beding dat als volgt kan luiden: “zonder dat deze waarschuwing geïnterpreteerd kan worden als een verzaking door de consument aan zijn rechten, heeft ondergetekende notaris een specifieke opmerking gegeven omtrent dit beding in de algemene voorwaarden in het licht van dit wettelijk voorschrift waar hij op dit ogenblik lezing van heeft”.

Wat de vaststelling via een beding in de authentieke akte dat de notaris zijn bijstandsplicht vervuld heeft, strekt dit er enkel toe te verduidelijken dat de notaris de authentieke akte met de daarin voorkomende clausules nader toegelicht heeft. De notaris kan enkel vaststellen wat de partijen reeds overeengekomen zijn in de onderhandse akte, en kan niet terugkomen op wat reeds overeengekomen is tussen de partijen, zelfs al gaat het in werkelijkheid om een toetredingscontract. De bewoording “ne varietur” duidt er enkel op dat de notaris vaststelt dat het geschrift met bijlage, zoals dit ondertekend zal worden, een weergave vormt van de wil van beide partijen, en als zodanig ter ondertekening voorgelegd wordt aan de partijen.

De brc Onrechtmatige Bedingen is evenwel van oordeel dat de gemiddelde consument de draagwijdte van het begrip “ne varietur” waarschijnlijk niet kan inschatten, en beveelt daarom aan dit begrip te vervangen door een begrijpelijker formulering, erop duidend dat het geschrift, zoals toegelicht, een weergave vormt van de precieze wil van de partijen.

Tenslotte wenst de brc Onrechtmatige Bedingen te verduidelijken dat het nalaten door de notaris om de consument in te lichten omtrent de aanwezigheid van onrechtmatige bedingen in de door hem verleden authentieke akte, een fout kan uitmaken in hoofde van de notaris die kan leiden tot de aansprakelijkheid van de notaris.

Aanbeveling nr. 3

Het behoort aan de kredietgever om, voordat de consument gebonden is door de overeenkomst, deze laatste niet alleen de nodige bij wet vereiste informatie te verstrekken omtrent de kredietovereenkomst, maar ook in kennis te stellen van de toepasselijke contractvoorwaarden. De consument moet immers, op basis van deze verstrekte informatie, op toereikende wijze zowel de juridische als de economische omvang van zijn contractuele verplichtingen kunnen inschatten.

De bewijslast met betrekking tot het verstrekken van deze precontractuele informatieverplichting en het verstrekken van de nodige contractuele documenten berust eveneens op de kredietgever en kan niet worden omgekeerd.

Standaardbedingen waarin de consument erkent de vereiste informatie te hebben ontvangen en er kennis van te hebben genomen mogen hierbij slechts een aanwijzing vormen die door de kredietgever weliswaar verder moet worden gestaafd aan de hand van één of meerdere relevante bewijzen.

Anderzijds moet de kredietgever nog altijd met redelijke middelen kunnen bewijzen dat hij aan zijn informatieverplichting heeft voldaan. De kredietgever mag dit zelf naar best vermogen kunnen organiseren.

⁶⁹ Zie hoger, hoofdstuk 1, Afdeling 3.

⁷⁰ Zie artikel 9, § 1, tweede lid van de wet van 25 Ventôse Jaar XI op het notarisambt

Dit kan gebeuren door het ondertekenen voor ontvangst van bepaalde documenten, in de kredietovereenkomst of desnoods in een apart document. Hierbij mag ook rekening gehouden worden met het steeds toenemende gebruik van online-toepassingen waarbij consumenten de informatie via het internet of email wensen te ontvangen, indien ondubbelzinnig blijkt dat dit eveneens de wens is van de consument.

Een andere aanvaardbare werkwijze bestaat erin dat de consument een “tickbox” invult, waarbij hij eigenhandig afvinkt welke documenten hij ontvangen heeft en aangeeft dat hij de nodige toelichting gekregen heeft over de essentiële elementen zoals het ESIS, het kredietcontract, de schuldsaldoverzekering, de brandverzekering.

Daarnaast blijft het mogelijk dat de consument zou verklaren dat hij documenten heeft ontvangen of van de algemene voorwaarden kennis kon nemen, indien dit redelijkerwijze overeenstemt met de feitelijke gang van zaken⁷¹ welke inhoudt dat de consument (1) gewezen werd op de toepasselijke contractvoorwaarden en vóórdat hij gebonden werd door de kredietovereenkomst (2) effectief kennis kon nemen van alle door de kredietgever van toepassing verklaarde voorwaarden en (3) deze met kennis van zaken aanvaardde.

Een dergelijke verklaring van kennisname- en aanvaarding dient dan wel duidelijk en prominent bij de wilsuiting van de consument (zijn handtekening) te worden vermeld, opdat er redelijkerwijze kan worden aangenomen dat deze contractuele verklaring met de werkelijke gang van zaken overeenstemt.

Wat de vaststelling via een beding in de authentieke akte dat de notaris zijn bijstandsplicht vervuld heeft, strekt dit er enkel toe te verduidelijken dat de notaris de authentieke akte met de daarin voorkomende clausules nader toegelicht heeft. De bewoording “ne varietur” duidt er in dat opzicht enkel op dat de notaris vaststelt dat het geschrift met bijlage, zoals dit ondertekend zal worden, een weergave vormt van de wil van beide partijen, en als zodanig ter ondertekening voorgelegd wordt aan de partijen.

De brc Onrechtmatige Bedingen is evenwel van oordeel dat de gemiddelde consument de draagwijdte van het begrip “ne varietur” waarschijnlijk niet kan inschatten, en beveelt daarom aan dit begrip te vervangen door een begrijpelijker formulering, zodat de consument preciezer kan inschatten welke de draagwijdte is van een dergelijke bewoording.

2.4 Bepaalde contractuele erkenningen

2.4.1 Contractuele erkenningen van feiten

Juridische situering

In de door de brc Onrechtmatige Bedingen onderzochte overeenkomsten wordt soms bedongen dat de consument bepaalde feiten erkent. Net zoals in punt II gesteld is, zijn dergelijke contractuele erkenningen op zich niet onrechtmatig en kunnen ze een aanwijzing vormen die feitelijk verder moet worden gestaafd, met andere woorden redelijkerwijze overeen moet stemmen met de feitelijke gang van zaken. Dergelijke contractuele erkenningen mogen echter niet tot gevolg hebben dat de bewijslast wordt omgekeerd indien het gaat om (informatie)verplichtingen die wegen op de kredietgever, noch mag hierdoor de mogelijkheid in hoofde van de consument om tegenbewijs te leveren op ongeoorloofde wijze beperkt worden.

⁷¹ Zie hierover reeds COB 23, Advies inzake de contractuele voorwaarden in de overeenkomsten tussen videotheken en consumenten (19 december 2007), p. 5.

Voorbeelden

- Voorbeeld 1

“De kredietnemer verklaart bij deze dat hij geen andere kredieten heeft dan deze vermeld in of voortvloeiend uit huidig krediet en deze vermeld op het aanvraagformulier.

- Voorbeeld 2

“De kredietnemer verklaart geen enkele vergoeding voor het negotiëren aan wie dan ook te hebben betaald en erkent te weten dat geen vergoeding voor het negotiëren, welke ook de benaming of de begunstigde ervan is, hem ten laste gelegd worden.”

- Voorbeeld 3

“De kredietnemers verklaren een kopie van de vestigingsakte te hebben ontvangen.”

Commentaar en aanbevelingen

- Voorbeeld 1

Tegenover de wettelijke onderzoeks- en informatieplicht van de kredietgever om na te gaan of de kredietnemer voldoende kredietwaardig is⁷², staat ook de verplichting in hoofde van de kredietnemer om passende informatie te verstrekken omtrent zijn financiële situatie, bijvoorbeeld omtrent eventuele kredieten die niet opgenomen zouden zijn in de Centrale van Kredieten aan Particulieren.

Een dergelijke clause is dus van nut wil de kredietgever de consument wijzen op zijn plicht om alle kredieten die hij aangegaan heeft en waarvan hij geen weet kan hebben mede te delen. Een dergelijke contractuele verklaring mag echter geen afbreuk doen aan de verplichting in hoofde van de kredietverlener om op basis van de informatie waarover hij kan beschikken na te gaan of de kredietnemer voldoende kredietwaardig is.

De Commissie beveelt bijgevolg aan om deze bepaling duidelijker te kaderen en in deze bepaling de bedoeling van een dergelijk beding duidelijk weer te geven.

- Voorbeeld 2

Ook hier geldt dezelfde opmerking dat deze bepaling van nut kan zijn indien het de bedoeling is de consument erop te wijzen dat het de kredietbemiddelaar wettelijk verboden is om enige vergoeding te vragen voor zijn tussenkomst⁷³, maar dat deze clause er niet toe mag strekken een moeilijk weerlegbaar bewijs te leveren dat de consument daadwerkelijk geen enkele som betaald heeft aan de kredietbemiddelaar.

De sector heeft in dit kader een andere formulering van dit beding voorgesteld, luidende als volgt:

⁷² Art. VII.77 WER

⁷³ Nu opgenomen in artikel VII.147/30, § 1, van het Wetboek van Economisch Recht.

“De kredietgever vestigt de aandacht van de consument op het wettelijke verbod geldend voor de kredietbemiddelaar van de consument, die om zijn bemiddeling heeft verzocht, een vergoeding in welke vorm ook, rechtstreeks of onrechtstreeks, te ontvangen.”

De brc Onrechtmatige Bedingen vindt een dergelijke formulering aanvaardbaar.

- **Voorbeeld 3**

Ook hier kan opgemerkt worden dat langs de ene kant de kredietgever zich niet uitsluitend op een dergelijk beding kan steunen om te bewijzen dat een kopie van de vestigingsakte overhandigd is, en langs de andere kant de consument op basis van feitelijke elementen moet kunnen aanvoeren een dergelijke kopie niet te hebben ontvangen, indien dit volgens hem niet met de werkelijkheid overeenstemt.

Aanbeveling nr. 4

Bedingen waarbij de consument bepaalde feiten erkent, kunnen niet tot gevolg hebben dat de bewijslast wordt omgekeerd omtrent het naleven van bepaalde verplichtingen in hoofde van de kredietverlener.

Zo is de consument er inderdaad toe gehouden aan de kredietgever passende informatie te verstrekken over zijn financiële situatie, maar kan een clausule die de consument laat erkennen dat hij geen andere kredieten heeft aangegaan de kredietgever niet ontslaan van zijn onderzoeksplicht naar de kredietwaardigheid indien daar grond toe bestaat. De overeenkomst in zijn geheel genomen mag hierover geen onduidelijkheid creëren.

Zo dient een beding de consument eerder te wijzen op het wettelijke verbod voor kredietbemiddelaars om enige vergoeding te ontvangen voor zijn tussenkomst, dan dat het zo geformuleerd wordt dat de consument erkent geen vergoeding aan de kredietbemiddelaars betaald te hebben.

Bedingen waarbij de consument erkent bepaalde vereiste documenten te hebben ontvangen, kunnen tenslotte niet het enige element vormen waarop de kredietgever zich steunt om de overdracht van die documenten te bewijzen.

2.4.2 Toestemming tot schatting en tot periodieke herschatting van het in hypotheek of hypothecaire volmacht gegeven onroerend goed – erkenning dat alle kosten ten laste vallen van de consument

Situering

Artikel VII.141 WER heeft betrekking op de kosten die de kredietgever mag aanrekenen aan de consument. Artikel VII.141, § 1 bepaalt dat behoudens de wettelijke kosten behorend bij de hypotheek en wat krachtens andere wettelijke of reglementaire bepalingen kan verschuldigd zijn, slechts de kosten voor de schatting van de in waarborg aangeboden goederen ten laste van de consument kunnen worden gelegd.

Art. VII.141, § 1, tweede lid, stelt vervolgens dat de schatting slechts kan geschieden met toestemming van de consument, en moet worden uitgevoerd door een interne of externe schatter erkend door de kredietgever.

Art. VII.141, § 1, derde lid, bepaalt dat de kosten voor schatting slechts verschuldigd zijn dan nadat de schatting is geschied. Dit belet evenwel niet dat de kredietverlener op voorhand een voorschot voor de schattingskosten vraagt.

Art. VII.141, § 1, vierde lid, stelt dat indien de schattingskosten ten laste van de consument worden gelegd, zij hem vooraf moeten worden medegedeeld. De consument dient onverwijld een kopie van het schattingsverslag ontvangen.

Artikel VII.141, § 2, bepaalt vervolgens dat bij kredieten met een onroerende bestemming naast de in § 1 genoemde kosten ook dossierkosten kunnen worden gevraagd, die slechts verschuldigd zijn nadat de consument het kredietaanbod heeft aanvaard. De Koning kan een methode bepalen tot vastlegging van deze kosten⁷⁴.

Aangetroffen clausules

- Voorbeeld 1

“De schatting van de in waarborg aangeboden goederen die tot de hypothecaire zekerheid strekken

De kredietnemer geeft toestemming om een schatting voor de in waarborg aangeboden goederen die tot de hypothecaire zekerheid strekken te laten geschieden door een externe schatter erkend door de kredietgever.

In geval een schatting plaatsvindt, zal de kredietnemer een kopie ontvangen van het schattingsverslag van de kredietgever of de schatter zelf.

De kredietgever is niet aansprakelijk in geval van grove fout en opzet van de externe schatter.”

- Voorbeeld 2

“Terugkerende kosten van het krediet:

Indien in het kader van deze kredietovereenkomst een hypotheek of hypothecaire volmacht werd gevestigd, dan behoudt de kredietgever zich het recht voor om minstens eens om de drie jaar, op eigen initiatief, de waarde van de in waarborg aangeboden onroerende goederen te laten schatten door een erkend extern schatter op kosten van de kredietnemer. De kredietgever zal de kredietnemer hiervan op de hoogte brengen per eenvoudige kennisgeving ten minste 14 dagen voor de uitvoering van de schatting. De kredietnemer verbindt zich, door ondertekening van deze kredietovereenkomst, om zijn volledige medewerking te verlenen met betrekking tot dergelijke schattingen.”

- Voorbeeld 3

Door ondertekening van deze kredietovereenkomst, erkent de kredietnemer bovendien dat alle mogelijke fiscale of andere lasten en kosten van welke aard ook, die zouden voortvloeien uit deze kredietovereenkomst of de eraan verbonden onderliggende documenten, uitsluitend ten laste vallen van de kredietnemer, onafhankelijk van het feit of deze lasten en kosten hun oorsprong vinden in de reglementeringen, wetgeving en bepalingen van het Belgische rechtsstelsel of enig andere rechtsstelsel. Deze lasten en kosten zullen op geen enkele wijze kunnen worden toegewezen aan of verhaald worden op de kredietgever. De kredietnemer vrijwaart de kredietgever tevens voor enige vorderingen, kotsen, boeten, schadevergoedingen en dergelijke meer die in dit kader gevorderd of gevraagd zouden kunnen worden aan de kredietnemer. Mocht de kredietgever ertoe gebracht worden deze kosten voor te schieten,

⁷⁴ Koninklijk besluit van 24 februari 2017 houdende uitvoering van de artikelen VII.141, § 2, tweede lid, en VII.145, zesde en zevende lid, van het Wetboek van economisch recht met het oog op de vaststelling van maximale dossierkosten bij een hypothecair krediet met een onroerende bestemming, B.S. 6 maart 2017.

dan zal de kredietgever het recht hebben om het bedrag van dit voorschot toe te rekenen op het toegestane krediet.

Commentaar en aanbevelingen

- Voorbeeld 1

Indien de wet bepaalt dat de consument toestemming moet geven voor de schatting, en de hiervoor aangerekende kosten op voorhand medegedeeld moeten worden, dan is het niet voldoende dat deze vrije, specifieke toestemming door de kredietgever contractueel vastgelegd wordt door middel van een standaardclausule. Een dergelijke clausule waarbij de toestemming op voorhand contractueel vastgelegd wordt, waardoor de door de consument te verlenen toestemming fictief wordt, is in strijd met de algemene norm inzake onrechtmatige bedingen (art. 1.8.22° WER).

In het derde lid wordt iedere aansprakelijkheid voor grove fout of opzet van de externe schatter uitgesloten. Aangezien de schatter aangesteld wordt door de kredietgever, kan de kredietgever haar aansprakelijkheid niet uitsluiten voor opzet of grove schuld van deze schatter en is een dergelijke uitsluiting van aansprakelijkheid in strijd met artikel VI.83, 13° WER.

- Voorbeeld 2

In het tweede voorbeeld behoudt de kredietgever zich het recht voor om het onroerende goed ook in de loop van de overeenkomst te schatten.

De brc Onrechtmatige Bedingen merkt in dat opzicht vooreerst op dat de geschatte waarde van het onroerend goed (indien van toepassing) vooreerst in het ESIS-formulier moet worden vermeld⁷⁵. Ook moeten de kosten van schatting opgenomen worden in het Jaarlijks Kosten Percentage.

De schatting van de in waarborg gegeven goederen heeft normaliter enkel tot doel de waarde van de in waarborg gegeven goederen objectief te schatten bij het aangaan van de kredietovereenkomst teneinde de risico's van het krediet correct te kunnen inschatten⁷⁶, en heeft geen betrekking op de schatting, tijdens de looptijd van het krediet, van de evolutie van de waarde van de in waarborg gegeven goederen.

De brc Onrechtmatige Bedingen erkent evenwel dat de consument de waarde van het in waarborg gegeven goed nooit mag verminderen. Dit betekent evenwel niet dat de consument per definitie kosten moet dragen voor een regelmatige controle door de kredietgever, naar aanleiding van haar eigen beleid inzake risicoanalyse, van de in waarborg gegeven onroerende goederen.

Los van deze discussie is deze clausule onrechtmatig doordat deze clausule de kredietgever eenzijdig het recht toekent om al dan niet tot schatting over te gaan (in strijd met artikel VI.83, 6° WER). Ze is eveneens in strijd met artikel VII.141, § 1, vierde lid, doordat de consument bij het sluiten van de overeenkomst niet wordt ingelicht over de schattingskosten.

De brc Onrechtmatige Bedingen merkt tenslotte op dat de door de kredietgever aangerekende schattingskosten in het Jaarlijkse Kostenpercentage moeten opgenomen zijn.

⁷⁵ Zie bijlage 3, onder rubriek 3. Hoofdkenmerken van het krediet, bij de wet van 22 april 2016 houdende wijziging en invoeging van bepalingen inzake consumentenkrediet en hypothecair krediet in verschillende boeken van het Wetboek van Economisch Recht, B.S. 4 mei 2016, p. 30112 e.v.

⁷⁶ Vergelijk met artikel 19 van de richtlijn 2014/17/EU van het Europees Parlement en de Raad van 4 februari 2014 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten met betrekking tot voor bewoning bestemde onroerende goederen [...], PBEU L60/34 e.v. 28 februari 2014.

- Voorbeeld 3

De clausule in het derde voorbeeld strekt ertoe alle mogelijke fiscale of andere lasten en kosten van welke aard ook, voortvloeiend uit de kredietovereenkomst of eraan verbonden onderliggende documenten, uitsluitend ten laste van de consument te leggen.

Zoals uit de bespreking van artikel VII.141 WER is gebleken, heeft deze wettelijke bepaling juist tot doel enkel bepaalde kosten (de kosten verbonden aan de hypotheek of de waarborgstelling en de schattingskosten, en bij hypothecair krediet met onroerende bestemming de dossierkosten) ten laste te leggen van de consument.

Deze clausule is dan ook in strijd met artikel VII.141 WER en is bijgevolg eveneens een onrechtmatig beding in de zin van de algemene norm (art. I.8.22° WER).

Aanbeveling nr. 5.

Artikel VII.141, § 1, tweede lid WER bepaalt dat de schatting van de in waarborg gegeven goederen slechts kan geschieden mits toestemming van de consument. Teneinde een vrije en specifieke toestemming te waarborgen is hiertoe een uitdrukkelijke toestemming vereist, en volstaat een standaardbeding waarbij de consument verklaart toestemming te hebben gegeven, niet.

Het gaat hierbij om een schatter die is aangesteld of minstens is erkend door de kredietverlener. De kredietverlener mag bijgevolg haar aansprakelijkheid niet uitsluiten voor opzet of grove schuld door deze erkende schatter (art. VI.83, 13° en VI.83, 30° WER).

Deze schatting heeft normaliter tot doel een objectieve raming te maken van de in waarborg gegeven goederen ten tijde van het aangaan van het hypothecair krediet. Bovendien moeten die schattingskosten meegedeeld worden in het standaard informatiedocument omtrent het hypothecair krediet, en opgenomen worden in het Jaarlijks Kosten Percentage. Bedingen waarbij de kredietgever zich het recht voorbehoudt om in de loop van de hypothecaire kredietovereenkomst, wanneer zij dit nodig acht, een schatting te laten uitvoeren en waarbij de kosten worden aangerekend aan de consument zijn, naast het feit dat ze strijdig kunnen bevonden worden met de specifieke bepalingen van boek VII, onrechtmatig (onder meer door hun discretionair karakter zijn ze in strijd met art. VI.83, 6° WER).

Artikel VII.141 WER legt tenslotte limitatief vast welke kosten kunnen aangerekend aan de consument. Bedingen die alle kosten die zouden voortvloeien uit de kredietovereenkomst of eraan verbonden documenten uitsluitend ten laste leggen van de consument, miskennen dit wettelijk voorschrift en zijn bijgevolg eveneens onrechtmatig (artikel I.8.22° WER).

2.4.3 Contractuele erkenning afstand te doen van bepaalde wettelijke bepalingen van aanvullend recht

Zoals hoger reeds aangehaald, moet bij de beoordeling of er door bepaalde contractvoorwaarden al dan niet een kennelijk onevenwicht gecreëerd wordt tussen de rechten en plichten van de contractpartijen ten nadele van de consument, onder meer nagegaan worden in welke mate deze contractvoorwaarden de consument in een juridisch minder gunstige positie plaatsen dan die welke volgens de normale suppletieve regels zouden gelden⁷⁷. Zoals ook hoger werd aangehaald, is het bij die beoordeling ook van

⁷⁷ Zie hoger, Hoofdstuk 1, Afdeling 2, punt d.

wezenlijk belang of de consument voorafgaandelijk kennis kon nemen van dergelijke voorwaarden zodat hij de economische gevolgen hiervan kon inschatten⁷⁸.

Er moet dus, naargelang de wettelijke bepaling van suppletief recht waarvan de consument via een standaardclausule verklaart afstand te doen, nagegaan worden of dit de rechtspositie van de consument in voldoende ernstige mate aantast⁷⁹.

§ 1. Toerekening van betalingen: afstand door de consument van het recht te verklaren welke schuld hij zal voldoen

- Voorbeeld

De kredietnemers verklaren uitdrukkelijk te verzaken aan het voordeel van artikel 1253 en volgende van het Burgerlijk Wetboek en verlenen aan de kredietgever en/of zijn toekomstige algemene rechtsopvolgers en/of zijn toekomstige bijzondere rechtsopvolgers te welken titel ook, het recht de door hen uitgevoerde betalingen toe te rekenen op alle bedragen in kapitaal, interesten, kosten en toebehoren die zij aan hen verschuldigd zijn krachtens deze akte.

Bovendien zal, in afwijking van artikel 1908 van het Burgerlijk Wetboek, de toerekening door de kredietgever van de gedeeltelijke betalingen op het kapitaal geen vermoeden van bevrijding scheppen voor wat de interesten betreft.

- Beoordeling

Artikel 1253 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat het aan de schuldenaar toekomt om, wanneer hij meerdere schulden heeft, te verklaren welke schuld hij wil voldoen. In veel contractvoorwaarden van kredietgevers wordt, zoals uit het voorbeeld blijkt, uitdrukkelijk bepaald dat de kredietnemers verklaren afstand te doen van deze wettelijke bepaling.

De kredietgever kent zich bijgevolg het recht toe om bij een betaling door de consument zelf te bepalen op welke schuld deze betaling afgelost kan worden. Normaal en logisch gezien vanuit de kredietgever zal deze imputatie door de kredietgever eerst op de minst gewaarborgde schuld gebeuren, en pas in tweede instantie op bijvoorbeeld een krediet die met een hypotheek gewaarborgd is.

Bij het beoordelen of een contractueel beding 'in abstracto' onrechtmatig is, zoals dit bij de toetsing door de Commissie Onrechtmatige Bedingen het geval is, moet nagegaan worden of de consument in het algemeen kennelijk benadeeld wordt in zijn contractuele rechten. Zoals in hoofdstuk 1 is verduidelijkt en bij de inleiding op deze afdeling opnieuw is aangegeven, kan een afwijking van het suppletieve recht als onrechtmatig worden beschouwd indien *de rechten van de consument in voldoende ernstige mate worden aangetast*.

In de praktijk strekt deze contractuele bepaling ertoe een vlotte toerekening van de te betalen schulden te laten gebeuren, en mag ervan uitgegaan worden dat de toerekening niet kennelijk in het nadeel van de consument zal uitvallen. De belangen van de consument zouden daarentegen wel miskend kunnen worden indien een kredietverlener bijvoorbeeld – zich mede steunend op een beding van eenheid van rekening- een betaling in eerste instantie op een voor de consument goedkoper krediet zou toerekenen (bijvoorbeeld eerst op het hypothecair krediet, en dan pas op het consumentenkrediet)⁸⁰.

⁷⁸ EHJ, C-226/12, Constructora Principado, nr. 25.

⁷⁹ EHJ, C-226/12, Constructora Principado, nr. 27.

⁸⁰ In welk geval er sprake kan zijn van rechtsmisbruik (art. 1134, derde lid, B.W.).

Er kan dus niet per definitie van uitgegaan worden dat een dergelijke contractuele afstand van artikel 1253 B.W. de belangen van de consument kennelijk miskent.

Anderzijds oordeelt de brc Onrechtmatige Bedingen dat er evenwel geen objectieve rechtvaardiging in hoofde van de kredietgever bestaat om op algemene wijze af te wijken van het principe dat het aan de betaler toekomt om te bepalen aan welke schuld de betaling toegerekend wordt. Indien de kredietgever wil afwijken van dit principe, zou een evenwichtiger handelwijze er bijgevolg in bestaan objectieve toerekeningscriteria in de kredietovereenkomst op te nemen: bijvoorbeeld eerst de oudste schulden, of eerst de kredieten waar de interestvoeten het hoogst liggen.

Aanbeveling nr. 6

Er kan afgeweken worden van bepalingen van suppletief recht, voor zover dit geen kennelijke benadeling van de rechten van de consument tot gevolg heeft. Het loutere gegeven af te wijken van bepalingen van suppletief recht betekent dus niet dat er automatisch een onaanvaardbaar onevenwicht ten nadele van de consument wordt geschapen. Zo niet zou de facto een dwingend karakter aan bepalingen van suppletief recht worden verleend.

Eerder dan contractueel te bepalen dat de consument verklaart uitdrukkelijk afstand te doen van zijn recht om te bepalen welke schulden hij eerst wil voldoen (art. 1253 B.W.), beveelt de brc Onrechtmatige Bedingen aan om objectieve toerekeningscriteria in de kredietovereenkomst op te nemen.

§ 2. Afstand van herroeping van schenking

- Voorbeeld

De partij verklaart na lezing gehoord te hebben van hetgeen voorafgaat, te verzaken aan de rechtsvordering voorzien bij artikel 953 tot en met 958 van het Burgerlijk Wetboek tot herroeping van gift onder levenden gedaan aan de ontlener van het hierbij in hypotheek gegeven eigendom. Zij verzaken bovendien de inschrijving te eisen welke de wet hen toelaat te nemen ingevolge voormelde gift.

Bij gebreke hieraan te voldoen zal het geleend kapitaal conform art. 11 onmiddellijk eisbaar worden."

- Beoordeling

Indien het onroerend goed dat het voorwerp uitmaakt van de hypothecaire waarborg geschonken werd aan de ontlener of steller van de waarborg (bijvoorbeeld zijn ouders), dan bestaat het risico dat de schenker (de ouders bijvoorbeeld) deze schenking herroept omwille van niet-ervulling van de voorwaarden waaronder zij gedaan is of ondankbaarheid (artikelen 953 tot en met 958 van het Burgerlijk Wetboek). De herroeping omwille van niet-ervulling van de voorwaarden waaronder zij gedaan is gebeurt met terugwerkende kracht (artikel 954 B.W.). Hieruit vloeit voort dat de schenker het goed vrij van alle lasten en hypotheek in hoofde van de begiftigde terugkrijgt. In geval van herroeping van de schenking voor niet-ervulling van de voorwaarden verliest de lener bijgevolg de hypothecaire waarborg die de schenker hem toezegde. Dit risico is geringer bij herroeping van de schenking wegens ondankbaarheid maar toch bestaat er ook daar een zeer beperkte retroactieve werking (artikel 958 B.W.). Teneinde dit risico te vermijden, vraagt de kredietgever dat de schenker tussenkomt in de acte tot vaststelling van de hypotheek en uitdrukkelijk afziet van zijn vordering tot herroeping van de schenking. Het is logisch dat de kredietgever het toekennen van een krediet aan een soliede waarborg onderwerpt, welke niet in zijn nadeel zou kunnen worden herroepen door de schenker.

Aangezien deze clausule in de authentieke akte opgenomen is, die door de notaris verleden wordt, zal de notaris de betrokken partij daar uitdrukkelijk op wijzen.

De brc Onrechtmatige Bedingen besluit dat een dergelijke clause op zich niet onrechtmatig is. Wel moet de schenker op voorhand correct en duidelijk ingelicht worden omtrent de draagwijdte van zijn verzekering aan het recht tot herroeping van de schenking.

§ 3. Artikel 1563 Ger. Wb.: recht om eerst andere goederen aan te spreken bij uitwinning

- Voorbeeld

“Artikel X. Niet-uitvoering van verbintenissen

Indien de kredietnemer of de derde tussenkomenende partij(en), als er zijn, haar/hun verplichtingen niet uitvoer(t) (en), heeft de kredietgever het recht gelijktijdig de verkoop te vervolgen van de gehypothekeerde goederen en van de andere goederen, zowel onroerende als roerende die aan de kredietnemer toebehoren. Zij mag zelfs de vervolgingen instellen met de verkoop van deze laatste goederen zonder de ontoereikendheid van de gehypothekeerde goederen te moeten bewijzen, en dit in afwijking van artikel 1563 van het Gerechtelijk Wetboek.

Alle kosten gemaakt in het kader van het onderhavige artikel, hierin begrepen de kosten getarifeerd overeenkomst artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek, worden beschouwd als bijkomende bestanddelen van de hoofdverbintenis en zijn ten laste van de kredietnemer. Dat is eveneens het geval voor de kosten gemaakt in toepassing van artikel 877 van het Burgerlijk Wetboek.”

- Beoordeling

Krachtens de artikelen 7 en 8 Hypotheekwet staat een schuldenaar met heel zijn vermogen in voor zijn verbintenissen, en heeft een schuldeiser de vrije keuze van de goederen die hij wenst uit te winnen. Een wettelijke uitzondering hierop is bepaald in artikel 1563 Ger. Wb. dat de hypothecaire schuldeiser belet om eerst andere onroerende goederen uit te winnen dan deze waarop hij een hypotheek heeft, tenzij de waarde hiervan ontoereikend zou zijn. De schuldeiser die hiervan gebruik wil maken, dient daartoe een getuigschrift voor te leggen aan de beslagrechter.

Aangezien artikel 1563 Ger. Wb. van suppletief recht is⁸¹, wijken de meeste in de sector aangewende algemene voorwaarden af van dit voorschrift, en wordt de schuldeiser dus expliciet gemachtigd om zich niet in eerste instantie te verhalen op het in hypotheek gegeven goed maar gelijktijdig ook andere goederen die tot het vermogen van de schuldenaar behoren aan te spreken zonder dat hiertoe een bewijs van ontoereikendheid van het gehypothekeerde goed te moeten leveren.

Ook hier dient nagegaan te worden of een dergelijk standaardbeding dat ertoe strekt de consument afstand te laten doen van een bepaling van aanvullend recht de consument niet al te sterk benadeelt.

Krachtens de principes neergelegd in de artikelen 7 en 8 van de hypotheekwet heeft een schuldeiser de vrije keuze van de goederen die hij wenst te vatten in het vermogen van zijn debiteur. Een overeenkomst die voorziet in een verzekering aan de verplichting in hoofde van de hypothecaire schuldeiser om eerst het met hypotheek bezwaarde goed aan te spreken, zal in eerste instantie in het nadeel uitvallen van andere schuldeisers dan de in gebreke blijvende consument: op zich benadeelt een dergelijke contractuele bepaling de consument niet kennelijk.

⁸¹ Cass. 3 mei 1875, R.W. 1985-86, 175, met concl. Adv. Gen. KRINGS.

2.5 Mandaat tot domiciliëring in algemene voorwaarden

Voorbeelden

- Voorbeeld 1

De kredietnemers verbinden er zich toe de betaling van de krachtens deze akte opeisbare sommen, te domiciliëren bij een financiële instelling naar hun keuze. Zij zullen een mandaat tot domiciliëring (genoemd "Europese SEPA domiciliëring") ten gunste van de kredietgever ondertekenen en terugsturen; met vermelding van het rekeningnummer van de zichtrekening waarvan deze gemachtigd wordt om de verschuldigde bedragen te innen volgens het aflossingsplan/de vervaldagtabel en/of volgens elke andere schriftelijke mededeling ontvangen minstens "aantal" werkdagen voor het aanbieden van de domiciliëring.

De Europese domiciliëring geeft de kredietnemers het recht om het geïnde bedrag terug te laten betalen. Om dit te verkrijgen moeten ze een aanvraag tot terugstorting indienen binnen 8 weken na de datum van inning van het bedrag van hun zichtrekening. Voor alle bijkomende informatie richten de kredietnemers zich tot de kredietgever die hun zichtrekening beheert.

Indien de kredietnemers wensen dat hun domiciliëring in de toekomst op een andere zichtrekening dan de initiële wordt uitgevoerd, moeten zij de kredietgever hiervan verwittigen via een nieuw mandaat van Europese domiciliëring (genoemd "Europese SEPA domiciliëring"), ten laatste 1 maand voor de effectieve wijziging. Iedere betaling zal moeten gebeuren op rekening IBAN "rekening nr." geopend op naam van "naam van de titularis", onder voorbehoud van een eventuele communicatie van wijziging van rekening.

- Voorbeeld 2

"Artikel XX: Vermeerdering van de rentevoet

De kredietgever en de kredietnemers komen overeen dat de rentevoet zal verhoogd worden met:

- *... % per maand (per trimester, per semester, per jaar) (hetzij, ter informatie, ... % op jaarbasis) indien de domiciliëring van de interesten en/of lasten van het voorschot niet meer functioneert;*
- *... % per maand (per trimester, per semester, per jaar) (hetzij, ter informatie, ... % op jaarbasis) indien de overlijdensdekking wordt opgezegd.*

Beide verhogingen zijn cumuleerbaar."

Commentaar

- Voorbeeld 1

De verplichting om de te betalen sommen via domiciliëring te betalen betreft een essentiële bijkomende voorwaarde en biedt de kredietinstelling een bijkomende zekerheid voor het nakomen van de betaalverbintenis die op de consument weegt. Het is in dat kader niet voldoende dat deze voorwaarde enkel in de contractvoorwaarden figureert: een dergelijke lastgeving tot het innen van de sommen moet

duidelijk onder de aandacht van de consument worden gebracht, zoals ook blijkt uit de voorschriften van artikelen VII.33 WER⁸².

Artikel VII.33, § 2 WER legt in dit opzicht trouwens op dat de lastgeving tot domiciliëring minstens aan de volgende voorwaarden moet voldoen :

1° een uitdrukkelijke instemming van de betaler;

2° de te geven volmacht moet uitdrukkelijk verwijzen naar de onderliggende overeenkomst die op haar beurt de draagwijdte van de gedomicilieerde schuldvorderingen bepaalt met betrekking tot de aard, de vervalltermijn en zo mogelijk het juiste bedrag.

Tenslotte bepaalt artikel VII.33, § 2, tweede lid, dat de domiciliëring slechts rechtsgeldig tot stand kan komen indien de betaler voorafgaand in kennis werd gesteld van de onderliggende overeenkomst. De kredietgever moet dus beschikken over een domiciliëringsopdracht van de kredietnemer. Die kan eventueel in hetzelfde document staan, maar moet afzonderlijk ondertekend worden. Artikel VII.33, § 2, 1° WER bepaalt immers dat er een "uitdrukkelijke instemming" dient te zijn.

- **Voorbeeld 2**

Artikel VII.33, § 4 bepaalt vervolgens dat de kennisgeving tot domiciliëring ten allen tijde moet kunnen worden opgezegd, door kennisgeving aan de medecontractant.

De brc Onrechtmatige Bedingen gaat er weliswaar mee akkoord dat indien de consument de domiciliëring opzegt, contractueel bedongen kan worden dat de overeengekomen rentevoet verhoogd wordt. Een dergelijke verhoging moet weliswaar overeenstemmen met een redelijk te ramen nadeel voor de kredietverlener en mag evenwel niet tot gevolg hebben dat afbreuk wordt gedaan aan het wettelijk recht om een einde te stellen aan het mandaat tot domiciliëren.

Aanbeveling nr. 7

Indien de kredietgever een mandaat tot domiciliëring wil verkrijgen van de consument, dan is hiervoor een uitdrukkelijke instemming van de consument nodig, en dient dit mandaat uitdrukkelijk te verwijzen naar de onderliggende overeenkomst met een duidelijke vaststelling van de draagwijdte van de gedomicilieerde schuldvordering met betrekking tot de aard, de vervalltermijn en zo mogelijk het juiste bedrag. Een dergelijke domiciliëring is maar rechtsgeldig indien de consument voorafgaandelijk in kennis gesteld werd van de onderliggende overeenkomst. Een domiciliëringsopdracht moet afzonderlijk ondertekend worden. Tenslotte bepaalt de wet dat een domiciliëringsopdracht ten allen tijde kan worden opgezegd.

Bedingen die deze minimale wettelijke principes niet in acht nemen of beperken, kunnen als onrechtmatig worden beschouwd in de zin van de algemene norm (art. 1.8.22° WER).

⁸² Het vroegere artikel VII. 28 WER is sinds de wet van 19 juli 2018 Wet houdende wijziging en invoering van bepalingen inzake betalingsdiensten in verschillende boeken van het Wetboek van economisch recht (B.S. 30 juli 2018) artikel VII.33 WER geworden. Inhoudelijk is er echter niets gewijzigd.

2.6 Zekerheidsstelling

2.6.1 Waarborg alle schulden⁸³

§ 1. Voorbeelden

- Voorbeeld 1

“De schuldenaars verklaren dat alle waarborgen die in de kredietakte(n) gevestigd zijn als zekerheid gelden voor de terugbetaling van alle bedragen die zij verschuldigd zijn of in de toekomst zouden worden ten aanzien van de kredietgever (onder meer kredieten, betalingsverkeer, borgtocht- en garantieverplichtingen).”

- Voorbeeld 2

Alle waarborgen die door of voor de kredietnemer worden gevestigd, welke ook hun vestigingsdatum moge zijn, garanderen steeds de betaling of terugbetaling van om het even welke som waarvan de kredietnemer, uit welke hoofde ook, schuldenaar kan zijn of worden jegens de kredietgever.

De vestiging van nieuwe waarborgen schaft de voorheen gevestigde waarborgen niet af, behoudens uitdrukkelijk schriftelijk akkoord van de kredietgever.

Bijgevolg bevestigden de partijen in onderhavige overeenkomst dat alle waarborgen, die onderhavige kredietopening dekken, de betaling of terugbetaling dienen te garanderen van om het even welke som, waarvan de kredietnemer, om welke reden ook en onder andere krachtens één of meerdere andere kredietopeningen die hem voorheen zouden zijn toegestaan, schuldenaar zal kunnen worden jegens de kredietgever, zonder echter dat deze mogelijkheid de kredietgever ertoe verbindt andere kredieten of leningen, dan het krediet van onderhavige overeenkomst, toe te kennen aan de kredietnemer.

§ 2. Analyse naar gemeen recht

In de hiervoor opgenomen voorbeelden bedingt de kredietgever dat alle in de akte gestelde waarborgen als zekerheid gelden voor de betaling of terugbetaling van om het even welke som waartoe de kredietnemer zou kunnen worden gehouden ten aanzien van de kredietgever.

Het gaat hier met andere woorden om een waarborg "voor alle schulden": er wordt bedongen dat de gevestigde waarborgen gelden tot zekerheid van de nakoming van alle huidige en toekomstige bedragen die de kredietnemer om welke reden ook verschuldigd zou zijn aan de kredietgever.

Zoals ook bij de bespreking van de verschillende zekerheden, in het bijzonder de hypotheek en de hypothecaire volmacht, aan bod zal komen, en zeker voor wat persoonlijke zekerheden betreft, is het in principe toegelaten om een waarborg te stellen voor alle schulden, met inbegrip van toekomstige schulden, zolang deze bepaalbaar zijn.

⁸³ In de rechtspraak en de rechtsleer wordt gemeenzaam over “waarborg alle sommen” gesproken. Het is echter gepaster het te hebben over “waarborg alle schulden”. De zekerheidssteller waarborgt immers (indien dat contractueel zo ‘overeengekomen’ wordt- binnen de toegelaten grenzen-) alle schulden. Die zekerheidsstelling is echter in de regel onderworpen aan een maximale som. Om die reden is de benaming “waarborg alle sommen” niet opportuun; zie P. JOISTEN, P., “Hypothèque pour toutes créances : entre déterminabilité, caducité et nullité”, T.B.B.R., 2018/4, p. 192, n° 2.

Niettemin geldt hierbij, zoals bij iedere overeenkomst, de vrije toestemming van een bekwaam rechtssubject op grond van een geoorloofde beweegreden met betrekking tot een bepaald of bepaalbaar voorwerp (art. 1108 en 1129 B.W.).

Aangezien de kredietnemer zich er toe moet verbinden alle gestelde zekerheden tot waarborg te laten gelden van alle schulden die hij verschuldigd is en in de toekomst zou kunnen verschuldigd zijn aan de kredietgever, rijst hierbij telkens de vraag of het voorwerp van de zekerheid aan de bepaalbaarheidsvereiste voldoet.

Het bepaald of bepaalbaar karakter houdt in dat de inhoud en de draagwijdte van het voorwerp van de overeenkomst krachtens criteria opgenomen in de overeenkomst opgenomen moeten zijn zonder dat een bijkomende wilsuiting van de schuldenaar vereist is⁸⁴. Het Hof van Cassatie oordeelt dat het voorwerp van de overeenkomst bepaalbaar is als de overeenkomst objectieve elementen bevat waardoor de overeenkomst kan worden bepaald zonder dat er een nieuw akkoord tussen de partijen nodig is⁸⁵. Prof. Vandeputte stelt in dit opzicht dat het voorwerp van een verbintenis voldoende bepaalbaar is wanneer geen van de partijen de omvang van de schuldvordering of de schuld volgens eigen goeddunken kan wijzigen noch beter omlijnen⁸⁶.

Deze bepaalbaarheidsvereiste werd voor wat zekerheden betreft door het Hof van Cassatie verduidelijkt in het Mengal-arrest van 28 maart 1974⁸⁷. Dit arrest had weliswaar betrekking had op de in pandgeving van een handelszaak maar gezien de ruime bewoordingen werd het door de rechtsleer geacht een meer algemene gelding te hebben⁸⁸. Deze ruimere draagwijdte is tenslotte wettelijk bevestigd via de opname van de bewoordingen van dit arrest in de hypotheekwet⁸⁹. In het geciteerde Mengal-arrest verduidelijkt het Hof van Cassatie de bepaalbaarheidsvereiste als volgt: *“Aan die vereiste is voldaan indien de overeenkomst waarbij de zekerheid is gevestigd, het mogelijk maakt de schuldvorderingen te bepalen en indien blijkens de gegevens van de zaak de schuldvorderingen werkelijk die zijn welke de partijen hadden willen waarborgen.”*

De bepaalbaarheidsvereiste wordt dus vooral gezien als een “voorzienbaarheidsvereiste”: maakt de overeenkomst waarbij de zekerheid is gevestigd, het mogelijk om de schuldvorderingen te bepalen? Kan het kader worden afgelijnd van de schuldvorderingen die de partijen hebben willen waarborgen?⁹⁰ Zoals uit een Cassatiearrest van 21 april 2017 blijkt, moet nagegaan worden of aan de bepaalbaarheidsvereiste is voldaan op het ogenblik van het stellen van de hypotheek, en kunnen latere gewijzigde

⁸⁴ L. CORNELIS, Algemene theorie van de verbintenis, Deel 1, intersentia, p. 125, nr. 102.

⁸⁵ “Cass. 13 juni 2005, Pas., 2005, p. 1305, voor een quasi-identieke formulering, zie Cass. 21 september 1987, Bull. en Pas. 1988, I, p. 77; Cass. 21 februari 1991, Bull. en Pas., 1991, I, p. 604, zie ook P. VAN OMMESLAGHE, Les obligations, vol. 1, Coll. De Page, Bruylant, 2013, p. 306, n° 183; Zie ook Cass. 21 april 2017, C.16.0439.N in verband met de hypotheek voor toekomstige schulden: “Krachtens artikel 1130, eerste lid, Burgerlijk Wetboek kunnen ook toekomstige verbintenissen het voorwerp van een overeenkomst uitmaken. Hiertoe is vereist dat zij bepaald zijn, of ten minste bepaalbaar zonder dat een nieuwe wilsovereenstemming tussen de partijen is vereist. Aldus is het geoorloofd een hypotheek te vestigen voor toekomstige schuldvorderingen op voorwaarde dat de hypotheekakte de mogelijkheid biedt de schuldvorderingen die de partijen bedoelden te waarborgen te bepalen”

⁸⁶ R. VANDEPUTTE, De overeenkomst, Brussel, Larcier, 1977, 81.

⁸⁷ Cass. 28 maart 1974, Arr. Cass. 1974, 833, R.W., 1974-75, 339, Pas. 1974, I, 776.

⁸⁸ Zie M. VAN QUICKENBORNE, “Borgtocht”, in APR, Antwerpen, Kluwer, 1999, 102 nr. 991; M. GRÉGOIRE, “Le gage civil”, in Privilèges et hypothèques, I, Antwerpen, Kluwer, 2004, 7; F T’KINT, Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers, Brussel, Larcier, 2004, nrs. 744-745.

⁸⁹ De formulering inzake bepaalbaarheid van toekomstige schuldvorderingen is letterlijk overgenomen in de voorbereidende werken van de wet van 13 april 1995 die de hypotheek alle schulden bekrachtigd heeft, zie Memorie van Toelichting op het wetsontwerp tot wijziging van de wet van 4 augustus 1992 inzake hypothecair krediet, Parl. St., Kamer, 1994-1995, 1688/1, p. 5.

⁹⁰ Brussel, 23 februari 1973, R.W., 1973-74, 1054, met noot BRUYNEEL.

omstandigheden die het zouden aannemelijk maken dat de zekerheidssteller niet langer redelijkerwijze zou willen instaan voor na de sluiting opgedoken schulden, daarbij niet ingeroepen worden⁹¹.

Uit de bepaalbaarheidsvereiste vloeit eveneens voort dat, aangezien contractpartijen zich dienen te gedragen als redelijke en voorzichtige personen, en zoals dit eveneens volgt uit de figuur van de partijbeslissing⁹², enkel die verbintenissen die door de zekerheidsgever redelijkerwijze konden worden voorzien bij het sluiten van de zekerheidsovereenkomst, als voldoende bepaalbaar kunnen worden voorzien⁹³.

Dit criterium van voorzienbaarheid wordt eveneens door het Hof van Cassatie aangewend bij borgtocht voor toekomstige schulden, zoals blijkt uit een arrest van 19 mei 2016⁹⁴:

« 1. Krachtens artikel 2015 Burgerlijk Wetboek wordt een borgtocht niet vermoed, moet hij uitdrukkelijk zijn aangegaan en mag men hem niet verder uitstrekken dan de perken waarbinnen hij is aangegaan.

2. Uit deze wetsbepaling volgt dat de borgtocht beperkend moet worden geïnterpreteerd in die zin dat de borg enkel kan worden geacht zich te willen verbinden tot zekerheid van verbintenissen die hij redelijkerwijze kan voorzien bij het sluiten van de borgtocht.

3. De appelrechters die oordelen dat de borgstelling van 6 maart 1986 zich uitstrekt tot alle schulden van de hoofdschuldenaar ten aanzien van de verweerster, ongeacht of deze schulden voor of na de fusie van de hoofdschuldenaar door opslorping van andere vennootschappen zijn ontstaan, zonder te onderzoeken of deze schuldenlast bij het sluiten van de borgtochtsovereenkomst redelijkerwijze voorzienbaar was voor de eiser, schenden artikel 2015 Burgerlijk Wetboek »⁹⁵.

Uit die voorzienbaarheidsvereiste⁹⁶ volgt dat de borg die bijvoorbeeld een verbintenis van persoonlijke aard waarborgt, zoals een lening aangegaan ter financiering van de aankoop van een woning, niet

⁹¹ Cass. 21 april 2017, in *Droit bancaire et financier*, 2017/11, 129 met noot I. Peeters; T.B.B.R., 2018/4, 244, noot P. JOISTEN. In dit arrest ging het over een echtgenote die een hypotheek verleende op haar persoonlijk onroerend goed voor een krediet aangegaan voor de vennootschap waarvan ze samen met haar echtgenoot aandeelhouder en bestuurder van was. Later werd nog een investeringskrediet aangegaan bij dezelfde kredietgever, die krachtens de "waarborg alle schulden" ook van dezelfde zekerheidsstellingen kon genieten. De betrokken echtgenote was echter inmiddels gescheiden, en was inmiddels ook teruggetreden uit de vennootschap. Aangezien de oorzaak van zekerheidsstelling (haar band met de vennootschap) en de bepaalbaarheid van de "waarborg alle schulden" op het ogenblik van de zekerheidsstelling dient beoordeeld te worden, kon de echtgenote die gewijzigde omstandigheden niet inroepen.

⁹² E. DIRIX, "Zekerheidsrechten en uitwinning", in *Actuele ontwikkelingen in de rechtsverhouding tussen bank en consument*, Antwerpen, Maklu, 1994, (313) 316.

⁹³ W. VAN GERVEN, *Handels- en Economisch Recht, Beginselen van Privaatrecht*, XIII, Deel 1, Ondernemingsrecht, Antwerpen, Standaard, 1978, 502-504; P. BOUTELLER, *Le cautionnement. Aspects généraux et pratiques bancaires*, Paris, Ed. de l'Épargne, 1986, 28-30..

⁹⁴ Cass. 19 mei 2016, T.B.H. 2017, p. 394, met noot M. SERVAIS, "De voorzienbaarheid van de schulden als nieuwe geldigheidsvoorwaarde voor de borgstelling?"; cf. ook P. JOISTEN, P., "Hypothèque pour toutes créances : entre détermination, caducité et nullité", T.B.B.R., 2018/4, 191-207.

⁹⁵ Vergelijk met Cass., 27 oktober 2000, Bull. EnPas., 2000, p. 1631 ; R.W., 2001-2002, p. 24, waar het criterium van voorzienbaarheid niet opgenomen werd ; het Hof oordeelde dat er "aan dit bepaalbaarheidsvereiste is voldaan indien de overeenkomst de objectieve gegevens bevat die toelaten het voorwerp van de verbintenis van de borg te bepalen wanneer hij door de schuldeiser wordt aangesproken." Zie ook Cass., 21 april 2017, C.16.0439.N, Kredietgever en Fin. R. 2017, boek 2, 129, noot I. PEETERS ; R.G.D.C. 2018/4, 244, noot P. JOISTEN, waar de vereiste van voorzienbaarheid evenmin uitdrukkelijk hernomen wordt : "Krachtens artikel 1130, eerste lid, Burgerlijk Wetboek kunnen ook toekomstige verbintenissen het voorwerp van een overeenkomst uitmaken. Hiertoe is vereist dat zij bepaald zijn, of ten minste bepaalbaar zonder dat een nieuwe wilsovereenstemming tussen de partijen is vereist. Aldus is het geoorloofd een hypotheek te vestigen voor toekomstige schuldvorderingen op voorwaarde dat de hypotheekakte de mogelijkheid biedt de schuldvorderingen die de partijen bedoelden te waarborgen te bepalen".

⁹⁶ Deze voorzienbaarheidsvereiste werd voor wat de borgstelling betreft gebaseerd op de restrictieve interpretatie van de borgtocht, zoals blijkt uit het geciteerde Cassatiearrest van 19 mei 2016. Meer in het algemeen kan deze

aangesproken mag worden ter aanzuivering van een aan dezelfde kredietnemer verstrekt krediet voor commerciële doeleinden⁹⁷.

Enigszins samenhangend met de hier verduidelijkte voorzienbaarheidsvereiste⁹⁸, dient - zoals volgt uit de bewoordingen van het Mengal-arrest, ten tweede altijd onderzocht te worden of de betrokken partijen ook werkelijk de wil hadden om bijvoorbeeld alle bedragen die verschuldigd zijn in het kader van de zakenrelatie via die hypotheek te waarborgen⁹⁹. Of de partijen de gemeenschappelijke wil of de bedoeling hadden¹⁰⁰ bepaalde schulden te waarborgen binnen het kader van de zekerheidsstelling, is een feitenkwestie, geval per geval te beoordelen. Dit behoort bij twijfel tot de onaantastbare appreciatiebevoegdheid van de feitenrechter.

§ 3. *Inhoudelijke analyse krachtens de wetgeving inzake onrechtmatige bedingen – waarborg alle schulden door de kredietnemer*

1. Transparantievereiste

Ook de wetgever heeft aandacht gehad voor de informatie omtrent de gestelde zekerheden.

Er kan vooreerst gewezen worden op de wettelijke verplichte informatie in de prospectus met betrekking tot: « de vormen van zekerheid alsmede, desgevallend, de vermelding dat de zekerheid zich ook in een andere lidstaat mag bevinden » (artikel VII.125, tweede lid, 3° WER).

In rubriek 3 van het ESIS-formulier moeten vervolgens, "indien van toepassing", de zekerheden vermeld worden. In Deel B, met de instructies voor het invullen van de ESIS, staat in Rubriek 3, puntje 9 hierover: "Indien het krediet gewaarborgd is door een hypotheek op het onroerend goed of door een andere vergelijkbare zekerheid of door een recht verbonden aan onroerend goed, *brengt de kredietgever dit onder de aandacht van de consument*."

De kredietgever geeft in voorkomend geval de veronderstelde waarde van het onroerend goed dat, of de zekerheid die, voor de opstelling van dit informatieblad wordt gebruikt".

In de kredietovereenkomst en dus in het aanbod, is het eveneens vereist te vermelden : « desgevallend, de gevraagde zekerheden en verzekeringen » (art. VII.134, § 3, 10° WER). De transparantievereiste geldt vanaf het begin van de precontractuele fase. Ze heeft tot gevolg dat de consument niet in de waan

voorzienbaarheidsvereiste bij clausules inzake zekerheidsstelling voor 'alle schuldvorderingen' echter gebaseerd worden op het principe van de matigende werking van de goede trouw en de theorie van het rechtsmisbruik (art. 1134, derde lid, B.W.): zie W. VAN GERVEN, Handels- en Economisch Recht, Beginzelen van Privaatrecht, XIII, Deel 1, Ondernemingsrecht, Antwerpen, Standaard, 1978, 502-504; zie ook M. VAN QUICKENBORNE, "Borgtocht", in APR, Antwerpen, Kluwer, 1999, 103, nr. 193.

⁹⁷ M. VAN QUICKENBORNE, "Borgtocht", in APR, Antwerpen, Kluwer, 1999, 103, nr. 193.

⁹⁸ De draagwijdte van de in een overeenkomst opgenomen contractuele afspraken dient immers altijd met inachtneming van de gemeenschappelijke bedoeling van de contracterende partijen beoordeeld te worden (artikel 1156 B.W.). Bij contractuele afspraken die verder gaan dan wat de tegenpartij normaliter kan verwachten als voortvloeiend uit de gesloten overeenkomst, die met andere woorden redelijkerwijze niet voorzienbaar zijn, kan bijgevolg moeilijk aangenomen worden dat de contractpartijen de gemeenschappelijke bedoeling hadden deze aan te gaan.

⁹⁹ Zie in dit verband eveneens het Mengal-arrest, dat dit samen met de bepaalbaarheidsvereiste als tweede voorwaarde opneemt: Cass. 28 maart 1974, Pas. 1974, I, 774:

"Men mag een pand geven tot waarborg van toekomstige of voorwaardelijke schulden voor zover deze schulden bepaald of bepaalbaar zijn op het ogenblik van de pandstelling (art. 1130, 1ste lid B.W.).

Toekomstige schuldvorderingen zijn voldoende bepaald of bepaalbaar indien de overeenkomst die de zekerheidsstelling voorziet het mogelijk maakt ze te bepalen en indien uit de elementen van de zaak voortvloeit dat ze werkelijk deel uitmaken van diegene die partijen hebben willen waarborgen door het pand."

¹⁰⁰ Zie art. 1163 B.W.

wordt gelaten dat de vereiste zekerheid enkel tot waarborg van één gevraagd onroerend krediet zou dienen. Daarom moet duidelijk naar voor komen in de algemene informatie, in het ESIS-formulier, in het kredietaanbod en in het ontwerp van kredietovereenkomst dat de kredietverstrekker enkel akkoord gaat het onroerend krediet te verlenen als hij daartoe een hypothecaire waarborg verkrijgt die niet enkel het gevraagde onroerende krediet waarborgt maar daarbovenop ook de andere schulden van de kandidaat-lener.

Wat de transparantievereiste van de bedingen van de akte van hypothecair krediet betreft, dient de vraag gesteld te worden of deze clausules voldoende duidelijk en begrijpelijk uitgelegd worden opdat een gemiddelde consument die hiervan kennis neemt de wezenlijke gevolgen van een dergelijke “waarborg alle schulden” met kennis van zaken kan inschatten.

Deze transparantievereiste dient samengelezen te worden met de precontractuele informatieverplichting omtrent de algemene voorwaarden (artikel VI.2, 7° WER). Voor een consument is het immers van wezenlijk belang dat hij, vóór de sluiting van de overeenkomst, kennis neemt van alle contractvoorwaarden en de gevolgen van sluiting van de overeenkomst. Op basis van de aldus verkregen informatie zal hij namelijk beslissen of hij wenst gebonden te zijn door voorwaarden die de verkoper tevoren heeft vastgelegd¹⁰¹.

De clausules in de geciteerde voorbeelden zijn op zich niet onduidelijk. Wel moet een dergelijke clausule duidelijk onder de aandacht van de consument moet worden gebracht teneinde hem toe te laten de wezenlijke en verregaande gevolgen van een “waarborg alle sommen” te kunnen inschatten. De waarborgen die hij stelt, gelden krachtens deze clausule immers ten belope van het bedrag van de zekerheid, niet enkel voor de kredietovereenkomst, maar ook voor alle schulden die hij heeft of in de toekomst zou kunnen hebben ten aanzien van de kredietgever.

2. Inhoudelijke toetsing op het onrechtmatig karakter

- In principe niet onrechtmatig gelet op art. 7 en 8 Hyp.-Wet

Wat de inhoudelijke controle betreft (toetsing aan de algemene norm, artikel I.8.22° WER), dient nagegaan te worden of een dergelijk beding de consument in een positie plaatst waaraan zijn rechten aanzienlijk beperkt worden in vergelijking met de positie waarin hij zich gemeenrechtelijk zonder dergelijk beding zou bevinden. Een tweede criterium, conform de richtlijn en de daaruit volgende rechtspraak van het Europese Hof, bestaat erin na te gaan of de onderneming door op eerlijke en billijke wijze te onderhandelen met de consument er redelijkerwijze van zou kunnen uitgaan dat de consument een dergelijk beding zou aanvaarden indien daarover afzonderlijk was onderhandeld.

Behoudens een correcte voorlichting op basis waarvan kan aangenomen worden dat de consument met kennis van zaken instemt met de clausule inzake “waarborg alle sommen”, benadeelt een dergelijk beding op zich de rechten van de consument niet kennelijk. Zelfs zonder zekerheid is iedere schuldenaar immers persoonlijk gehouden om al zijn verbintenissen, tegenwoordige of toekomstige, onder verband van al zijn goederen na te komen (art. 7 en 8 Hypotheekwet). Bovendien heeft de debiteur de controle op de schulden die hij aangaat.

- Naleven van bepaalbaarheidsvereiste- objectief referentiekader- redelijke voorzienbaarheid

Niettemin moet met de bepaalbaarheidsvereiste rekening gehouden te worden, en is de omschrijving van de waarborg alle schulden, vooral in het tweede voorbeeld, te algemeen om hieruit te kunnen afleiden

¹⁰¹ EHJ, zaak C-92/11, arrest RWE-Vertrieb, 21 maart 2013, nr. 44.

welke schulden de partijen beoogden te waarborgen: “de gestelde zekerheden die *de betaling of terugbetaling dienen te garanderen van om het even welke som, waarvan de kredietnemer, om welke reden ook en onder andere krachtens één of meerdere andere kredietopeningen die hem voorheen zouden zijn toegestaan, schuldenaar zal kunnen worden jegens de kredietgever.*”

Er moet minstens voorzien worden in een objectief referentiekader dat moet toelaten te verifiëren of een bepaalde vordering al dan niet beoogd werd bij het vestigen van de waarborg.

- Andere beoordeling indien “waarborg alle schulden” als derde-zekerheidsverstrekker

Uit de opgegeven voorbeelden blijkt dat niet alleen de waarborgen gesteld door de kredietnemer, maar ook iedere andere waarborg, met andere woorden de waarborgen gesteld door derden, onder de clausule inzake “waarborg alle schulden” vallen.

In voorbeeld 1 wordt algemeen gesteld: “*De schuldenaars verklaren dat alle waarborgen die in de kredietakte(n) gevestigd zijn als zekerheid gelden voor...*” In voorbeeld 2 luidt het: “*Alle waarborgen die door of voor de kredietnemer worden gevestigd...*”

Bij waarborging door derden van andere schulden dan deze waar zij zich uitdrukkelijk waarborg voor gesteld hebben, dient opnieuw de volgende opmerking gemaakt te worden¹⁰². Waar bij zekerheidsstelling door de debiteur zelf rekening gehouden moet worden met het principe van de aansprakelijkheid voor alle schulden, zijn de gevolgen van een waarborg alle sommen daarentegen wel verregaand in de mate ze eveneens betrekking heeft op schulden waartoe de kredietnemer niet persoonlijk gehouden zou zijn. In die gevallen zou hij immers optreden als derde-garant, waardoor de kredietgever die waarborgen ook zou kunnen aanwenden tot voldoening van andere dan persoonlijke schulden van de kredietnemer en de kredietgever bijgevolg een bijkomende verhaalsmogelijkheid verkrijgt die hij zonder die clausule niet zou hebben, en de consument gehouden wordt tot waarborging van schulden vreemd aan zijn verbintenissen. Zoals bij de bespreking van de specifieke zekerheden naar voor zal komen, dient bij de waarborg of zekerheid door een derde bovendien rekening gehouden te worden met artikel VII.147/2 WER.

3. Specifieke beperkingen inzake “waarborg alle schulden”

3.1. loonoverdracht: wet van 12 april 1965

Krachtens artikel 27, eerste lid, van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers moet de overdracht van het loon op straffe van nietigheid (laatste lid van deze bepaling) gebeuren bij een akte onderscheiden van die welke de hoofdverbintenis waarvan zij uitvoering waarborgt. Artikel VII.147/2 WER, dat uitdrukkelijk verwijst naar de toepassing van de geciteerde loonbeschermingswet, stelt bovendien uitdrukkelijk dat de uitzondering voor loonoverdracht verricht via authentieke akte (artikel 34 van de loonbeschermingswet) niet geldt bij hypothecair krediet in de zin van boek VII. Ook bij vaststelling per authentieke akte van de loonoverdracht in het kader van hypothecair krediet dient een dergelijke overdracht dus te gebeuren bij een onderscheiden akte. Het Hof van Cassatie heeft reeds geoordeeld¹⁰³ dat “de gewaarborgde verbintenis en de overeenkomst van loonoverdracht nauw met elkaar verbonden zijn en de overdracht niet los staat van de basisovereenkomst”, en dat gelet op de “bedoeling van de wetgever om aan de overdrager een afdoende juridische bescherming te bieden”

¹⁰² Zie reeds de discussies in verband met de kaderovereenkomst: Hoofdstuk 2, I. Voorwerp van de overeenkomst, c.Analyse, p. 21.

¹⁰³ Cass. 29 oktober 2001, R.W., 2001-2002, p. 1465; A.J.T. 2001-2002, p. 1465; Ann. Crédit, 2001, p. 236 met kritische noot M. FORGES, p. 251; Cass. 21 november 2005, D.C.C.R., 2006, nr. 71, p. 47, noot E. DE NEVE; Cass. 17 november 2005, Pas., 2008/11, p. 2581.

“de overdracht van het loon moet gebeuren bij een akte onderscheiden van die welke de hoofdverbintenis waarvan zij uitvoering waarborgt”.

Door te oordelen dat de overdracht van loon niet onafhankelijk is van de gewaarborgde verbintenis en door te eisen dat deze wordt vermeld in de akte van loonoverdracht, beperkt het Hof van Cassatie de loonoverdracht tot de waarborg van een specifiek krediet, dat gesloten is of op het punt staat gesloten te worden. De loonoverdracht kan dus niet tot doel hebben andere schuldvorderingen van de schuldenaar te waarborgen.

Het verbod van loonoverdracht tot waarborg van alle schulden heeft zowel betrekking op de loonoverdracht die is overeengekomen door de schuldenaar zelf als deze uitgaande van een andere persoon.

3.2. Kosteloze borgtocht

Inzake kosteloze borgtocht bepaalt artikel 2043quinquies het volgende:

§ 1. Op straffe van nietigheid moet de borgtocht in de zin van dit hoofdstuk het voorwerp uitmaken van een geschreven overeenkomst die verschilt van de hoofdovereenkomst.

§ 2. De duur van de hoofdverplichting moet worden vermeld in de borgtochtovereenkomst, en in het geval van een borgtocht voor een hoofdverplichting die werd afgesloten voor onbepaalde duur, mag de duur van de borgtochtovereenkomst vijf jaar niet overschrijden.

§ 3. Op straffe van nietigheid moet de borgtochtovereenkomst ten minste de volgende vermeldingen bevatten, door de borg met de hand geschreven :

" door me borg te stellen voor ... voor de som beperkt tot ... (in cijfers) als dekking van de betaling van de hoofdsom en interesten voor een duur van ..., verbind ik me ertoe aan de schuldeiser van ... de verschuldigde sommen terug te betalen op mijn goederen en inkomsten, indien, en in de mate dat, ... er niet zelf aan heeft voldaan "

§ 4. Na advies van de Bijzondere Raadgevende Commissie Onrechtmatige Bedingen bedoeld in de artikelen 35 en 36 van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, kan de Koning bepalen welke vermeldingen moeten voorkomen in de overeenkomst, alsook de informatie met betrekking tot de hoofdverplichting die het voorwerp uitmaakt van de borgtocht.

§ 5. Artikel 1326 is niet van toepassing."

Hieruit volgt, volgens de voorbereidende werken, een verbod van kosteloze borg “voor alle sommen”. In de Memorie van Toelichting¹⁰⁴ wordt het volgende gesteld:

“De borgtocht voor alle schulden van een schuldenaar tegenover een schuldeiser die kosteloos wordt gegeven door een borg is niet langer mogelijk.

¹⁰⁴ Memorie van Toelichting bij de wet van 3 juni 2007 met betrekking tot de kosteloze borgtocht, Parl. St., Kamer, 2006-2007, nr. 51-2730-001, p. 13; zie ook verslag van de Kamercommissie Bedrijfsleven, nr. 51-2730/003, p. 5: “De door een natuurlijke persoon aangegane borgtocht moet beperkt zijn tot de verbintenis die bestaat op het tijdstip dat de overeenkomst wordt gesloten en moet bovendien beperkt zijn in de tijd.”

De handeling waarbij de borg betrokken is, moet inderdaad duidelijk bepaald worden. Daaruit volgt dus dat als de hoofdschuldenaar een nieuw krediet wil verkrijgen van de verkoper, te weten de kredietinstelling, hij de borgtochtovereenkomst moet hernieuwen omwille van de nieuwe handeling waarvoor de huidige borg een subsidiair karakter heeft. Daardoor wordt de «omnibusborg» nadrukkelijk verboden.”

Uit de bedoeling van de wetgever blijkt dus duidelijk dat een kosteloze borgtocht “voor alle sommen” niet verzoenbaar is met deze bepalingen.

3.3. Zekerheidsstelling door derden

Zoals reeds is besproken, volgt uit artikel VII.147/26, § 1, dat de zekerheidsstelling door een derde enkel betrekking kan hebben op de kredietovereenkomst waarvoor die derde zekerheid verleent, en niet uitgebreid kan worden tot alle schulden die de kredietnemer aan de kredietgever verschuldigd is of zou kunnen zijn. Het verbod dat uit artikel VII.147/26, § 1, voortvloeit, geldt eveneens voor de zekerheidsstelling door een derde, als waarborg opgenomen in de kaderovereenkomst en alle kredieten die daarin zouden opgenomen zijn.

Artikel VII.147/26, § 3, beperkt de gehoudenheid in duur van de derde-zekerheidssteller van een persoonlijke zekerheid (borg of andere persoonlijke zekerheid). Deze waarborg geldt, zoals reeds gesteld, enkel voor een (specifieke) kredietovereenkomst¹⁰⁵. Wordt een kredietovereenkomst gesloten voor onbepaalde duur, dan kan een persoonlijke zekerheid slechts voor een periode van vijf jaar aangegaan worden door een derde-zekerheidssteller. Deze periode kan slechts hernieuwd worden bij afloop en met het uitdrukkelijk goedvinden van de borg of de persoon die een persoonlijke zekerheid heeft gesteld (art. VII.147/26, § 3, WER).

Aanbeveling nr. 8

1. Geldigheid van de “waarborg voor alle schulden”

Bedingen waarbij de kredietgever zich het recht toekent om de in de kaderovereenkomst gestelde waarborgen als zekerheid te laten gelden voor alle huidige en toekomstige bedragen die de kredietnemer aan de kredietgever zou verschuldigd zijn, zijn toegelaten in zoverre deze kaderovereenkomst het mogelijk maakt de schuldvorderingen te bepalen (de “voorzienbaarheidsvereiste”) en indien in het concrete geval de betrokken schuldvorderingen werkelijk die zijn welke de partijen wilden waarborgen (wilsovereenstemming).

Er moet dus minstens een objectief kader worden bepaald waarbinnen de schuldvorderingen gedekt zijn door de zekerheid. Daarnaast volgt onder meer uit de vereiste van goede trouw dat enkel die schuldvorderingen die door de zekerheidsgever redelijkerwijze konden worden voorzien bij het sluiten van de kredietovereenkomst, onder deze waarborg alle schulden vallen.

¹⁰⁵ Zie de definitie van kredietovereenkomst in artikel I.9.49° WER. Het gaat dus om de mogelijkheid tot opname van geld die de kredietnemer heeft zonder dat hiertoe een nieuw akkoord met de kredietgever vereist is of zonder dat andere voorwaarden dan degene die initieel waren overeengekomen moeten nageleefd worden; is dit niet het geval, dan gaat het om een nieuwe kredietovereenkomst.

2. Transparantievereiste

In de algemene informatie, in het “ESIS”-formulier¹⁰⁶ en in het kredietaanbod moet verduidelijkt worden dat de gegeven waarborgen of zekerheden ook verstrekt worden voor alle schulden buiten de specifieke kredietovereenkomst om.

Clausules inzake waarborgen alle schulden hebben immers verstrekkende gevolgen voor de gemiddelde consument: iedere schuld die hij in de toekomst zou hebben ten aanzien van de kredietgever, wordt naar aanleiding van een hypothecaire kredietovereenkomst, gedekt door de in dat kader verstrekte waarborgen. Gezien deze verstrekkende gevolgen volgt uit de transparantievereiste dat de consument kennis moet kunnen nemen van deze clause en haar wezenlijke gevolgen met kennis van zaken moet kunnen inschatten.

3. Inhoudelijke toetsing van het onrechtmatig karakter

Op voorwaarde dat de kredietnemer met kennis van zaken instemt met de clause inzake “waarborg alle schulden”, benadeelt een dergelijk beding op zich de rechten van de consument niet kennelijk, gezien hij sowieso persoonlijk gehouden is om zijn eigen verbintenissen na te komen. Wel moet deze clause een objectief referentiekader bevatten, en mogen enkel de schulden die in de lijn liggen van de gesloten kaderovereenkomst inzake krediet door de gestelde zekerheden gewaarborgd worden.

Daarentegen kan de “waarborg alle schulden” niet uitgebreid worden tot derde-zekerheidsverstrekkers. In dat geval bedingt de kredietgever immers de gehoudenheid van een derde-garant tot schulden waartoe deze niet persoonlijk verbonden is en verkrijgt de kredietgever bijgevolg een bijkomende verhaalsmogelijkheid op het vermogen of op een goed van de derde die hij zonder de zekerheid niet zou hebben.. Zoals bij de bespreking van de specifieke zekerheden naar voor zal komen, dient bij de waarborg of zekerheid door een derde bovendien rekening gehouden te worden met artikel VII.147/26 WER, dat oplegt om aan de derde-zekerheidsteller, voorafgaand aan zijn toestemming, een exemplaar van de kredietovereenkomsten te overhandigen gewaarborgd door de zekerheid die hij overeenkomt.

Indien, conform de aanbeveling 4.3., echter de derde-zekerheidsverstrekker telkens zijn uitdrukkelijk akkoord moet geven met het waarborgen van nieuwe kredieten en hierbij de volledige keuzevrijheid heeft, kan de brc Onrechtmatige Bedingen ermee instemmen dat er geen sprake meer is van “waarborg alle schulden”.

4. Specifieke beperkingen

4.1. Loonoverdracht

Clausules inzake loonoverdracht dienen te gebeuren bij een onderscheiden akte, waarbij de specifiek gewaarborgde verbintenis wordt vermeld in de akte van loonoverdracht. Een loonoverdracht “alle schulden” is dus wettelijk verboden.

4.2. Kosteloze borgtocht

Een kosteloze borgtocht alle schulden is niet verzoenbaar met het bepaalde in artikel 2043quinquies B.W.

¹⁰⁶ Deel B dat de instructies voor het invullen van het ESIS-formulier omvat, bepaalt in rubriek 3, onder nummer 9 : « Indien het krediet gewaarborgd is door een hypotheek op het onroerend goed, brengt de kredietgever dit onder de aandacht van de consument. »

4.3. Zekerheidsstelling door derden

Uit artikel VII.147/26, § 1, WER, volgt dat de zekerheidsstelling door een derde enkel betrekking kan hebben op de kredietovereenkomst waarvoor die derde zekerheid verleent, en niet uitgebreid kan worden tot alle schulden die de kredietnemer aan de kredietgever verschuldigd is of zou kunnen zijn. Het verbod dat uit artikel VII.147/26, § 1, voortvloeit, geldt eveneens voor de zekerheidsstelling als waarborg opgenomen in de kaderovereenkomst en alle kredieten die daarin zouden opgenomen zijn.

Met betrekking tot de zekerheidsstelling door een derde stellen de vertegenwoordigers van de ondernemingen voor om contractueel te voorzien dat bij elke heropname het voorafgaand akkoord van de derde-waarborgsteller vereist is¹⁰⁷.

De brc Onrechtmatige Bedingen is van mening dat deze werkwijze, beoordeeld op basis van de bepalingen van Boek VI WER, transparant is en geen onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van de partijen ten nadele van de consument in de mate de derde-consument met kennis van zaken en met volledige keuzevrijheid ingaat op een nieuwe zekerheidsstelling.

De brc Onrechtmatige Bedingen merkt op dat een dergelijk voorstel ook zou dienen onderzocht te worden vanuit de geldigheid in het hypotheekrecht, in het bijzonder de vereiste van het naleven van de authentieke vorm zoals deze volgt uit artikel 76 van de hypotheekwet, en vanuit de geldigheid op basis van de bepalingen van Boek VII, in het bijzonder artikel VII. 147/26 WER. Het behoort evenwel niet aan de brc Onrechtmatige Bedingen om hierover in de één of andere zin een standpunt in te nemen.

2.6.2 Hypotheek voor alle schulden

§ 1. Voorbeelden

- Voorbeeld 1

Tot waarborg van alle bedragen die ten gevolge van de onderhavige kredietopening, aan de kredietgever zouden verschuldigd zijn, verklaart de kredietnemer en de eventuele derde hypotheeksteller ten voordele van de kredietgever, die aanvaardt, een bijzondere hypotheek te verlenen, in te schrijven in de rang bepaald in artikel VI en voor de daarin aangegeven bedragen, op de hierna beschreven onroerende goederen die naar zijn/haar/hun zeggen vrij en onbezwaard zijn van alle hypothecaire lasten, voorrechten, overschrijvingen, vorderingen tot ontbinding en gevallen van uitwinning en niet het voorwerp uitmaken van enige verhuring voor een termijn die de negen jaar overtreft of van een levenslange huur, tenzij eventuele voorgaande rangen zoals blijkt uit artikel VI.

Tot zekerheid en waarborg van alle bedragen die ten gevolge van verrichtingen aangerekend op onderhavige kredietopening aan de kredietgever zouden verschuldigd zijn of in de toekomst zouden worden in het kader van zijn privé en professionele kredietgeverrelatie krachtens onder meer kredieten, betalingsverkeer, borgtocht- en garantieverbintenissen, verklaart de kredietnemer en/of de hypothecaire in pandgever, ten voordele van de kredietinstelling, die aanvaardt, een bijzondere hypotheek te verlenen.

- Voorbeeld 2

ARTIKEL 20: HYPOTHEEKSTELLING (ZIE OOK 6.3., ART. 6)

Tot zekerheid van de verbintenissen die voor de kredietnemers voortvloeien uit de bepalingen van deze akte en van alle latere voorschotten verwezenlijkt in uitvoering van deze kredietopening en tot zekerheid

¹⁰⁷ Het akkoord van de kredietnemer met de voorwaarden en de zekerheden wordt eveneens bij elke heropname gevraagd.

van alle huidige en latere professionele of particuliere kredieten, leningen of schulden (onder meer ingevolge: debetstanden, kredietgeverdiensten of -verrichtingen, verzekeringen of financieringen, betaalmiddelen, aansprakelijkheden, (terug)betalingsverbintenissen en persoonlijke zekerheden vanwege of ten gunste van de kredietgever en/of zijn algemene of bijzondere rechtsopvolgers) van de kredietnemers, al dan niet afzonderlijk en/of samen met derden, zelfs na overname of voortzetting door derden onder welke titel ook, alsmede van alle dergelijke kredieten, leningen en schulden van de hypotheekstellers of hun algemene rechtsopvolgers indien zij ooit de hierboven bedoelde verbintenissen zouden overnemen of voortzetten onder welke titel ook, alsmede van alle kredieten, leningen en schulden van derden waartoe de kredietnemers, samen en/of afzonderlijk, gehouden zijn of zullen zijn, onder meer als medekredietnemers of als borgen, wordt hypotheek genomen ten belope van:

- 1°. de hoofdsom van euro (€ 000,00).
- 2°. drie jaar interest, waarvan de wet de rang waarborgt.

Voor deze inschrijving wordt de rentevoet vastgesteld op vijftien procent(15 %) per jaar;

- 3°. een som van euro (€ 000,00) voor vergoeding wegens wederbelegging (in voorkomend geval), voorschotten van premies van een aangehecht of toegevoegd contract die aan de kredietgever niet zouden zijn terugbetaald, evenals hun eventuele interesten, eventuele niet bevoorrechte kosten van vervolging en procedure, wettelijk getarifeerde kosten van advocaten, kosten van betekening en aangifte van schuldvordering, kosten en erelonen van deze akte kredietopening en hypotheekvestiging, kosten en erelonen van de inschrijving, kosten van opheffing van hypotheekaire inschrijvingen.

Ingeval van terugbetaling heeft de kredietgever steeds het recht een opheffingsakte te eisen die, op kosten van de kredietnemers, door een door de kredietgever gekozen notaris zal verleden worden.

De kredietnemers kunnen steeds:

- Op hun kosten de doorhaling van de hypotheek bekomen voor zover er op dat ogenblik geen enkele, zelfs eventuele, verbintenis meer bestaat ten opzichte van de kredietgever. De aanvraag wordt aan de kredietgever gericht per aangetekende brief.
- De hypotheek opzeggen met een opzeggingstermijn van zes maanden. De opzegging wordt aan de kredietgever gericht per aangetekende brief met ontvangstmelding en gaat in op de dag van de ontvangstmelding. De hypotheek blijft de schuldvorderingen waarborgen die bij het verstrijken van de opzeggingstermijn bestaan.

De kredietnemers (sub.....) verklaren in hypotheek te geven ten voordele van de kredietgever die aanvaardt:

IN TE VULLEN DOOR DE NOTARIS

- | |
|---|
| <ul style="list-style-type: none"> - beschrijving van het goed (hierin begrepen de onroerende goederen door incorporatie en/of door bestemming) - oorsprong van eigendom - verklaringen - hypotheekaire toestand |
|---|

§ 2. Begrip “hypotheek alle schulden” en algemene principes ter zake van verbintenissenrecht en zekerheidsrecht

Zoals de bewoording het aangeeft, bedingen de kredietgevers doorgaans dat de consument niet enkel een hypotheek stelt ter waarborging van de aangegane kredietovereenkomst, maar dat die hypotheek eveneens dient tot zekerheid van al wat een schuldenaar aan zijn schuldeiser verschuldigd is én ooit verschuldigd kan zijn, tot beloop van het bedrag waarvoor de hypotheek is gevestigd. Zoals in de voorbeelden naar voor komt, zou de hypotheek tot beloop van dat bedrag dus gelden “tot zekerheid van alle bedragen die een schuldenaar verschuldigd is of in de toekomst verschuldigd zou kunnen zijn in het kader van zijn privé- en professionele kredietgeverrelatie met de kredietgever in het algemeen, krachtens onder meer kredieten, betalingsverkeer, borgtocht- en garantieverbintenissen”.

Vooraleer tot de beoordeling van deze “hypotheek alle schulden” in het kader van de wettelijke bepalingen inzake onrechtmatige bedingen over te gaan, is het noodzakelijk nader in te gaan op de geldigheid van een dergelijke clause in het kader van het zekerheidsrecht en het algemeen verbintenissenrecht.

Vooreerst dient opgemerkt te worden dat de hypotheek een plechtige overeenkomst is, die slechts kan worden toegestaan bij een authentieke akte of bij een in rechte of voor notaris erkende onderhandse akte.

Een hypotheek is in essentie een zakelijk accessoir recht, ter voldoening van een verbintenis en als dusdanig ondergeschikt aan de verbintenis die ermee gewaarborgd wordt. Een zekerheidsstelling door middel van een hypotheek dient altijd vooreerst formeel afgebakend te worden (het specialisatiebeginsel). Ten tweede dienen de gevolgen van de zekerheid beperkt te blijven tot de verbintenissen waartoe ze tot zekerheid strekken (materiële afbakening, specialiteitsbeginsel).

a. Formele afbakening (specialisatiebeginsel)

Om de onverhandelbaarheid van de in hypotheek gegeven goederen te vermijden, dient in de hypotheekvestigende akte verduidelijkt te worden (1) welk bedrag er door de hypotheek gewaarborgd wordt (art. 80, eerste lid en artikel 83, tweede lid, 4° Hypotheekwet), en (2) moeten de bezwaarde goederen naar aard en ligging in de akte van hypotheekstelling en in de inschrijvingsborderellen duidelijk omschreven worden (artikel 78, eerste lid en artikel 83, tweede lid, 5° Hypotheekwet).

De vraag stelde zich of het tevens vereist is dat de oorzaak van deze hypotheek, met name de gewaarborgde verbintenis wordt aangeduid/afgebakend in de akte en/of in de inschrijvingsborderellen, vooral gezien het accessoir karakter van de hypotheek.

In een Cassatie-arrest van 4 oktober 1963¹⁰⁸ stelde het Hof van Cassatie echter duidelijk dat geen artikel van de Hypotheekwet een dergelijke aanduiding van de gewaarborgde schuldvordering oplegt: “Overwegende dat, luidens artikel 80 van de Hypotheekwet, de bedongen hypotheek slechts geldig is voor zover het bedrag waarvoor zij is verleend, in de akte bepaald is. *Overwegende dat uit geen enkel artikel van gezegde wet noch uit enige andere wetsbepaling blijkt dat de akte van vestiging van de hypotheek bovendien de oorzaak van de gewaarborgde schuldvordering dient aan te duiden.*”

¹⁰⁸ Cass. 4 oktober 1963, J.T. 1963, 672, Pas., 1964, I, 112, noot F.D., R.W., 1963-64, 1949, Rev. Prat. Not., 1964, 148, R. Not. 1964, 1964, 111. Dit arrest bevestigt het arrest van het Hof van Beroep van Gent van 22 februari 1962, Rec. Gén. Enr. Not., 1963, 316.

Krachtens het specialisatiebeginsel (formele afbakening) dienen dus enkel het bezwaarde goed en het bedrag waarvoor hypotheek verleend wordt in de akte vermeld te worden¹⁰⁹.

b. Materiële afbakening (specialiteitsbeginsel)

Dit beginsel, eigen aan alle zekerheidsovereenkomsten, houdt in dat de gevolgen van de zekerheid beperkt moeten blijven tot de verbintenissen waartoe ze tot zekerheid strekt: dit zijn de verbintenissen die de partijen hebben willen waarborgen op het ogenblik van de zekerheidsstelling, wat ons terugbrengt tot de vraag of clausules die ertoe strekken de hypotheek uit te breiden als zekerheid voor alle schulden geoorloofd zijn. Dit komt opnieuw neer op een onderzoek van de bepaalbaarheidsvereiste.

Hierop is uitvoerig ingegaan bij de bespreking van de “waarborg alle schulden”.

Er kan opnieuw verwezen worden naar het “Mengal-arrest”¹¹⁰, waar het Hof van Cassatie geoordeeld heeft dat aan dit specialiteitsbeginsel voldaan is wanneer (1) de akte het mogelijk maakt de toekomstige schuldvorderingen die zouden gewaarborgd zijn te bepalen (bepaaldheid of bepaalbaarheid, ingevuld als ‘voorzienbaarheidsvereiste’), en (2) indien blijkens de gegevens van de zaak de schuldvorderingen werkelijk deze zijn die de partijen hebben willen waarborgen (‘wilsovereenstemming’). De wetgever heeft deze criteria op algemene wijze overgenomen in de voorbereidende werken die geleid hebben tot de bepaling die nu figureert in artikel 81bis van de Hypotheekwet.

Er moet dus minstens een objectief kader worden bepaald waarbinnen de schuldvorderingen gedekt zijn door de zekerheid. Daarnaast kunnen enkel die schuldvorderingen die door de zekerheidsgever redelijkerwijze konden voorzien bij het sluiten van de kredietovereenkomst, onder deze waarborg alle schulden vallen.

§ 3. Toetsing van de “hypotheek alle schulden” aan de wettelijke bepalingen inzake onrechtmatige bedingen

I. Transparantievereiste

Een eerste wettelijke vereiste waaraan clausules moeten voldoen, is de transparantievereiste (art. VI.37, § 1, WER): zijn contractvoorwaarden zoals de weergegeven clause zo geformuleerd dat een gemiddelde consument de wezenlijke gevolgen die een “hypotheek alle schulden” voor hem heeft, met kennis van zaken kan inschatten? Zoals in rubriek I van Hoofdstuk 2 werd verduidelijkt, worden ook de contractvoorwaarden die betrekking hebben op het voorwerp van de overeenkomst toetsbaar indien deze niet duidelijk en begrijpelijk geformuleerd zijn (artikel VI.82, derde lid, WER).

Gezien de verregaande economische impact van deze clause is een duidelijke formulering des te noodzakelijker: de consument geeft immers toestemming om de hypotheek niet enkel ter zekerheid van het hypothecair krediet te verlenen, maar ook als zekerheid te stellen voor iedere kredietovereenkomst die in de kaderovereenkomst opgenomen wordt, en zelfs voor alles wat de kredietnemer in het kader van zijn privé- of professionele relatie met de kredietgever aan de kredietgever verschuldigd is of in de toekomst verschuldigd zou kunnen zijn.

¹⁰⁹ In tegenstelling tot Frankrijk, waar dit wel vereist wordt. Zie art. 2421 Code civil:

« L'hypothèque peut être consentie pour sûreté d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures. Si elles sont futures, elles doivent être déterminables. La cause en est déterminée dans l'acte. »

¹¹⁰ Zie vooral het arrest van het Hof van Beroep van Brussel, 25 februari 1972, 1972, 246, met noot, bevestigd door het Cassatie-arrest van 28 maart 1974.

De brc Onrechtmatige Bedingen is van oordeel dat de in voorbeeld weergegeven clausules niet voldoen aan de transparantievereiste.

In het eerste voorbeeld wordt de kredietnemer pas in de tweede alinea, in de tweede zinsnede, erop gewezen dat de hypotheek niet enkel geldt in het kader van de kredietopening (in de clausule te begrijpen als de kaderovereenkomst inzake krediet), maar daarbovenop eveneens uitgebreid wordt tot heel zijn relatie met de financiële instelling. Daarnaast heeft de eerste alinea het niet enkel over de zekerheidsstelling, maar ook over de rang die de hypotheek inneemt. Ten derde wordt in diezelfde alinea ook de verklaring van de kredietnemer dat het onroerend goed vrij en onbezwaard is, opgenomen. Deze elementen maken het voor een gemiddelde consument onnodig moeilijk om de gevolgen van zijn hypotheekstelling op correcte wijze in te schatten.

Het tweede voorbeeld kan bezwaarlijk duidelijk en begrijpelijk genoemd worden ten aanzien van de gemiddelde consument. De eerste alinea is een doorlopende inleidende zin van 13 regels met lange opsommingen en een ingewikkelde structuur, waarbij nauwelijks kan worden opgemaakt waartoe de kredietnemer zich precies verbindt bij het stellen van de hypotheek.

II. Inhoudelijke toetsing van de “hypotheek alle schulden”

Vervolgens dient nagegaan te worden of een dergelijk beding, waarbij de consument verklaart hypotheek te verlenen voor alle schulden waartoe hij in het kader van zijn contractuele relatie met de kredietgever toe gehouden kan zijn, inhoudelijk geen kennelijk onevenwicht creëert tussen de rechten en de verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument (artikel I.8.22° WER).

Zoals hoger reeds verduidelijkt¹¹¹ moet er, alle omstandigheden in acht genomen, nagegaan worden in welke mate de contractvoorwaarden de consument in een juridisch minder gunstige positie plaatsen dan die welke volgens de normale suppletieve regels zouden gelden. Hierbij moet, conform de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie, eveneens nagegaan worden of voldaan wordt aan de goede trouwvereiste, met name kon de financiële instelling door op eerlijke en billijke wijze te onderhandelen met de consument er redelijkerwijze van zou kunnen uitgaan dat de consument een dergelijk beding zou aanvaarden indien daarover afzonderlijk was onderhandeld¹¹².

De hierna gegeven analyse bouwt voor op wat reeds gesteld is bij de “waarborg alle schulden”. Er valt dus een onderscheid te maken naargelang het gaat om de kredietnemer zelf, dan wel een derde die een hypothecaire zekerheid verschaft.

A. De clausule inzake “hypotheek voor alle schulden” ten aanzien van de kredietnemer zelf

- in principe niet onrechtmatig, op voorwaarde van transparantie

Onafgezien van het feit dat het voor de consument duidelijk moet zijn dat de verstrekte hypotheek niet enkel als zekerheid dient voor de aangegane kredietovereenkomst, maar ook voor iedere andere schuld die hij in het kader van zijn relatie met de kredietgever zou hebben en hij daar met kennis van zaken mee moet instemmen, bezwaart een dergelijke clausule op zich de contractuele situatie van de consument niet kennelijk. Zelfs zonder zekerheid is iedere schuldenaar echter persoonlijk gehouden om al zijn verbintenissen, tegenwoordige of toekomstige, onder verband van al zijn goederen na te komen (art. 7 en 8 Hypotheekwet). De vestiging van de hypotheek als zekerheid laat de schuldeiser enkel toe om bij voorrang op andere (chirograire) schuldenaars betaald te worden, en houdt geen machtiging tot

¹¹¹ Zie Hoofdstuk 1, Afdeling 2, p. en de aldaar geciteerde Europese rechtspraak.

¹¹² EHJ, 14 maart 2013, zaak C-415/11, Aziz, ECLI:EU:C:2013:164, nr. 79.

inbeslagname van de in hypotheek gegeven goederen in, aangezien deze goederen reeds gevat kunnen worden krachtens de artikelen 7 en 8 van de hypotheekwet.

Daarenboven heeft de debiteur het beheer en de controle over zijn eigen schulden.

Niettemin heeft de hypotheekstelling een verregaande mate van onbeschikbaarheid van het onroerend goed tot gevolg.

- grenzen in gevolge de bepaalbaarheid (voorzienbaarheid) en de persoonlijke gehoudenheid

De brc Onrechtmatige Bedingen is evenwel van mening dat er objectieve grenzen zijn, gelet op het criterium van de voorzienbaarheid. Indien het krediet gezamenlijk door meerdere kredietnemers aangegaan wordt kan de “hypotheek alle schulden” niet tot gevolg hebben dat één van de kredietnemers voor zijn deel in het gehypotheceerde onroerend goed gehouden wordt tot het waarborgen van alle andere persoonlijke schulden van een andere kredietnemer (clausule waarbij de waarborg alle schulden uitgebreid wordt tot alle schulden van de kredietnemers, al of niet samen of afzonderlijk handelend). In dat geval wordt de zakelijke zekerheid immers uitgebreid tot andere schulden van één van de kredietnemers waarvoor de andere kredietnemer normaliter niet moet instaan. Een dergelijke uitbreiding tot schulden afzonderlijk aangegaan door de andere benadeelt de rechten van de kredietnemers kennelijk.

- duidelijke vermelding mogelijkheid tot opzeg bij “hypotheek voor alle schulden” onbepaalde duur

Aangezien de consument – zoals blijkt uit de geciteerde voorbeelden- een hypotheek verleent voor alle schulden die kunnen ontstaan gedurende een onbepaalde duur, is het vervolgens noodzakelijk dat het in artikel 81bis van de hypotheekwet bepaalde opzegrecht in het beding inzake “hypotheek alle schulden” uitdrukkelijk opgenomen wordt¹¹³. Er moet dus duidelijk vermeld worden dat de consument deze hypotheek steeds kan opzeggen met een opzegging van minstens drie maanden en maximum zes maanden, die aan de schuldeiser wordt gericht bij aangetekend schrijven met ontvangstmelding. De opzeggingstermijn gaat dan in op de dag van de ontvangstmelding.

Ook de gevolgen van deze opzeg dienen uitdrukkelijk vermeld te worden, met name dat ondanks deze opzeg de hypotheek nog geldt tot zekerheid van de gewaarborgde schuldvorderingen die nog bestaan bij het verstrijken van de opzeggingstermijn. De opzeg van de hypotheek voor alle schulden laat enkel toe te ontsnappen aan de waarborg voor schulden die nog niet bestonden op de dag van het verstrijken van de opzeggingstermijn.

B. De clausule “hypotheek alle schulden” in het kader van de zekerheidsstelling door derden

Ten aanzien van derden kan de clausule inzake “hypotheek alle schulden” wél verstrekkende gevolgen hebben. De derde die een hypotheek stelt ten aanzien van de schulden van een andere persoon, verleent op die manier een bijkomende mogelijkheid tot beslag aan de schuldeiser, welke deze schuldeiser nooit zou genieten zonder de vestiging van de zekerheid.

In de twee geciteerde voorbeelden wordt bedongen dat de “hypotheek alle sommen” ook geldt voor derden die een hypotheek gesteld hebben. Dit kan ‘expliciet’ gebeuren, maar dit kan ook ‘impliciet’, door bijvoorbeeld te stellen dat de kredietnemer die samen met een andere kredietnemer een schuld

¹¹³ Dit is het geval in het tweede voorbeeld, maar wordt niet verduidelijkt in het eerste voorbeeld.

aangegaan heeft, met de hypotheek ook instaat voor de persoonlijke schulden van de andere kredietnemer.

In het eerste voorbeeld wordt uitdrukkelijk gesteld dat ook de derde niet enkel zekerheid stelt voor het hypothecair krediet, maar meer in het algemeen voor de kredietopening (de kaderovereenkomst inzake krediet), en bovendien ook voor iedere schuld waartoe de kredietnemer zou gehouden zijn in het kader van zijn privé- of professionele relatie met de kredietgever.

Uit het tweede voorbeeld komt daarnaast naar voren dat de hypotheekstelling niet enkel geldt voor de "eigen of gemeenschappelijk aangegaan" schulden van de hypotheeksteller, maar wordt ook gesteld dat dit geldt tot zekerheid van "alle kredieten, leningen en schulden van derden waartoe de kredietnemers, samen en/of afzonderlijk, gehouden zijn of zullen zijn, onder meer als medekredietnemers of als borgen, ten belope van het aangegeven bedrag".

- Art. VII.147/26 WER

De brc Onrechtmatige Bedingen wijst in eerste instantie op de toepassing van artikel VII.147/26 van het Wetboek van Economisch Recht, dat op alle door derden-consumenten toegestane zekerheden bij overeenkomsten inzake hypothecair krediet betrekking heeft¹¹⁴.

Artikel VII.147/26, § 1 luidt als volgt:

"§ 1. De borgtocht en, desgevallend, elke andere vorm van zekerheid toegestaan door derden-consumenten voor de verbintenissen die voortvloeien uit een kredietovereenkomst geven nauwkeurig het bedrag weer dat gewaarborgd is. De gevraagde zekerhedengelden enkel voor deze bedragen, eventueel verhoogd met de nalatigheidsintresten, met uitsluiting van alle andere boetes of kosten van niet-uitvoering. De kredietgever dient hiertoe voorafgaandelijk en gratis aan de borg en, desgevallend, aan de steller van een zekerheid een exemplaar van het kredietcontract te overhandigen."

In § 2, waar de registratie van die overeenkomst bij de Centrale voor Kredieten aan Particulieren wordt opgelegd, wordt onder meer verplicht om in de overeenkomst tot zekerheidsstelling de volgende clausule op te nemen: "De kredietovereenkomst, waarvoor u deze zekerheid hebt gesteld maakt het voorwerp uit van een registratie bij de Centrale voor kredieten aan Particulieren waarbij u overeenkomstig artikel VII.148, § 2, 1°, wordt geregistreerd als zekerheidssteller."¹¹⁵

§ 3 verplicht de kredietgever om de steller van een zekerheid in kennis te stellen van de totstandkoming van de kredietovereenkomst en, voorafgaandelijk, van elke wijziging van deze overeenkomst.

In aanvulling op deze bepaling kan nog worden gewezen op artikel VII.214/6 WER¹¹⁶, dat bepaalt dat: "De steller van een zekerheid wordt vrijgesteld van elke verplichting indien hij niet overeenkomstig artikel VII.147/26 voorafgaandelijk een exemplaar van het kredietcontract heeft ontvangen."

Uit deze bepaling volgt dat de wetgever het stellen van een persoonlijke of zakelijke zekerheid heeft willen verbinden aan het hypothecair krediet waarvoor de derde gevraagd werd zich garant te stellen, en dat de derde-garantstelling voor andere schulden dan het hypothecair krediet verboden is krachtens deze

¹¹⁴ Une disposition similaire est reprise pour les contrats de crédit à la consommation à l'article VII.109 CDE.

¹¹⁵ Een dergelijke registratieverplichting voor de zekerheidsovereenkomsten en de vermelding die eraan verbonden is, is in de praktijk nog niet in werking getreden. Een koninklijk besluit is daartoe immers vereist: zie artikel 54, § 3, van de wet van 19 april 2014 houdende invoering van boek VII "Betalingen- en kredietdiensten" in het Wetboek van economisch recht, alsook artikel 41, § 6 van de wet van 22 april 2016 houdende wijziging en invoering van bepalingen inzake consumentenkrediet en hypothecair krediet in verschillende boeken van het Wetboek van Economisch Recht.

¹¹⁶ Voor consumentenkredieten figureert een gelijkaardige bepaling in artikel VII.206 WER.

bepaling. Een “hypotheek alle sommen” kan dus niet indien het gaat om een zekerheidsstelling door een derde.

- toetsing aan de algemene norm (art. I.8.22° WER)

Vooreerst mag opnieuw opgemerkt worden dat sowieso contractueel niet kan worden afgeweken van dwingende wetgeving. Bedingen die dwingende beschermingsbepalingen beperken of verminderen zijn per definitie als onrechtmatige bedingen te beschouwen¹¹⁷. Ook los hiervan, kan vanuit een inhoudelijke toetsing van een dergelijke clause op het kennelijk onevenwicht niet anders dan besloten worden dat een derde-zekerheidsstelling die tot gevolg zou hebben dat de derde-garant ook gehouden zou zijn tot andere schulden dan diegene waarvoor hij expliciet zekerheid zou gesteld hebben onrechtmatig is.

De derde die aanvaardt om een zakelijke zekerheid te stellen ten belope van het aangegeven bedrag ter waarborging van de schulden van een andere persoon verleent op die manier immers een recht tot beslag van het in hypotheek gegeven onroerend goed aan de schuldeiser, welk beslagrecht de schuldeiser nooit zou kunnen hebben zonder die zekerheidsstelling. Indien het gaat om een zekerheidsstelling “alle sommen”, zou dit betekenen dat de persoon die aanvaardt een schuld van een ander te waarborgen die zekerheid ook als waarborg zou verlenen ten belope van het aangeduide bedrag voor alle andere schulden die de kredietnemer zou kunnen oplopen.

Een dergelijke zekerheidsstelling voor “alle sommen” plaatst de derde-zekerheidssteller dus in een aanzienlijk ongunstiger positie dan waaraan hij zich redelijkerwijze zou mogen verwachten (enkel zekerheidsstelling voor een bepaalde schuld, namelijk het hypothecair krediet), en verleent de financiële instelling een zekerheid die niet in verhouding staat tot een normaal te verwachten zekerheidsstelling. Bovendien kan nooit aangenomen worden dat een derde-garant zou instemmen met een dergelijke verregaande zekerheidsstelling indien dit op eerlijke en billijke wijze was onderhandeld met de derde-consument (de “goede trouw”-vereiste in de definitie van de richtlijn).

De brc Onrechtmatige Bedingen besluit dus dat bedingen die tot gevolg hebben dat een derde-garant tot meer gehouden wordt dan het specifieke hypothecaire krediet waarvoor hij hypotheek stelt onrechtmatig zijn in de zin van de algemene norm (artikel I.8.22° WER).

- derde zekerheidsstelling en pluraliteit van kredietnemers

Er dient zoals hoger reeds aangegeven vervolgens rekening mee gehouden worden dat er niet enkel sprake is van derde zekerheidsstelling indien een persoon die vreemd is aan het afgesloten krediet een hypotheek verleent (Voorbeeld 1), maar er ook bij pluraliteit van kredietnemers sprake kan zijn van derde-zekerheidsstelling. Dit geldt bijvoorbeeld in het geval dat een persoon die hypotheek stelt krachtens een clause ook zou dienen in te staan voor “alle huidige of latere professionele of particuliere kredieten, leningen of schulden... al dan niet afzonderlijk en/of samen met derden, zelfs na overname of voortzetting door derden onder welke titel ook, alsmede van alle kredieten, leningen en schulden van derden waartoe de kredietnemers, samen en/of afzonderlijk, gehouden zijn of zullen zijn, onder meer als k-medekredietnemers of als borgen,...”. (Voorbeeld 2)

Ook uit het tweede voorbeeld volgt immers dat een kredietnemer die bijvoorbeeld co-debiteur is van het hypothecaire krediet, zich garant stelt voor alle andere schulden van de andere co-debiteur, zelfs indien die andere co-debiteur die schulden afzonderlijk, in eigen hoofde, zou hebben aangegaan. Bijvoorbeeld indien een echtpaar een hypothecaire lening voor een woning zou aangaan, en één van de echtgenoten later een professioneel krediet voor zijn eenmanszaak zou aangaan. In dat geval zou de hypotheek op

¹¹⁷ Zie COB 38, Advies over de algemene voorwaarden van sociale netwerksites (16 december 2015), p. 17.

de te verkrijgen woning, die een gezamenlijke schuld betreft, ook gelden voor de eigen schuld van de echtgenoot in het kader van zijn professioneel krediet.

Er is dus niet enkel sprake van een zekerheidsstelling door een derde indien het gaat om een derde, vreemd aan de gesloten kredietovereenkomst, maar ook indien co-debiteurs die hoofdelijk gehouden zijn tot nakoming van een samen aangegaan hypothecair krediet zich krachtens een clause ertoe verbinden om zekerheid te stellen die eveneens gelden als waarborg voor door de andere debiteur individueel aangegane schulden. Het verbod tot zekerheidsstelling als derde voor andere schulden dan het hypothecaire krediet geldt dus eveneens in die hypothese.

- voorstel tot invoegen vereiste van instemming bij ieder nieuw krediet

De sector stelt voor, wat de derde zekerheidsstelling betreft, de betrokken clauses in die zin aan te passen dat voor iedere nieuwe kredietovereenkomst waarvoor de derde zekerheid zou stellen deze derde zijn instemming moet geven.

Enkel indien dergelijke bedingen beantwoorden aan de vereisten gesteld in artikel VII.147/26, en deze derde de reële keuzevrijheid behoudt om hier al dan niet op in te gaan¹¹⁸, kunnen dergelijke bedingen geacht worden niet onrechtmatig te zijn.

Zoals hoger aangehaald, dient een dergelijk voorstel vooral vanuit de geldigheid in het hypotheekrecht onderzocht te worden, en het behoort niet aan de Brc Onrechtmatige Bedingen om een standpunt in te nemen over de vereiste van het naleven van de authentieke vorm zoals deze volgt uit artikel 76 van de hypotheekwet.

Aanbeveling nr. 9

Gelet op de economisch verregaande impact van een hypotheek die ten belope van een bepaald bedrag bedongen wordt tot waarborging van alle schulden die de consument die een hypothecair krediet afsluit en dus niet enkel tot waarborging van het overeengekomen hypothecaire krediet, dient een clause inzake “hypotheek alle schulden” duidelijk onder de aandacht van de consument worden gebracht in een afzonderlijke clause, zodat deze de wezenlijke gevolgen van een dergelijke zekerheidsstelling juist kan inschatten.

Uit de persoonlijke gehoudenheid met heel zijn vermogen voor alle verbintenissen die een schuldenaar heeft aangegaan, volgt dat een hypotheek alle schulden door de kredietnemer zelf overeengekomen, voor alle schulden van die kredietnemer op zich niet onrechtmatig is en de rechten van de consument om die reden niet kennelijk benadeelt. Iedere schuldenaar heeft trouwens de controle over de door hem aangegane schulden. Anderzijds heeft de hypotheekstelling een verregaande mate van onbeschikbaarheid van het onroerend goed tot gevolg. Wel moet deze clause een objectief referentiekader bevatten, en mogen enkel de schulden die in de lijn liggen van de gesloten kaderovereenkomst inzake krediet door de gestelde zekerheden gewaarborgd worden.

Daarentegen kan de “hypotheek alle schulden” niet gelden voor derden-zekerheidsverstrekkers. In dat geval bedingt de kredietgever immers de gehoudenheid van een derde-garant tot schulden waartoe deze niet persoonlijk verbonden is en verkrijgt de kredietgever bijgevolg een bijkomende verhaalsmogelijkheid op een onroerend goed van een derde dat hij zonder de zekerheid niet zou hebben. Een dergelijke derde-zekerheidsstelling is voor wat overeenkomsten inzake hypothecair krediet betreft in strijd met artikel VII.147/26 WER, bij afwezigheid van overhandiging aan de derde-zekerheidssteller, vóór zijn

¹¹⁸ In welk opzicht ook kan verwezen worden naar het verbod van agressieve handelspraktijken, artikel VI.101 WER.

toestemming, van een exemplaar van de kredietovereenkomst(en) gewaarborgd door de zekerheid die hij overeenkomt.

Er is niet enkel sprake van derde-zekerheidsstelling indien een persoon die vreemd is aan het afgesloten krediet een hypotheek verleent, maar ook indien bij pluraliteit van kredietnemers bedongen wordt dat de ondertekenende kredietnemers eveneens zekerheid verlenen voor schulden waaraan zij vreemd zijn, bijvoorbeeld indien het beding tot gevolg zou hebben dat kredietnemers bij een krediet dat gezamenlijk aangegaan is, ook met de hypotheek dienen in te staan voor de persoonlijke schulden door de andere kredietnemer afzonderlijk aangegaan. Ook in die gevallen is een "hypotheek alle schulden" in strijd met artikel VII.147/26 WER en in strijd met de algemene norm.

Wat het verbod van het uitbreiden van de derde-zekerheidsstelling betreft tot andere schulden dan het afgesloten krediet, stellen de vertegenwoordigers van de ondernemingen voor om contractueel te voorzien dat bij elke heropname het voorafgaand akkoord van de derde-waarborgsteller vereist is¹¹⁹.

De brc Onrechtmatige Bedingen is van mening dat deze werkwijze, beoordeeld op basis van de bepalingen van Boek VI WER, transparant is en geen onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van de partijen ten nadele van de consument in de mate de consument met kennis van zaken en met volledige keuzevrijheid ingaat op een nieuwe zekerheidsstelling.

De brc merkt op dat een dergelijk voorstel ook zou dienen onderzocht te worden vanuit de geldigheid in het hypotheekrecht, in het bijzonder de vereiste van het naleven van de authentieke vorm zoals deze volgt uit artikel 76 van de hypotheekwet, en vanuit de geldigheid op basis van de bepalingen van Boek VII, in het bijzonder artikel VII. 147/26 WER. Het behoort evenwel niet aan de brc Onrechtmatige Bedingen om hierover in de één of andere zin een standpunt in te nemen.

Indien tenslotte bedongen wordt dat de consument een hypotheek verleent voor onbepaalde duur, dan moet in de clausule duidelijk naar voor komen dat de consument deze hypotheek overeenkomstig artikel 81bis van de hypotheekwet steeds kan opzeggen met inachtneming van een opzegtermijn van minstens drie maanden en maximum zes maanden. De gevolgen van deze opzeg dienen eveneens te worden verduidelijkt.

2.6.3 Bedingen inzake het hypothecair mandaat of de hypotheekbelofte

Onderafdeling 1. Hypothecair mandaat

§ 1. Voorbeelden

- Voorbeeld 1

"ONGEACHT EVENTUEEL ANDERE TOEGESTANE HYPOTHECAIRE INSCHRIJVINGEN,

M

Hierna genoemd de "lastgever" (of desgevallend ook "de lastgevers"), geeft onherroepelijke lastgeving aan zijn bijzondere lasthebbers:

1°)

¹¹⁹ In elk geval dient het akkoord van de kredietnemer met de voorwaarden en de zekerheden wordt bij elke heropname te worden gevraagd.

2°)

3°)

4°)

5°) De kredietgever kan namen van natuurlijke personen of rechtspersonen bijvoegen met uitzondering van zijn eigen naam

die door tussenkomst van hun vertegenwoordiger aanvaarden waarvan de volmacht aan ondergetekende notaris gerechtvaardigd werd.

- Indien de lastgever een natuurlijke persoon is: het overlijden van de lastgever beëindigt deze lastgeving niet
- Indien de lastgever een rechtspersoon is:

De fusie van de lastgever met of de opslorping van de lastgever door een vennootschap of zijn splitsing in twee of meer vennootschappen beëindigt de lastgeving niet. In dit geval wordt uitdrukkelijk overeengekomen dat overal waar, in de overeenkomst van lastgeving, melding wordt gemaakt van de lastgever, daaronder, naargelang het geval, de uit de fusie ontstane vennootschap of de verkrijgende vennootschap waarin de hierna beschreven onroerende goederen ingebracht werden, moet verstaan worden. Dit betekent onder andere dat na de fusie of de splitsing, de lastgeving zal kunnen uitgevoerd worden tot zekerheid van alle sommen die, naargelang het geval, door de uit de fusie ontstane vennootschap of door de verkrijgende vennootschap waarin de hierna beschreven onroerende goederen ingebracht werden, aan de kredietgever en/of aan de begunstigten, zoals gedefinieerd in de volmacht van de lasthebbers zouden verschuldigd zijn.

Volmacht van de lasthebbers

De lasthebbers mogen gezamenlijk of afzonderlijk handelen met de mogelijkheid van indeplaatsstelling teneinde:

- 1°) te hypothekeren in naam en ten voordele van NAAM KREDIETGEVER en/of zijn toekomstige algemene rechtsopvolgers en/of zijn toekomstige bijzondere rechtsopvolgers onder welke titel ook (hierna gezamenlijk de "begunstigten" en individueel een "begunstigde"). De lastgeving omvat alle hierna vermelde onroerende goederen alsook alle andere onroerende goederen waarvan de lastgever eigenaar zou geworden zijn op het ogenblik van de uitvoering van desbetreffende lastgeving, alsook alle tegenwoordige en toekomstige zaken die zich in die onroerende goederen zouden bevinden en onroerend zijn door bestemming of door incorporatie. De lastgeving zal tevens alle tegenwoordige of toekomstige onroerende goederen door bestemming of door natrekking omvatten.

IN TE VULLEN DOOR DE NOTARIS

- | |
|---|
| <ul style="list-style-type: none"> - beschrijving van het goed (hierin begrepen de onroerende goederen door incorporatie en/of door bestemming) - oorsprong van eigendom - verklaringen - hypothecaire toestand |
|---|

Voor een onbepaalde termijn, tot zekerheid van de verbintenissen die voor de kredietnemers voortvloeien uit de bepalingen van deze akte en van alle latere voorschotten verwezenlijkt in uitvoering van deze kredietopening en tot zekerheid van alle huidige en latere professionele of particuliere kredieten, leningen of schulden (onder meer ingevolge: debetstanden, kredietgeverdiensten of -verrichtingen, verzekeringen of financieringen, betaalmiddelen, aansprakelijkheden, (terug)betalingsverbintenissen en persoonlijke zekerheden vanwege of ten gunste van de kredietgever en/of zijn algemene of bijzondere rechtsopvolgers) van de kredietnemers, al dan niet afzonderlijk en/of samen met derden, zelfs na overname of voortzetting door derden onder welke titel ook, alsmede van alle gelijkaardige kredieten, leningen en schulden van de hypotheekstellers of hun algemene rechtsopvolgers indien zij ooit de hierboven bedoelde verbintenissen zouden overnemen of voortzetten onder welke titel ook, alsmede van alle kredieten, leningen en schulden van derden waartoe de kredietnemers, samen en/of afzonderlijk, gehouden zijn of zullen zijn, onder meer als medekredietnemers of als borgen, ten belope van:

- a) de hoofdsom van ... euro (€ 000,00);*
- b) drie jaar interest, waarvan de wet de rang waarborgt. Voor deze inschrijving wordt de rentevoet vastgesteld op vijftien procent(15 %) per jaar.*
- c) een som van ... euro (€ 000,00) voor vergoeding wegens wederbelegging (in voorkomend geval), voorschotten van premies van een aangehecht of toegevoegd contract die aan de kredietgever niet zouden zijn terugbetaald, evenals hun eventuele interesten, eventuele niet-bevoorrechte kosten van vervolging en procedure, wettelijk getarifeerde kosten van advocaten, kosten van betekening en aangifte van schuldvordering;*
- d) de sommen voorgeschieden door de begunstigden voor rekening van de lastgever, meer bepaald voor aktekosten, kosten van hypothecaire inschrijving en voor brand-, overlijdens- en levensverzekeringen;*
- e) de interesten op al deze sommen en/of commissielonen, verwijlinteresten en alle andere vergoedingen waarop de begunstigden aanspraak kunnen maken;*
- f) de kosten van betekening en aangifte van schuldvordering alsmede alle onteigeningskosten die niet wettelijk bevoorrecht zijn.*

Waarbij de lastgevers voor zoveel als nodig uitdrukkelijk bevestigen dat alle hierboven vermelde kredieten, leningen en schuldvorderingen overdraagbaar zijn door de begunstigden aan derden en dat met de term begunstigden tevens (maar niet uitsluitend) deze derden worden bedoeld.

- 2°) de gedwongen uitvoering te eisen en af te wijken van alle formaliteiten en beperkingen wanneer de wet dat toelaat, alle verklaringen af te leggen betreffende de hypothecaire toestand van het in waarborg gegeven goed en te verklaren dat het vrij en onbelast is van alle schulden en hypotheek, van alle ontbindende handelingen en van alle onteigeningsvergoedingen zowel uit eigen hoofde als uit hoofde van vorige eigenaars, en van alle zakelijke rechten (met uitzondering van de inschrijving vermeld in deze akte op het onder rubriek 1° vermelde goed) (Opmerking: bij een zuiver mandaat wordt deze uitzondering niet vermeld) en de verschijners te verplichten alle doorhalingscertificaten voor te leggen.*
- 3°) de schuld in een authentieke akte vast te stellen en in uitvoering van deze volmachten over te gaan tot de werkelijke hypotheekvestiging bij authentieke akte en hypothecaire inschrijving ten voordele van de begunstigden te vorderen, en dit zelfs zonder onderrichtingen of ondanks eventuele tegenstrijdige onderrichtingen van de lastgever.*

- 4°) *in de hypotheekakte alle bepalingen en voorwaarden in te lassen die zij geschikt zouden achten, onder andere de afwijking van artikel 1563 van het Gerechtelijk Wetboek.*
- 5°) *alle akten en stukken op te stellen en te ondertekenen, woonstkeuze te doen, in de plaats te stellen en verder alles te doen wat nuttig en noodzakelijk is voor de uitvoering van deze lastgeving; de lastgever belovende alle verbintenissen aangegaan door de lasthebbers goed te keuren en indien nodig te bekrachtigen. De lastgever verbindt er zich toe alle medewerking te verlenen, die nuttig of noodzakelijk is voor de eventuele uitvoering van de lastgeving zelfs indien het met hypotheek bezwaarde goed de hoofdverblijfplaats betreft waarvan sprake in art 215 §1 van het Burgerlijk Wetboek.*

VERPLICHTINGEN VOOR DE LASTGEVER

De lastgever verklaart niet reeds eerder ten gunste van één of meer andere personen dan NAAM KREDIETGEVER een tot op heden niet herroepen volmacht te hebben verleend om één of meer van de in dit artikel opgesomde handelingen te verrichten. De lastgever verbindt er zich toe in de toekomst geen dergelijke lastgeving toe te kennen zonder voorafgaand en schriftelijk akkoord van de begunstigden.

De lastgever verbindt er zich toe het goed, dat het voorwerp uitmaakt van deze lastgeving, met inbegrip van de onroerende goederen waarvan hij later eigenaar zou worden, noch te verkopen noch met eender welke andere lasten te bezwaren, zonder voorafgaand schriftelijk akkoord van de begunstigden. Bovendien verbindt de lastgever er zich toe, onder dezelfde voorwaarden, niet over te gaan tot welke eigendomsoverdracht ook of tot een gehele of gedeeltelijke verdeling van het desbetreffende goed en de begunstigden in te lichten van zodra hij kennis heeft van een onteigeningsprocedure.

Het onroerend goed mag niet verhuurd worden voor een periode van meer dan negen jaar. Het mag niet het voorwerp uitmaken van een pacht- noch van een handelshuurovereenkomst. Het mag niet verhuurd worden voor een bedrag dat lager is dan de normale huurprijs.

De lastgever mag voorafgaandelijk niet meer dan een trimester huurgelden ontvangen zonder uitdrukkelijk en schriftelijk akkoord van de begunstigden. Deze laatsten zijn gemachtigd aan de huurders van de in waarborg gegeven goederen de verbintenis van de lastgever met betrekking tot de desbetreffende goederen te betekenen. De kosten van deze betekening zullen ten laste van de lastgever zijn.

De lastgever verbindt er zich toe alle kosten en erelonen van de akte te betalen, alsmede van elke akte houdende bevestiging van de verbintenissen van de lastgever, van de akte hypotheekvestiging en van de vordering van inschrijving, van alle kosten en erelonen krachtens deze lastgeving verschuldigd, alsmede van alle kosten met betrekking tot andere bedingen betreffende de uitvoering van deze lastgeving.

De begunstigden worden gemachtigd door de lastgever, op kosten van deze laatste, de hypothecaire staten te lichten en jaarlijks de hypothecaire inlichtingen te hernieuwen.

De lastgever is verplicht de huidige goederen te verzekeren, alsmede deze die zouden opgericht worden op de goederen die het voorwerp uitmaken van deze lastgeving, voor hun totale wederopbouwwaarde, tegen de risico's van brand, bliksem, ontploffing en andere en deze verzekering op ieder ogenblik te bewijzen, alsmede de voorafbetaling van de premies door de voorlegging van het verzekeringscontract en de kwijtingen.

De lastgever geeft aan de begunstigden de toelating om zelf de premies voor te schieten en verbindt er zich toe deze op hun eerste vraag terug te betalen.

In het nieuw verzekeringscontract of in het bijvoegsel zal er bepaald worden dat de verzekering van kracht zal blijven, zelfs in geval van niet betaling van de premies, behalve in geval van betekening aan NAAM KREDIETGEVER van een opzegging van vijftien dagen.

De lastgeving zal niet beëindigd worden in een van de in art. 2003 van het Burgerlijk Wetboek voorziene gevallen.

De lastgeving blijft bestaan in geval van fusie, ontbinding, omvorming of opslorping van de lastgever met of door een vennootschap of in geval van splitsing in twee of meer vennootschappen.

In geval van opzegging van de kredietopening, zal deze lastgeving van kracht blijven teneinde eventueel een hypothecaire inschrijving ten voordele van de begunstigden te nemen om de toegekende voorschotten te waarborgen.”

- Voorbeeld 2

“De kredietnemers verklaren, vóór de volgende aanwijzing van de gemachtigden, dat ze op heden van [de kredietgever] een kredietopenening van honderdduizend euro (€ 100.000,00) hebben bekomen.

Aangezien [de kredietgever] de toekenning van het krediet inzonderheid afhankelijk heeft gemaakt van de vestiging, op haar eerste verzoek, van een hypotheek op het onroerend goed [X] met het doel de verbintenissen van de kredietnemers uit hoofde van voormelde kredietopening, evenals de hierna vermelde huidige en toekomstige verbintenissen te verzekeren, verzochten de lastgevers ons akte te nemen van wat volgt:

De lastgevers verlenen door onderhavige akte onherroepelijk volmacht aan [Y], hiervoor genoemd, de lasthebber, die aanvaardt, door tussenkomst van haar bovenvermelde vertegenwoordiger.

De lasthebber kan één of meerdere personen die afzonderlijk mogen handelen in zijn plaats stellen alsdan ook “lasthebbers” genoemd, waarbij hijzelf zijn volmachten behoudt.

Elk van de genoemde lasthebbers bezit de nodige volmachten om afzonderlijk te handelen, teneinde:

- a. *in naam van de lastgevers en ten gunste van NV BNP Paribas Fortis of van alle rechtsopvolgers ten algemene titel of ten bijzondere titel, met inbegrip van een cessionaris van alle of een deel van de door het hypothecair mandaat gewaarborgde vorderingen de hierna vermelde goederen en of zakelijke rechten, geheel of gedeeltelijk, in één of meer op elkaar volgende akten met hypotheek te bezwaren zonder dat de lastgevers hiertegen ooit enig bezwaar zullen kunnen vooropstellen, tot zekerheid van de terugbetaling van:*
 1. *de kredietopening, toegestaan bij overeenkomst van #;*
 2. *alle andere bedragen waarvan de kredietnemers, of één of meerdere onder hen, alleen of met één of meer derden, uit hoofde van hun zakenrelatie met [de kredietgever] of haar rechthebbenden, schuldenaar zijn of in de toekomst zouden worden, in het bijzonder alle bank-, verzekerings- of andere financiële diensten zoals ondermeer kredieten, borgtochten, en garantieverbintenissen, beleggingsverrichtingen, betalingsverrichtingen, en adviesverlening, hetzij dat deze verbintenissen door de kredietnemers zijn aangegaan in het kader van hun privé-activiteiten, hetzij dat ze aangegaan zijn in het kader van hun handels- of beroepsactiviteiten;*

3. *alle huidige of toekomstige schulden uit buitencontractuele verbintenissen van de kredietnemers, alleen of samen met één of meer derden, tegenover [de kredietgever] en of haar rechthebbenden;*

Dit alles ten belope van:

- a. *een bedrag in hoofdsom van honderdduizend euro (€ 100.000,00);*
- b. *drie jaar intrest, die de inschrijving in dezelfde rang wettelijk waarborgt tegen een maximum tarief van twintig procent per jaar (pro memorie);*
- c. *een bedrag van tienduizend euro (€ 10.000,00) in toebehoren, hetzij: tien procent (10%):*
 - *de terugbetaling van de uitgaven die [de kredietgever] of haar rechthebbenden voor rekening van de kredietnemers hebben gedaan, inzonderheid de kosten voor vestiging en inschrijving van de hypotheek, de premies van brand- en levensverzekeringen;*
 - *de betaling van de intrest op al die sommen, de verwijlintresten, provisies, alsmede alle andere vergoedingen waarop [de kredietgever] of haar rechthebbenden aanspraak kunnen maken;*
 - *de terugbetaling van de kosten van betekening en van aangifte van schuldvordering, alsmede van de door de wet niet bevoorrechte kosten van uitwinning.*

TOTAAL: honderdentienduizend euro (€ 110.000,00).

- b. *gedwongen tenuitvoerlegging te bedingen en af te wijken van alle formaliteiten en beperkingen waarvan de wet vrijstelling toelaat, alle verklaringen te doen betreffende de hypothecaire toestand van het (de) in waarborg gegeven onroerend(e) goed(eren) of zakelijke rechten en namelijk verklaren dat dit (deze) vrij en zuiver is (zijn) van alle schulden en hypotheeken en van alle andere zakelijke rechten, de lastgevers te verplichten tot voorlegging van alle certificaten van doorhaling;*
- c. *de schuld op naam van de kredietnemers, evenals de voorwaarden en de waarborgen ervan, authentiek vast te stellen en in uitoefening van onderhavige volmachten, de authentieke akte van hypotheekstelling te laten verlijden en inschrijving te vorderen ten bate van [de kredietgever] of van haar rechthebbenden en dit zelfs zonder onderrichtingen of spijs eventuele tegenstrijdige onderrichtingen van de lastgevers;*
- d. *de kredietnemers te verplichten tot het betalen van de kosten en erelonen van elke akte houdende herhaling van de verbintenissen van de lastgevers, van de akte van hypotheekstelling en de vordering tot inschrijving en de akte van in de plaats stelling van de volmacht;*
- e. *tot voormelde doeleinden, alle akten en stukken te verlijden en te ondertekenen, domicilie te kiezen, in de plaats te stellen en in het algemeen alles te doen wat nuttig en noodzakelijk zal zijn voor de uitoefening van onderhavige volmacht.*

De lastgevers verklaren:

- a. *dat zij nog geen dergelijke volmacht verleend hebben tot op heden en dat zij de verbintenis aangaan er in de toekomst geen te verlenen zonder de voorafgaande en schriftelijke toestemming van [de kredietgever] of van haar rechthebbenden;*

- b. *dat het (de) onroerend(e) goed(eren) (en of zakelijke rechten), (dat) die het voorwerp is (zijn) van onderhavige volmacht, met geen enkel zakelijk recht belast is (zijn) en vrij en zuiver is (zijn) van alle om het even welke schulden en lasten, behalve volgende inschrijving(en):*
- *de eerstdaags te nemen hypothecaire inschrijving in voordeel van [de kredietgever], voor een bedrag van honderdduizend euro (€ 100.000,00) in hoofdsom en vijfduizend euro (€ 5.000,00) voor bijhorigheden, ingevolge akte kredietopening verleden voor ondergetekende notaris op heden, voorafgaandelijk dezer;*
- c. *dat zij de verbintenis aangaan bedoeld(e) onroerend(e) goed(eren) (en of zakelijke rechten) niet (verder) met hypotheek te belasten, zonder de voorafgaande en schriftelijke toestemming van [de kredietgever] of van haar rechthebbenden;*
- d. *dat zij een verzekering zullen aangaan, ter indekking tegen het risico van waardevermindering van de in waarborg aangeboden goederen (met uitzondering van de gronden), tegen brand, storm, waterschade, blikseminslag en ontploffingen en dat tot de volledige terugbetaling in kapitaal, interesten, en bijhorigheden van het krediet en verbinden zich dit contract aan te hechten aan deze kredietopeningsovereenkomst.*
- Deze verzekering moet bij een in België gevestigde maatschappij worden afgesloten waarvan de voorwaarden een dekking bieden die minimum overeenstemt met de heropbouwwaarde van de goederen die als waarborg werden gegeven;*
- e. *dat zij zich verbinden het inschrijvingsbewijs van de brandverzekering van de goederen in waarborg te leveren op de eerste aanvraag van [de kredietgever];*
- f. *niet te zullen overgaan tot verkoop of enige andere eigendomsovergang of verbrokkeling van het geheel of van een gedeelte van bedoeld(e) onroerend(e) goed(eren) (en of rechten), zonder de voorafgaande en schriftelijke toestemming van [de kredietgever] of van haar rechthebbenden.*

Deze volmacht, die geen einde zal nemen door één van de redenen, opgesomd in artikel 2003 van het Burgerlijk Wetboek, slaat op alle onroerende goederen of zakelijke rechten waarvan de lastgevers eigenaar zijn of in de toekomst zullen worden, en ondermeer op het volgend onroerend goed waarvan de lastgevers op dit ogenblik eigenaar zijn.

Beschrijving van het goed (...)

§ 2. Begrip en gemeenrechtelijke geldigheidsvoorwaarden

Er is sprake van een hypothecair mandaat wanneer een schuldenaar (of een derde)¹²⁰, een kredietverlener of meer specifiek één van zijn vertrouwenspersonen (bijv. de kantoorhouder van het agentschap van een kredietgever) – machtigt om in zijn naam op één of meerdere welbepaalde aan de schuldenaar (of de derde) toebehorende onroerende goederen voor een bepaald bedrag en een bepaalde schuld jegens de schuldenaar een hypotheek te vestigen wanneer de kredietverlener erom zal verzoeken.¹²¹

¹²⁰ Un tiers peut en effet également, via le mandat hypothécaire, affecter son propre bien en garantie de la dette d'autrui (K. BYTTEBIER, Voorrechten en hypotheken in hoofdlijnen, Antwerpen, Maklu, 1997, 599, nr. 680).

¹²¹ E. DIRIX en R. DE CORTE, Zekerheidsrechten, Antwerpen, Kluwer, 1996, 380, nr. 624; E. DIRIX en R. DE CORTE, Zekerheidsrechten, in Beginselen van Belgisch Privaatrecht, Mechelen, Kluwer, 2006, 475, nr. 686; K. BYTTEBIER, Voorrechten en hypotheken in hoofdlijnen, Antwerpen, Maklu, 1997, 599, nr. 680 en K. BYTTEBIER m.m.v. K. HENDRICKX, Voorrechten en hypotheken in hoofdlijnen, Antwerpen, Maklu, 2005, 635, nr. 685.

De aantrekkingskracht van het hypothecair mandaat bestaat in de verzoening van de tegenstrijdige belangen van de kredietnemer en de kredietinstelling; de kredietinstelling beschikt namelijk over een waarborg die erin bestaat dat zij op elk moment een hypotheek kan vestigen en de kredietnemer behoudt, bij gebreke aan gevestigde hypotheek, schijnbaar zijn kredietwaardigheid in het rechtsverkeer.¹²²

Het hypothecair mandaat heeft economisch gezien als grote voordeel dat het voor de consument veel goedkoper is. De honoraria van de notaris zijn geringer. Op fiscaal vlak is enkel het vaste bedrag van registratie verschuldigd met uitsluiting van alle inschrijvingskosten. Dit is het geval tenzij de kredietgever in de loop van het krediet beslist om het mandaat alsnog om te zetten en inschrijving te nemen.

Het hypothecair mandaat is in de eerste plaats een rechtshandeling waarbij een mandaat wordt verleend. Het hypothecair mandaat wordt dan ook in de eerste plaats beheerst door de bepalingen van het gemeen verbintenissenrecht en de gemeenrechtelijke bepalingen inzake lastgeving¹²³.

Daarnaast is rekening te houden met een aantal bepalingen van de Hypotheekwet van 16 december 1851 (hierna "Hypotheekwet"), zoals opgenomen in Boek III, Titel XVIII van het B.W.

Het hypothecair mandaat is een plechtige overeenkomst. Luidens artikel 76 van de Hypotheekwet kan de volmacht tot het vestigen van een hypotheek slechts worden gegeven bij een authentieke akte of bij een in rechte of voor de notaris erkende onderhandse akte¹²⁴. Een hypothecaire volmacht die niet aan dit vormvereiste voldoet is nietig en deze nietigheid kan niet worden gedekt door een bekrachtiging bij onderhandse akte.¹²⁵ Iedere belanghebbende derde kan deze nietigheid inroepen.¹²⁶

Daarnaast vereist het op authentieke wijze tot stand gekomen hypothecair mandaat, voor een geldige totstandkoming, de vrije toestemming van een bekwaam rechtssubject op grond van een geoorloofde beweegreden met betrekking tot een bepaald (of bepaalbaar) voorwerp.¹²⁷

Zoals uit de weergegeven voorbeelden blijkt, wordt doorgaans een hypothecair mandaat bedongen tot zekerheid van alle schulden die de schuldenaar(s) aan de kredietgever verschuldigd is (zijn) én ooit verschuldigd zal (zullen) zijn. Zoals reeds besproken is bij de gemeenrechtelijke analyse van de "hypotheek alle schulden", wordt een dergelijk "hypothecair mandaat alle sommen" wettelijk toegelaten indien twee voorwaarden vervuld zijn:

(1) Maakt de overeenkomst waarbij de zekerheid is gevestigd, het mogelijk om de schuldvorderingen te bepalen ('bepaalbaarheidsvereiste' geïnterpreteerd als 'voorzienbaarheidsvereiste') en

¹²² K. BYTTEBIER m.m.v. K. HENDRICKX, Voorrechten en hypotheek in hoofdlijnen, Antwerpen, Maklu, 2005, 635-636, nr. 685. Zie ook E. DIRIX en R. DE CORTE, Zekerheidsrechten, in Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht, Mechelen, Kluwer, 2006, 474, nr. 684.

¹²³ K. BYTTEBIER m.m.v. K. HENDRICKX, Voorrechten en hypotheek in hoofdlijnen, Antwerpen, Maklu, 2005, 635-636, nr. 685. Zie ook E. DIRIX en R. DE CORTE, Zekerheidsrechten, in Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht, Mechelen, Kluwer, 2006, 474, nr. 684.

¹²⁴ Article 76, alinéa 2, loi hypothécaire; voir également E. DIRIX en R. DE CORTE, Zekerheidsrechten, Antwerpen, Kluwer, 1996, 380, nr. 624; E. DIRIX en R. DE CORTE, Zekerheidsrechten, in Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht, Mechelen, Kluwer, 2006, 475, nr. 686; K. BYTTEBIER, Voorrechten en hypotheek in hoofdlijnen, Antwerpen, Maklu, 1997, 599, nr. 680 en K. BYTTEBIER m.m.v. K. HENDRICKX, Voorrechten en hypotheek in hoofdlijnen, Antwerpen, Maklu, 2005, 635, nr. 685. Voor de aanvaarding van de hypotheek volstaat zelf een louter mondelinge volmacht (Gent 11 augustus 1875, Pas. 1876, II, 44).

¹²⁵ Bruxelles 23 décembre 1999, JT 2000, 310.

¹²⁶ E. DIRIX en R. DE CORTE, Zekerheidsrechten, in Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht, Mechelen, Kluwer, 2006, 475, n°. 686.

¹²⁷ Article 1108 Code civil.

(2) zijn, blijkens de gegevens van de zaak, de schuldvorderingen werkelijk diegene welke de partijen hadden willen waarborgen.”

Bovendien zal het hypothecair mandaat maar rechtsgeldig tot stand komen indien de lasthebber, in casu de persoon die namens de lastgever de hypotheek kan vestigen, de lastgeving aanvaardt.¹²⁸

De schuldeiser ten behoeve van wie een lastgever (in casu aan een derde) een onherroepelijke volmacht geeft om in zijn naam op een of meerdere van zijn onroerende goederen een hypotheek te vestigen, kan zelf bepalen wanneer hij deze volmacht wenst uit te oefenen en kan, bij gebrek aan andersluidend beding, zonder voorafgaande verwittiging overgaan tot de omzetting van de hypothecaire volmacht door de vestiging van een hypotheek. Evenmin is een voorafgaande ingebrekestelling of motivering voor de omzetting vereist. Behoudens de theorie van het rechtsmisbruik kan het recht van de schuldeiser die begunstigde is van de hypothecaire volmacht in principe niet betwist worden.

Wel moet de rechter de mogelijkheid worden geboden om achteraf na te gaan of deze uitvoering beantwoordt aan de contractuele voorwaarden en of er geen misbruik van recht voorligt. Hierbij oefent de rechter enkel een marginaal toetsing uit, waarbij hij nagaat of de uitoefening op het tijdstip van de uitoefening zelf kennelijk onredelijk was.

Wanneer de rechter vaststelt dat de uitoefening van de hypothecaire volmacht kennelijk onredelijk was, bestaat een adequate vorm van herstel in de doorhaling van de hypothecaire inschrijving op kosten van de schuldeiser, gekoppeld aan een schadevergoeding indien daartoe grond bestaat.

§ 3. Toetsing van het hypothecair mandaat, via de geciteerde clausules aan de wettelijke bepalingen inzake onrechtmatige bedingen

I. Transparantievereiste

Een eerste wettelijke vereiste waaraan clausules moeten voldoen, is de transparantievereiste (art. VI.37, § 1, WER): zijn contractvoorwaarden zoals de weergegeven clause zo geformuleerd dat een gemiddelde consument de wezenlijke gevolgen die een hypothecair mandaat voor hem heeft, met kennis van zaken kan inschatten?

Gezien de verregaande economische impact van een hypothecair mandaat “alle sommen” is een duidelijke formulering des te noodzakelijker: de lastgever geeft immers een hypothecaire volmacht die niet enkel geldt ter zekerheid van het hypothecair krediet, maar ook opgenomen is in de kaderovereenkomst van onbepaalde duur, en zelfs geldt voor “alles wat de kredietnemer in het kader van zijn privé- of professionele relatie met de kredietgever aan de kredietgever verschuldigd is of in de toekomst verschuldigd zou kunnen zijn”.

Het moet hierbij voor de gemiddelde consument duidelijk zijn dat hij zich ertoe verbindt (1) voor een onbepaalde duur (2) ten belope van een bepaald bedrag(3) voor bepaalde onroerende goederen(4) onherroepelijk volmacht te geven om een hypotheek te vestigen (5) tot zekerheid van alle schulden die hij heeft of in de toekomst zou kunnen hebben in zijn relatie met de kredietgever. Deze essentiële elementen dienen duidelijk naar voor te komen om de consument toe te laten met kennis van zaken toe te treden tot de overeenkomst.

Deze essentiële elementen komen echter niet duidelijk naar voor in de weergegeven voorbeelden. Er dient in dit opzicht ook gewezen op het specialistische en technische taalgebruik dat in beide clausules, die overigens van niet geringe omvang zijn, bijwijken, in ellenlange volzinnen, wordt gehanteerd. Het is

¹²⁸ Article 1984, alinéa 2, Code civil.

te betwijfelen dat de gemiddelde consument-kredietnemer de overeengekomen verbintenissen, rechten en verplichtingen, zal kunnen begrijpen.

Ten tweede kan erop worden gewezen dat in deze clausules niet enkel de hypothecaire volmacht wordt bedongen, maar dat deze ook tal van andere contractuele regelingen omvat zoals onder meer de gevolgen van de lastgeving bij fusie of splitsing, de overdraagbaarheid van de lastgeving bij overlijden¹²⁹, de overdraagbaarheid van de kredieten en hun eraan verbonden hypothecaire volmacht aan derden, de verklaring dat de in volmacht gegeven goederen vrij en onbelast zijn van alle schulden en hypotheek.

In die bepalingen worden er ook bijkomende verplichtingen opgelegd aan de consument-kredietnemer, zoals:

- het verbod om in de toekomst volmacht te verlenen zonder de voorafgaande en schriftelijke toestemming van de kredietgever-begunstigde; en
- het verbod om de onroerende goederen die het voorwerp zijn van de volmacht te belasten met een hypotheek zonder voorafgaand schriftelijk akkoord van de kredietgever-begunstigde.

Ook wordt de kredietnemer-consument, in het eerste voorbeeld, het verbod opgelegd het onroerend goed te verhuren voor een periode van meer dan negen jaar en, in het tweede voorbeeld, de verplichting opgelegd een verzekering aan te gaan ter indekking tegen het risico van waardevermindering van de in waarborg aangeboden goederen.

Om deze redenen kan besloten worden dat er een inbreuk is op de vereiste van duidelijkheid en begrijpelijkheid en dat een gemiddelde consument-kredietnemer op basis van deze clausules de economische gevolgen die er voor hem uit voortvloeien, niet adequaat kan inschatten.

II. Inhoudelijke toetsing

Vervolgens dient nagegaan te worden of een dergelijk beding, waarbij de consument-kredietnemer of ook een derde verklaart een hypothecaire volmacht te verlenen voor alle schulden waartoe hij in het kader van zijn contractuele relatie met de kredietgever toe gehouden kan zijn, inhoudelijk geen kennelijk onevenwicht creëert tussen de rechten en de verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument (artikel I.8.22° WER).

Zoals hoger reeds verduidelijkt¹³⁰ moet er, alle omstandigheden in acht genomen, nagegaan worden in welke mate de contractvoorwaarden de consument in een juridisch minder gunstige positie plaatsen dan die welke volgens de normale wettelijke regelen zouden gelden. Hierbij moet, conform de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie, eveneens nagegaan worden of voldaan wordt aan de goede trouwvereiste, met name kon de financiële instelling door op eerlijke en billijke wijze te onderhandelen met de consument er redelijkerwijze van zou kunnen uitgaan dat de consument een dergelijk beding zou aanvaarden indien daarover afzonderlijk was onderhandeld¹³¹.

II.A. Hypothecair mandaat voor “alle schulden”: herhaling en verwijzing naar hoger uiteengezette principes

Zoals uit de geciteerde clausules blijkt, gaat het hier opnieuw om een zekerheid “voor alle schulden”. In voorbeeld 1 wordt in dat opzicht gesteld dat de volmacht geldt *“tot zekerheid van alle huidige en latere professionele of particuliere kredieten, leningen of schulden (onder meer ingevolge: debetstanden,*

¹²⁹ Par dérogation à l'article 2003, alinéa 4, du Code civil.

¹³⁰ Voir Chapitre 1er, Section 2, p. et la jurisprudence européenne qui y est citée.

¹³¹ CJUE, 14 mars 2013, affaire C-415/11, Aziz, ECLI:EU:C:2013:164, n° 79.

bankdiensten of –verrichtingen, verzekeringen of financieringen, betaalmiddelen, aansprakelijkheden, (terugbetalingsverbintenissen en persoonlijke zekerheden vanwege of ten gunste van de kredietgever en/of zijn algemene of bijzondere rechtsopvolgers) van de kredietnemers, al dan niet afzonderlijk en/of samen met derden, zelfs na overname of voorzetting door derden onder welke titel ook, ...”

In voorbeeld 2 wordt zelfs bepaald dat de volmacht geldt tot zekerheid van “2. alle andere bedragen waarvan de kredietnemers, of één of meerdere onder hen, alleen of met één of meer derden, uit hoofde van hun zakenrelatie met [de kredietgever] of haar rechthebbenden, schuldenaar zijn of in de toekomst zouden worden, in het bijzonder alle bank-, verzekerings- of andere financiële diensten zoals onder meer kredieten, borgtochten, en garantieverbintenissen, beleggingsverrichtingen, betalingsverrichtingen, en adviesverlening, hetzij dat deze verbintenissen door de kredietnemers zijn aangegaan in het kader van hun privé-activiteiten, hetzij dat ze aangegaan zijn in het kader van hun handels- of beroepsactiviteiten;” Er wordt zelfs gesteld dat de volmacht als zekerheid geldt “voor de terugbetaling van alle huidige of toekomstige schulden uit buitencontractuele verbintenissen van de kredietnemers, alleen of samen met één of meer derden, tegenover de kredietgever.”

De brc Onrechtmatige Bedingen herhaalt hierbij dat een dergelijk “hypotheccair mandaat voor alle schulden” ten aanzien van de kredietnemer, waarin de kredietnemer zelf toestemt, wettelijk toegelaten is indien twee voorwaarden vervuld zijn:

(1) Maakt de overeenkomst waarbij de zekerheid is gevestigd, het mogelijk om de schuldvorderingen te bepalen (‘bepaalbaarheidsvereiste’ geïnterpreteerd als ‘voorzienbaarheidsvereiste’) en

(2) zijn, blijkens de gegevens van de zaak, de schuldvorderingen werkelijk diegene welke de partijen hadden willen waarborgen.”

Uit het verbod van partijbeslissing en uit het vereiste van de goede trouw dat inherent is aan een toetsing op basis van de algemene norm¹³² volgt bovendien dat deze clause een objectief referentiekader moet bevatten. Ook mogen enkel de schulden die in de lijn liggen van de gesloten kaderovereenkomst inzake krediet door de gestelde zekerheden gewaarborgd worden (waardoor dus in de regel geen medegehoudenheid tot professionele schulden voorafgaandelijk bedongen kan worden indien het enkel om een hypotheccair krediet voor privéschulden gaat).

Daarentegen kan een “hypotheccaire volmacht alle schulden” niet gelden voor derden-zekerheidsverstrekkers. In dat geval bedingt de kredietgever immers de gehoudenheid van een derde-garant tot schulden waartoe deze niet persoonlijk verbonden is en verkrijgt de kredietgever bijgevolg een bijkomende verhaalsmogelijkheid die hij zonder die clause niet zou hebben, en wordt deze gehouden tot waarborging van schulden vreemd aan zijn verbintenissen. Een dergelijke derden-zekerheidsstelling is voor wat overeenkomsten inzake hypotheccair krediet betreft in strijd met artikel VII.147/26 WER.

Tenslotte weze herhaald dat er niet enkel sprake is van derde-zekerheidsstelling indien een persoon die vreemd is aan het afgesloten krediet een hypotheek of een hypotheccair mandaat verleent, maar ook indien bij pluraliteit van kredietnemers bedongen wordt dat de ondertekenende kredietnemers eveneens zekerheid verlenen voor schulden waaraan zij vreemd zijn, bijvoorbeeld indien het beding tot gevolg zou hebben dat kredietnemers bij een krediet dat gezamenlijk aangegaan is, dienen in te staan voor de andere persoonlijke schulden afzonderlijk aangegaan door de andere kredietnemers. Ook in die gevallen is een “hypotheek alle schulden” in strijd met artikel VII.147/26 WER en in strijd met de algemene norm.

¹³² Voir Chapitre 1er, Section 2, point d.3.

De aangetroffen standaardclausules bepalen in dit verband ook hier dat de lastgever niet enkel hypothecaire volmacht verleent ter waarborging van de uitdrukkelijk overeengekomen hypothecaire kredietovereenkomst, maar dat de volmacht ook betrekking heeft op “alle kredieten, leningen en schulden van derden waartoe de kredietnemers, samen en/of afzonderlijk, gehouden zijn of zullen zijn, onder meer als medekredietnemers of als borgen” (zie voorbeeld 1), respectievelijk *ter waarborging van alle andere bedragen waarvan de kredietnemers, of één of meerdere onder hen, alleen of met één of meer derden, uit hoofde van hun zakenrelatie met [de kredietgever] of haar rechthebbenden, schuldenaar zijn of in de toekomst zouden worden, ... of ook alle huidige of toekomstige schulden uit buitencontractuele verbintenissen van de kredietnemers, alleen of samen met één of meer derden, tegenover [de kredietgever] en of haar rechthebbenden* (zie voorbeeld 2).

In de mate de lastgever niet enkel volmacht verleent voor de uitdrukkelijk overeengekomen gewaarborgde schulden, maar ook als derde-kredietnemer via een standaardclausule verklaart volmacht te verlenen voor andere schulden, wordt opnieuw¹³³ verwezen naar de dwingende bepaling van artikel VII.147/26 WER, waaruit volgt dat de zekerheidsstelling (in casu het hypothecaire mandaat) door een derde-consument enkel op een bepaalde kredietovereenkomst betrekking kan hebben, waarvan hij een exemplaar heeft ontvangen vooraleer de zekerheid werd gesteld.

Bedingen die een beperking inhouden van beschermingsbepalingen van dwingend recht zijn op zich onrechtmatig (in strijd met de algemene norm, art. I.8.22° WER)¹³⁴.

II.B. Specifieke opmerkingen hypothecair mandaat

1. Eenzijdige beslissingsbevoegdheid kredietgever m.b.t. uitoefening mandaat

Het hypothecair mandaat wordt in de hier geciteerde voorbeelden veel te algemeen en te ruim omschreven, zodat de schuldeiser de bevoegdheid verleend wordt op discretionaire wijze de hypotheek te vestigen met mogelijke miskennis van de minimale rechten van de consument.

In de weergegeven voorbeelden kent de kredietgever zich het recht toe de volmacht uit te oefenen zonder enige aanduiding van de omstandigheden die een dergelijke uitoefening zouden kunnen rechtvaardigen, zoals de niet-betaling door de consument, of nog het verminderen van de toegekende zekerheden. Een dergelijke eenzijdige beslissingsbevoegdheid (“partijbeslissing”) omtrent de uitoefening van contractuele rechten zou in overeenkomsten gesloten met consumenten in strijd kunnen bevonden worden met artikel VI.83, 6° WER.

Een dergelijke eenzijdige beslissingsbevoegdheid die niet verder toegelicht wordt, beantwoordt niet aan de transparantievereiste zoals die opgelegd wordt door de artikelen VI.37, § 1, en VI.82, tweede lid, WER. Artikel VI.82, tweede lid, WER voorziet dat voor de beoordeling van het onrechtmatige karakter van een gegeven beding, rekening moet worden gehouden met de vereiste van duidelijkheid en begrijpelijkheid van het beding. In verband met deze vereiste, heeft het Hof van Justitie beslist dat het “voor een consument immers van wezenlijk belang is dat hij, vóór sluiting van de overeenkomst, kennis neemt van alle contractvoorwaarden en de gevolgen van de sluiting van de overeenkomst. Op basis van de aldus verkregen informatie zal hij namelijk beslissen of hij wenst gebonden te zijn door voorwaarden die de verkoper tevoren heeft vastgelegd.” Het is bijgevolg in het bijzonder op basis van deze informatie dat de consument zal beslissen of hij contractueel wenst verbonden te zijn met een onderneming”. Bijgevolg dient de overeenkomst “op transparante wijze de redenen en bijzonderheden van het mechanisme toe te lichten”, in dit geval het mechanisme van de hypotheekbelofte en het hypothecair mandaat, “zodat een

¹³³ Voir plus haut Section 1ère, § 3, II.B.

¹³⁴ Voir CCA 38, Avis sur les conditions générales des sites de réseaux sociaux, p. 17.

geïnformeerde consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die er voor hem uit voortvloeien, kan inschatten". Zo heeft het Hof van Justitie reeds geoordeeld met betrekking tot prijswijzigingsbedingen of leningen die in vreemde munt zijn aangegaan¹³⁵. Er kan in dezelfde zin geredeneerd worden met betrekking tot de omstandigheden die kunnen leiden tot het vestigen van een hypotheek nu het mandaat of de belofte precies werden voorgesteld om de vestiging van een dergelijke hypotheek te vermijden.

2. In acht te nemen grenzen bij de omschrijving van het hypothecair mandaat, volgend uit de bepaalbaarheid, de wilsovereenstemming en de bepalingen inzake lastgeving:

Artikel 1988 van het B.W. stelt dat "om goederen te vervreemden of met hypotheek te bezwaren, of om enige andere daad van eigendom te verrichten, een uitdrukkelijke lastgeving vereist is".

Uit deze bepaling van aanvullend recht kan afgeleid worden dat wanneer de lastgeving betrekking heeft op de beschikkingsbevoegdheid, een algemene lastgeving in strijd is met deze principes. Aangezien de hypothecaire volmacht de beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar aanzienlijk beperkt, dient bij de beoordeling van het onrechtmatig karakter uitdrukkelijk rekening gehouden te worden met deze bepaling van aanvullend recht.

Bijgevolg moet in de clausules inzake de hypothecaire volmacht minstens het volgende objectief referentiekader in acht genomen worden:

(1) qua *zekerheidsstelling* kan de volmacht enkel betrekking hebben op uitdrukkelijk beschreven goederen, en kan deze niet uitgebreid worden tot alle onroerende goederen of zakelijke rechten waarvan de lastgevers eigenaar zijn of in de toekomst zullen worden.

Een dergelijke algemene zekerheidsstelling zou trouwens ook strijdig bevonden kunnen worden met minstens de *ratio legis* van artikel 78 van de hypotheekwet¹³⁶.

De brc Onrechtmatige Bedingen stemt er evenwel mee in dat, onder voorbehoud van overeenstemming met artikel 78 Hypotheekwet, een hypothecair mandaat voor toekomstige goederen kan verleend worden bij het zich voordoen van objectieve omstandigheden die dit kunnen rechtvaardigen, namelijk de uitdrukkelijk beschreven onroerende goederen of zakelijke rechten waarop een mandaat gevestigd is worden vervreemd of gaan verloren, of bij waardevermindering van deze onroerende goederen. Dergelijke objectieve omstandigheden dienen duidelijk en limitatief in de betrokken clause worden opgenomen.

(2) qua *voorwerp of oorzaak* ("hypothecair mandaat alle schulden") wordt opnieuw gewezen op de vereiste van de bepaalbaarheid ('voorzienbaarheid') en de wilsovereenstemming (zie reeds A): hebben de partijen bepaalde schulden werkelijk willen waarborgen?

(3) tot beloop van een bepaalde *som*

¹³⁵ CJUE, 21 mars 2013, C-92/11, RWE Vertrieb AG c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV ; CJUE, 30 avril 2014, aff. C-26/13, Kasler, T.B.B.R. 2015/3, p. 144, note S. GEIREGAT ; EHJ, 9 juillet 2015, aff. C-348/14, Maria Bucura c. SC Bancpost, T.B.H. 2016/2, p. 146, note S. GEIREGAT ; CJUE, 20 septembre 2017, aff. C-186/16, Ruxandra Paula Andriciu e.a. contre Banca Românească SA ; CJUE, 22 février 2018, aff. C-126/17, ERSTE Kreditgeber Hungary Zrt. C. Orsolya Czako ; CJUE 22 février 2018, aff. C-119/17, Liviu Petru Lupean et Oana Andreea Lupean c. SC OTP BAAK Nyrt.

¹³⁶ Art. 78 de la loi hypothécaire énonce: « Il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable que celle qui, soit dans le titre authentique constitutif de la créance, soit dans un acte authentique postérieur, déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles actuellement appartenant au débiteur, sur lesquels il consent l'hypothèque de la créance.

Les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués."

Reeds vanuit het gemeen zekerheidsrecht¹³⁷ is het een essentiële vereiste dat de bedragen die door de hypothecaire volmacht worden gewaarborgd duidelijk aangegeven zijn.

3. onherroepelijke en onvoorwaardelijke volmacht

Beide clausules voorzien, in afwijking op het bepaalde in de artikelen 2003 en 2004 BW, in de onherroepelijkheid van het hypothecair mandaat.

Zo wordt in voorbeeld 1 bepaald: “(...) *Hierna genoemd de “lastgever” (of desgevallend ook de “lastgevers”), geeft onherroepelijke lastgeving aan zijn bijzondere lastgevers: (...)” en verder: “de lastgeving zal niet beëindigd worden in één van de in art. 2003 van het Burgerlijk Wetboek voorziene gevallen”.*

In voorbeeld 2 luidt het: “*De lastgevers verlenen door onderhavige akte onherroepelijk volmacht aan [Y], hiervoor genoemd, de lasthebber, die aanvaardt, door tussenkomst van haar bovenvermelde vertegenwoordiger*). Verder luidt eveneens: “*Deze volmacht, die geen einde zal nemen door één van de redenen, opgesomd in artikel 2003 van het Burgerlijk Wetboek, slaat op alle onroerende goederen of zakelijke rechten waarvan de lastgevers eigenaar zijn of in de toekomst zullen worden, en onder meer op het volgend onroerend goed waarvan de lastgevers op dit ogenblik eigenaar zijn.*”

Ook is de bedongen volmacht zeer uitgebreid en quasi onvoorwaardelijk geformuleerd:

In voorbeeld 1 wordt de lasthebber gemachtigd om “te hypothekeren in naam en ten voordele van de kredietgever, de gedwongen uitvoering te eisen, over te gaan tot de werkelijke hypotheekvestiging bij authentieke akte, de hypothecaire inschrijving ten voordele van de begunstigten te vorderen, en in de hypotheekakte alle bepalingen en voorwaarden in te lassen die zij geschikt zouden achten, maar ook de machtiging om op kosten van de lastgever de hypothecaire staten te lichten en jaarlijks de hypothecaire inlichtingen te hernieuwen.”

In voorbeeld 2, kent de lasthebber zich het recht toe om o.a. “in naam van de lastgevers en ten gunste van de kredietgever of van alle rechtsopvolgers ten algemene titel of ten bijzondere titel (...) de hierna vermelde goederen en of zakelijke rechten, geheel of gedeeltelijk, in één of meer op elkaar volgende akten met hypotheek te bezwaren zonder dat de lastgevers hiertegen ooit enig bezwaar zullen kunnen vooropstellen, tot zekerheid van de terugbetaling (...)”, de gedwongen tenuitvoerlegging te bedingen, alle verklaringen te doen betreffende de hypothecaire toestand, de schuld authentiek vast te stellen en de authentieke akte van hypotheekstelling te laten verlijden, etc.

De brc Onrechtmatige Bedingen is van mening dat een onherroepelijke volmacht een kennelijk onevenwicht creëert tussen de rechten en de plichten van beide partijen in het nadeel van de consument. In ieder geval zal de onherroepelijkheid van de hypothecaire volmacht, in omstandigheden waarin de kredietgever-begunstigde zijn verbintenis(sen) niet nakomt, tot gevolg hebben dat het beding onrechtmatig is op grond van artikel VI.83, 7° WER. Daarnaast zullen de clausules eveneens onrechtmatig zijn op grond van artikel VI.83, 9° WER, indien de onherroepelijkheid van de volmacht tot gevolg zou hebben dat de consument ertoe verplicht wordt zijn verbintenissen na te komen terwijl de onderneming de hare niet is nagekomen of in gebreke zou zijn deze na te komen.

Daarnaast kan deze onherroepelijkheid, wanneer de kredietgever-begunstigde zich heeft verbonden onder een voorwaarde waarvan de verwezenlijking uitsluitend afhankelijk is van zijn wil, tot gevolg

¹³⁷ Voir ci-dessus, Section 1, § 2, I.

hebben dat deze bedingen, in hun samenhang met de overige bedingen gelezen (artikel VI.82, eerste lid WER), onrechtmatig zijn op grond van artikel VI.83, 1° WER.

De brc Onrechtmatige Bedingen begrijpt dat het logisch is dat de kredietnemer de volmacht niet kan herroepen zolang zijn schulden in het kader van het krediet dat hij aangaat niet afbetaald zijn. Maar zoals deze onherroepelijkheid nu heel algemeen geformuleerd is, en 'onvoorwaardelijk' geldt zonder dat de consument gewettigde redenen kan invoeren, zijn dergelijke clausules op zich in strijd met artikel VI.83, 1°, 7° en 9° WER, en is een dergelijk beding in elk geval onrechtmatig.

4. Volmacht voor onbepaalde termijn

In beide geciteerde voorbeelden worden de hypothecaire volmachten verleend voor een onbepaalde termijn. Zo valt in het eerste voorbeeld te lezen dat de hypothecaire volmacht wordt verleend "Voor een onbepaalde termijn, tot zekerheid van de verbintenissen die voor de kredietnemers voortvloeien (...)". In het tweede voorbeeld is geen dergelijke vermelding opgenomen, maar evenmin een bepaalde termijn waarbinnen de volmacht eindigt en worden bovendien de gemeenrechtelijke beëindigingswijzen van de lastgeving uitgesloten.

Om deze reden zijn beide bedingen onrechtmatig op grond van artikel VI.83, 18° WER, aangezien ze de consument voor een onbepaalde termijn verbinden, zonder duidelijke vermelding van een redelijke opzeggingstermijn.

Zoals aangegeven bij de bespreking van de hypotheek alle sommen, is het bijgevolg noodzakelijk dat het in artikel 81bis, § 2, van de hypotheekwet bepaalde opzegrecht in het beding inzake het mandaat om een "hypotheek alle schulden" toe te kennen uitdrukkelijk opgenomen wordt.

Ook de gevolgen van deze opzeg dienen uitdrukkelijk vermeld te worden, met name dat het hypothecair mandaat enkel nog geldt tot zekerheid van gewaarborgde schuldvorderingen die nog bestaan bij het verstrijken van de opzeggingstermijn.

In de praktijk bedingen kredietgevers soms dat de hypothecaire volmacht aangegaan wordt voor een duur van 30 jaren terwijl het aangegane krediet van kortere duur is. Dit teneinde aan de volmacht voor onbepaalde termijn en de mogelijkheid om op te zeggen conform artikel 81bis, § 2, van de hypotheekwet te ontsnappen. Ook een dergelijke lange contractuele gebondenheid miskent de rechten van de kredietnemer om mits naleving van een redelijke termijn te kunnen opzeggen, en kan als onrechtmatig in de zin van de algemene norm (artikel I.8.22° WER) worden beschouwd.

Volledigheidshalve is nog op te merken dat, zo het hypothecair mandaat wordt verleend in een kredietovereenkomst tot verlening van een hypothecair krediet met een roerende bestemming van onbepaalde duur, de consument het hypothecair krediet te allen tijde kosteloos kan beëindigen op grond van artikel VII.147/13 WER, tenzij een opzeggingstermijn werd overeengekomen (die niet langer mag zijn dan 1 maand).

5. bevoegdheid om "af te wijken van alle formaliteiten en beperkingen wanneer de wet dat toelaat" en discretionaire bevoegdheid tot uitoefenen van de volmacht

De kredietinstelling kent zich evenwel in de hiervoor weergegeven voorbeelden bijkomende rechten toe, die niet duidelijk omschreven zijn en bovendien ertoe strekken haar het exclusieve recht te geven om bedingen van de overeenkomst te interpreteren, wat in strijd is met artikel VI.83, 6° WER.

Zo kent de kredietinstelling zich in het eerste voorbeeld bijvoorbeeld het recht toe om:

“2° de gedwongen uitvoering te eisen en af te wijken van alle formaliteiten en beperkingen wanneer de wet dat toelaat,

4°) in de hypotheekakte alle bepalingen en voorwaarden in te lassen die zij geschikt zouden achten, onder andere de afwijking van artikel 1563 van het Gerechtelijk Wetboek.

5°) alle akten en stukken op te stellen en te ondertekenen, woonstkeuze te doen, in de plaats te stellen en verder alles te doen wat nuttig en noodzakelijk is voor de uitvoering van deze lastgeving;

In het tweede voorbeeld luidt het op gelijkaardige wijze:

“b. gedwongen tenuitvoerlegging te bedingen en af te wijken van alle formaliteiten en beperkingen waarvan de wet vrijstelling toelaat,

d. tot voormelde doeleinden, alle akten en stukken te verlijden en te ondertekenen, domicilie te kiezen, in de plaats te stellen en in het algemeen alles te doen wat nuttig en noodzakelijk zal zijn voor de uitoefening van onderhavige volmacht.”

In de weergegeven voorbeelden kent de kredietgever zich bovendien de bevoegdheid toe om “af te wijken van alle formaliteiten en beperkingen wanneer de wet dit toelaat”, tot voldoening van de volmacht en alle handelingen die daarmee gepaard kunnen gaan, “alke akten en stukken te verlijden en te ondertekenen, en alles te doen wat nuttig en noodzakelijk zal zijn voor de uitoefening van de volmacht”.

De brc Onrechtmatige Bedingen merkt vooreerst op dat uit de transparantievereiste volgt dat indien de wijze van uitoefening van de volmacht mede bepaald door wettelijke bepalingen, a fortiori indien de kredietgever zich het recht voorbehoudt hiervan af te wijken, deze wijze van uitoefening moet worden toegelicht in de algemene voorwaarden en de kredietgever de consument eveneens moet informeren over deze wettelijke bepalingen¹³⁸.

Een dergelijke verduidelijking is dan immers essentieel teneinde de consument toe te laten de betekenis en de draagwijdte van dergelijke bedingen te kunnen inschatten¹³⁹.

De brc Onrechtmatige Bedingen merkt vervolgens op dat de kredietgever zich in de geciteerde clausules een dergelijke ruime bevoegdheid tot het uitoefenen van die volmacht toekennen dat dit de grenzen van een redelijke uitoefening, met inachtnaam van de belangen van de consument miskent, en bijgevolg in strijd is met artikel VI.83, 6° WER.

6. Bevoegdheid om alle akten op te stellen en te ondertekenen, de schuld vast te stellen in een authentieke akte

De kredietgever kent zich bovendien in de clausules inzake hypothecaire volmacht rechten toe die veel verder reiken dan een normale lastgeving tot vestiging van een hypotheek. Zo bedingt de kredietgever dat de lasthebber de schuld in een authentieke akte kan vaststellen in uitvoering van de volmacht (eerste voorbeeld, 2°), in de hypotheekakte alle bepalingen en voorwaarden in te lassen die zij geschikt zou achten (eerste voorbeeld 4°), alle akten en stukken op te stellen en te ondertekenen, woonstkeuze te doen (eerste voorbeeld, 5°). Gelijkaardige bepalingen komen voor in het tweede voorbeeld (bevoegdheden lasthebber, c, en e).

¹³⁸ Voir e.a. CJUE, aff. C-92/11, 21 mars 2013, RWE Vertrieb, points 49 à 51 et deuxième dicte, premier tiret, ECLI:EU:C:2013:180.

¹³⁹ Voir ci-dessus chapitre 1er, Section 2, avec la jurisprudence qui y est citée.

Aangezien het hier om een algemene hypothecaire volmacht “alle sommen” gaat, overschrijdt de bevoegdheid om “een schuld” in een authentieke akte vast te stellen een normale uitoefening van de volmacht. Daarnaast komt het eenzijdig vaststellen aan welke voorwaarden de hypothecaire akte onderworpen is, het eenzijdig opstellen en ondertekenen van alle akten en stukken neer op het zich toe-eigenen van een discretionaire bevoegdheid in strijd met artikel VI.83, 6° WER.

7. Bijkomende verplichtingen volgend uit de volmacht

Zoals reeds bij de transparantievereiste aangehaald, leggen beide clausules de consument-kredietnemer bovendien bijkomende verplichtingen op, zoals:

- het verbod om in de toekomst volmacht te verlenen zonder de voorafgaande en schriftelijke toestemming van de kredietgever-begunstigde; en
- het verbod om de onroerende goederen die het voorwerp zijn van de volmacht te belasten met een hypotheek zonder voorafgaand schriftelijk akkoord van de kredietgever-begunstigde.

Ook wordt de kredietnemer-consument, in het eerste voorbeeld, het verbod opgelegd het onroerend goed te verhuren voor een periode van meer dan negen jaar en, in het tweede voorbeeld, de verplichting opgelegd een verzekering aan te gaan ter indekking tegen het risico van waardevermindering van de in waarborg aangeboden goederen.

Dat er grenzen gesteld worden aan de beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar of de zekerheidssteller bij een goed dat tot zekerheid van nakoming van de afbetaling van een schuld wordt gegeven, is volkomen terecht en logisch. Dergelijke bijkomende beperkingen creëren echter, in de mate zij gelden voor onbepaalde duur zonder dat zij verbonden zijn aan een specifieke kredietovereenkomst, een kennelijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van de partijen ten nadele van de consument en zijn dus in strijd met de algemene norm. Ze beperken immers de positie waarin de consument zich bevindt eveneens aanzienlijk ten opzichte van de positie waarin de consument zich onder het normaal toepasselijke recht zou bevinden. Normaliter behoudt de consument immers, bij ontstentenis van die bedingen, het eigendomsrecht en kan hij vrij beschikken over die goederen. De schuldeiser wordt daarnaast ook beschermd krachtens artikel 1188 B.W.

8. Overdraagbaarheid kredieten

Ook is vast te stellen dat in het eerste beding, waarin in de overdracht van de gewaarborgde vorderingen wordt voorzien (de lastgevers moeten “*uitdrukkelijk bevestigen dat alle hierboven vermelde kredieten, leningen en schuldvorderingen overdraagbaar zijn door de begunstigden aan derden*”), niet duidelijk wordt omschreven aan wie deze gewaarborgde vorderingen, en dus de hypothecaire volmacht en het (mogelijk) gevestigde hypothecaire krediet, kunnen worden overgedragen of wie ze kan verwerven volgend op een indeplaatsstelling.

Hierdoor kan dit beding, en voor zover het een hypothecair mandaat verleend in het kader van de vestiging van een hypothecair krediet met een roerende bestemming betreft, mogelijk in strijd zijn met artikel VII.147/17 WER, op grond waarvan, onverminderd de toepassing van de artikelen 1250 en 1251 B.W., een hypothecair krediet met een roerende bestemming of de schuldvordering uit deze kredietovereenkomst slechts kan worden overgedragen aan, of, na indeplaatsstelling, slechts kan worden verworven door een op grond van Boek VII WER vergunninghoudende of geregistreerde kredietgever.

De aandacht is verder te vestigen op de volgende bepaling in het eerste beding inzake de overdracht van de schuldvorderingen tot zekerheid waarvan het hypothecair mandaat werd verleend: “*waarbij de lastgevers voor zoveel als nodig uitdrukkelijk bevestigen dat alle hierboven vermelde kredieten, leningen*

en schuldvorderingen overdraagbaar zijn door de begunstigten aan derden en dat met de term begunstigten tevens (maar niet uitsluitend) deze derden worden bedoeld”.

Voor hypothecaire kredieten met een roerende bestemming schrijft artikel VII.147/18 WER evenwel voor dat, onverminderd het bepaalde in artikel VII.147/17 WER, de overdracht of de indeplaatsstelling aan de consument niet kan worden tegengeworpen dan nadat hem hiervan bij een aangetekende zending kennis is gegeven, behalve wanneer de onmiddellijke overdracht of indeplaatsstelling uitdrukkelijk is bepaald in het contract, en wanneer de identiteit van de overnemer of van de indeplaatsgestelde in de kredietovereenkomst is vermeld. Deze kennisgeving is evenmin verplicht wanneer de oorspronkelijke kredietgever tegenover de consument het krediet verder beheert.

Voor zover het hypothecair mandaat zou kaderen in een hypothecair krediet met een roerende bestemming, is bijgevolg vast te stellen dat het betrokken beding mogelijk de artikelen VII.147/17 en VII.147/18 WER schendt door niet te voorzien in een duidelijke vermelding van de identiteit van de overnemer of van de indeplaatsgestelde en in de kennisgeving van de overdracht bij een aangetekende zending.

9. Numerus clausus kosten

Tot slot is op te merken dat het eerste beding, aangaande de kosten voor de zekerheidsstelling, niet in overeenstemming is met het bepaalde in artikel VII.141 WER. Behoudens de wettelijke kosten behorend bij de hypotheek en wat krachtens andere wettelijke of reglementaire bepalingen kan verschuldigd zijn, mogen enkel de kosten voor de schatting van de in waarborg aangegeven goederen ten laste van de consument gelegd worden. Dossierkosten kunnen enkel aangerekend worden bij hypothecaire kredieten met onroerende bestemming.

Aanbeveling nr. 10

Een hypothecair mandaat waarbij een schuldenaar of een derde een persoon die van de kredietverlener afhangt machtigt om op welbepaalde aan die schuldenaar toebehorende onroerende goederen voor een bepaald bedrag en een bepaalde schuld een hypotheek te vestigen wanneer de kredietverlener erom verzoekt heeft een verregaande economische impact voor de consument.

Een dergelijk beding dient afzonderlijk opgenomen te worden en op duidelijke en begrijpelijke wijze te worden geformuleerd zodat de consument met kennis van zaken de wezenlijke gevolgen die er voor hem uit voortvloeien kan inschatten. Een dergelijk mandaat dient ook los van andere contractuele regelingen die er weliswaar mee samenhangen te worden bedongen.

Het mandaat machtigt de lasthebber om de hypotheek te vestigen op verzoek van de kredietgever, begunstigde van het mandaat. De kredietgever beschikt over de bevoegdheid om een hypotheek op discretionaire wijze te vestigen. Minstens dienen de omstandigheden die een dergelijke uitoefening van het mandaat kunnen rechtvaardigen, zoals een herhaaldelijke niet-betaling of een vermindering van de toegekende zekerheden, aangeduid te worden.

Teneinde de rechten van de consument niet kennelijk te bezwaren, dienen bovendien de volgende minimale vereisten in acht genomen worden:

(1) qua zekerheidsstelling kan de volmacht enkel betrekking hebben op uitdrukkelijk beschreven goederen, en kan deze niet uitgebreid worden tot alle onroerende goederen of zakelijke rechten waarvan de lastgevers eigenaar zijn of in de toekomst zullen worden.

De brc Onrechtmatige Bedingen stemt er evenwel mee in dat, onder voorbehoud van overeenstemming met artikel 78 Hypotheekwet, een hypothecair mandaat voor toekomstige goederen kan verleend worden bij het zich voordoen van objectieve omstandigheden die dit kunnen rechtvaardigen welke duidelijk in de betrokken clause moeten naar voor komen, namelijk wanneer de uitdrukkelijk beschreven onroerende goederen of zakelijke rechten waarop een mandaat is gevestigd worden vervreemd of verloren gaan, of bij waardevermindering van dit onroerend goed.

(2) qua voorwerp of oorzaak ("hypothecair mandaat alle schulden") wordt opnieuw gewezen op de vereiste van de bepaalbaarheid ('voorzienbaarheid') en de wilsovereenstemming:

- (i) Maakt de overeenkomst waarbij de zekerheid is gevestigd, het mogelijk om de schuldvorderingen te bepalen ('bepaalbaarheidsvereiste' geïnterpreteerd als 'voorzienbaarheidsvereiste') en*
- (ii) zijn, blijkens de gegevens van de zaak, de schuldvorderingen werkelijk diegene welke de partijen hadden willen waarborgen."*

Uit het verbod van partijbeslissing en uit het vereiste van de goede trouw dat inherent is aan een toetsing op basis van de algemene norm volgt bovendien dat deze clause een objectief referentiekader moet bevatten. Ook mogen enkel de schulden die in de lijn liggen van de gesloten kaderovereenkomst inzake krediet door de gestelde zekerheden gewaarborgd worden.

(3) mandaat enkel tot beloop van een bepaalde som

Het is een essentiële vereiste dat de bedragen die door de hypothecaire volmacht worden gewaarborgd duidelijk aangegeven moeten zijn. Meestal wordt bedongen dat de volmacht onherroepelijk en onvoorwaardelijk is. De brc Onrechtmatige Bedingen is van mening dat een onherroepelijke en onvoorwaardelijke volmacht een kennelijk onevenwicht creëert tussen de rechten en de plichten van beide partijen in het nadeel van de consument. Dit heeft immers tot gevolg dat de consument geen verweermiddelen heeft noch gewettigde redenen kan invoeren in omstandigheden waarin de kredietgever-begunstigde zijn verbintenis(sen) niet nakomt.

Een hypothecaire volmacht die verleend wordt voor een onbepaalde termijn of voor een bijzonder lange termijn die niet overeenstemt met het aangegane krediet miskent vervolgens het recht van de consument om niet voor een onbepaalde of onredelijk lange termijn verbonden te zijn zonder redelijke opzegtermijn. De consument moet in die gevallen het mandaat steeds kunnen herroepen met inachtneming van een opzegtermijn van minstens drie maanden en maximum zes maanden (artikel 81bis van de hypotheekwet per analogie).

Naast een lastgeving tot vestiging van een hypotheek, behouden de kredietverleners zich in de onderzochte clauses nog bijkomende rechten toe.

Wat de bevoegdheid betreft die de kredietverleners zich toe-eigenen om bij het uitoefenen van de volmacht "af te wijken van alle formaliteiten en beperkingen wanneer de wet dat toelaat", merkt de brc Onrechtmatige bedingen op dat dergelijke clauses er enkel kunnen toe strekken wat als een redelijke uitoefening van het volmacht kan beschouwd worden te regelen. Indien bepaalde afwijkingen van wettelijke regelingen de consument niet kennelijk benadelen, moet de kredietverlener minstens toelichten in welke mate afgeweken wordt van deze wettelijke regeling en dient de kredietverlener de consument over deze wettelijke regelen te informeren.

Een clause waarbij de kredietverlener zich het recht voorbehoudt om eenzijdig een schuld in een authentieke akte vast te stellen en zich eenzijdig het recht voorbehoudt om de voorwaarden van die hypothecaire akte vast te stellen, is in elk geval in strijd met artikel VI.83, 6° WER.

De onderzochte hypothecaire volmachtsclausules bevatten daarnaast ook 'negatieve zekerheidsclausules', zoals het verbod om zonder voorafgaande en schriftelijke toestemming van de kredietverlener andere volmachten te verlenen, het verbod tot verhuren voor een periode van meer dan negen jaar. Dergelijke negatieve zekerheden kunnen niet voor onbepaalde termijn gelden en moeten minstens verbonden worden aan het naleven van verplichtingen zoals die volgen uit specifiek aangegane kredieten.

De brc Onrechtmatige Bedingen wijst tenslotte nog op de wettelijke verplichtingen zoals die uit boek VII van het WER voortvloeien met betrekking tot de overdracht van de schuldvorderingen ontstaan uit hypothecaire kredieten met een roerende bestemming.

Er moet bovendien over gewaakt worden dat de kredietverlener zich niet het recht voorbehoudt om andere kosten aan te rekenen dan wat uitdrukkelijk bepaald is in artikel VII.141 WER.

De brc Onrechtmatige Bedingen herhaalt tenslotte dat een hypothecaire volmacht alle schulden waarin een derde toestemt tot zekerheid van alle schulden van de kredietnemer in strijd is met de algemene norm (art. 1.8.22° WER) en met artikel VII.147/26 WER. Er is niet enkel sprake van derde-zekerheidsstelling indien een persoon die vreemd is aan het afgesloten krediet een volmacht verleent, maar ook indien bij pluraliteit van kredietnemers bedongen wordt dat de lastgever eveneens zekerheid verleent voor schulden waaraan hij vreemd is, bijvoorbeeld indien bij een krediet dat gezamenlijk aangegaan is, hij volmacht zou verlenen voor de andere persoonlijke schulden afzonderlijk aangegaan door de andere kredietnemer. Er wordt voor wat deze problematiek, de derde-zekerheidsstelling alle schulden betreft, opnieuw verwezen naar het voorstel van de sector om hieraan tegemoet te komen zoals dit reeds aan bod kwam in de aanbevelingen 1, 8, en 9.

Onderafdeling 2. Hypotheekbelofte

1. Voorbeeld

Tot zekerheid van de terugbetaling aan de kredietgever en/of aan zijn toekomstige algemene rechtsopvolgers en/of aan zijn toekomstige bijzondere rechtsopvolgers onder welke titel ook (hierna gezamenlijk de "begunstigden" en individueel een "begunstigde") van de verbintenissen die voor de kredietnemers voortvloeien uit de bepalingen van deze akte en van alle latere voorschotten verwezenlijkt in uitvoering van deze kredietopening en tot zekerheid van alle huidige en latere professionele of particuliere kredieten, leningen en schulden (onder meer ingevolge: debetstanden, bankdiensten of -verrichtingen, verzekeringen of financieringen, betaalmiddelen, aansprakelijkheden, (terug)betalingsverbintenissen en persoonlijke zekerheden vanwege of ten gunste van de kredietgever en/of zijn algemene of bijzondere rechtsopvolgers) van de kredietnemers, al dan niet afzonderlijk en/of samen met derden, zelfs na overname of voortzetting door derden onder welke titel ook, alsmede van alle gelijkaardige kredieten, leningen en schulden van de hypotheekstellers of hun algemene rechtsopvolgers indien zij ooit de hierboven bedoelde verbintenissen zouden overnemen of voortzetten onder welke titel ook, alsmede van alle kredieten, leningen en schulden van derden waartoe de kredietnemers, samen en/of afzonderlijk, gehouden zijn of zullen zijn, onder meer als medekredietnemers of als borgen, verbinden de kredietnemers er zich toe om op het eerste verzoek van de kredietgever of van een begunstigde, op straffe van schadevergoeding en onverminderd artikels 1385 bis en volgende van het Gerechtelijk Wetboek te hypothekeren, ten belope van:

1° de hoofdsom van euro (€ 000,00);

2° drie jaar interest, waarvan de wet de rang waarborgt. Voor deze inschrijving, wordt de rentevoet vastgesteld op vijftien procent (15 %) per jaar;

3° een som van euro (€ 000,00) voor vergoeding wegens wederbelegging (in voorkomend geval), voorschotten van premies van een aangehecht of toegevoegd contract die aan de kredietgever niet zouden zijn terugbetaald, evenals hun eventuele interesten, eventuele niet bevoorrechte kosten van vervolging en procedure, wettelijk getarifeerde kosten van advocaten, kosten van betekening en aangifte van schuldvordering, kosten en erelonen van deze kredietakte en van de akte hypotheekvestiging, kosten en erelonen van de inschrijving, kosten van opheffing van hypothecaire inschrijvingen.

De kredietnemers (sub...) verlenen een hypotheekbelofte ten gunste van de kredietgever en/of de begunstigden, wat door de kredietgever wordt aanvaard in eigen naam alsook in naam van en voor rekening van de overige begunstigden, op:

IN TE VULLEN DOOR DE NOTARIS

- | |
|---|
| <ul style="list-style-type: none"> - beschrijving van het goed (hierin begrepen de onroerende goederen door incorporatie en/of door bestemming) - oorsprong van eigendom - verklaringen - hypothecaire toestand |
|---|

VERPLICHTINGEN VOOR DE BELOVER

De belover verklaart niet reeds eerder ten gunste van één of meer andere personen dan NAAM KREDIETGEVER een tot op heden niet herroepen hypothecaire volmacht en/of hypotheekbelofte te hebben verleend. De belover verbindt er zich toe in de toekomst geen dergelijke hypothecaire volmacht en/of hypotheekbelofte toe te kennen zonder voorafgaand en schriftelijk akkoord van de begunstigden.

De belover verbindt er zich toe het goed, dat het voorwerp uitmaakt van deze belofte, met inbegrip van de onroerende goederen waarvan hij later eigenaar zou worden, noch te verkopen noch met eender welke andere lasten te bezwaren, zonder voorafgaand schriftelijk akkoord van de begunstigden. Bovendien verbindt de belover zich, onder dezelfde voorwaarden, niet over te gaan tot welke eigendomsoverdracht ook of tot een gehele of gedeeltelijke verdeling van het desbetreffende goed en de begunstigden in te lichten van zodra hij kennis heeft van een onteigeningsprocedure.

Het onroerend goed mag niet verhuurd worden voor een periode van meer dan negen jaar. Het mag niet het voorwerp uitmaken van een pacht- noch van een handelshuurovereenkomst. Het mag niet verhuurd worden voor een bedrag dat lager is dan de normale huurprijs.

De belover mag voorafgaandelijk niet meer dan een trimester huurgelden ontvangen zonder uitdrukkelijk en schriftelijk akkoord van de begunstigden. Deze laatsten zijn gemachtigd aan de huurders van de in waarborg gegeven goederen de verbintenis van de belover met betrekking tot de desbetreffende goederen te betekenen. De kosten van deze betekening zullen ten laste van de belover zijn.

De begunstigden worden gemachtigd door de belover, op kosten van deze laatste, de hypothecaire staten te lichten en jaarlijks de hypothecaire inlichtingen te hernieuwen.

De belover is verplicht de huidige goederen te verzekeren, alsmede deze die zouden opgericht worden op de goederen die het voorwerp uitmaken van deze belofte, voor hun totale wederopbouwwaarde, tegen de risico's van brand, bliksem, ontploffing en andere en deze verzekering op ieder ogenblik te bewijzen, alsmede de voorafbetaling van de premies door de voorlegging van het verzekeringscontract en de kwijtingen.

De belover geeft aan de begunstigden de toelating om zelf de premies voor te schieten en verbindt er zich toe deze op zijn eerste vraag terug te betalen.

In het nieuw verzekeringscontract of in het bijvoegsel zal er bepaald worden dat de verzekering van kracht zal blijven, zelfs in geval van niet betaling van de premies, behalve in geval van betekening aan NAAM KREDIETGEVER van een opzegging van vijftien dagen.

De belofte blijft bestaan in geval van fusie, ontbinding, omvorming of opslorping van de belover met of door een vennootschap of in geval van splitsing in twee of meer vennootschappen.

In geval van opzegging van de kredietopening, zal deze belofte van kracht blijven teneinde eventueel een hypothecaire inschrijving ten voordele van de begunstigden te nemen om de toegekende voorschotten te waarborgen.

Het niet naleven van één van deze verbintenissen heeft de opeisbaarheid van de schuldvordering tot gevolg.

2. Begrip en gemeenrechtelijke geldigheidsvoorwaarden

1. Begrip

Er is sprake van een hypotheekbelofte wanneer in een overeenkomst de schuldenaar (of een derde) er zich t.a.v. de schuldeiser toe verbindt om in de toekomst m.b.t. gepreciseerde goederen en ten belope van een bepaalde of bepaalbare som, een hypotheek tot stand te zullen brengen.

Een dergelijke hypotheekbelofte kan worden overeengekomen in omstandigheden waaronder het niet mogelijk is om onmiddellijk een rechtsgeldige hypotheek (met naleving van alle grond- en vormvoorwaarden) tot stand te brengen. Zij kan eveneens als substituut van een hypotheek worden gebruikt.

Het verschil met het hypothecair mandaat bestaat er in dat de kredietnemer geen onherroepelijke volmacht aan een derde geeft om een hypotheek op vraag van de kredietgever te vestigen, maar zelf de verbintenis aangaat om een hypotheek te vestigen wanneer hij hiertoe door de kredietgever wordt verzocht.

Hoewel de hypotheekbelofte niet meer frequent voorkomt, heeft deze figuur zeker zijn waarde in specifieke dossiers. Een casus die voorkomt zijn renovatiekredieten met een hypotheekbelofte. Het voordeel voor de consument is dat de uitbetaling in schijven kan worden toegestaan aangezien het krediet dan wordt beschouwd als een hypothecair krediet met onroerende bestemming. Dit zal in het algemeen niet worden toegestaan door de kredietgever in geval van leningen op afbetaling onderworpen aan de wet op het consumentenkrediet. Daarnaast geeft de hypotheekbelofte ook de mogelijkheid om het krediet aan te gaan voor een duurtijd die de maximale looptijd van consumentenkrediet overschrijdt. In de situatie waarin een kredietnemer al krediet voor zijn aankoop heeft lopen en na een jaar beslist om het dak te renoveren (vernieuwing + isolatie) is het vaak moeilijk voor de kredietnemer om met een consumentenkrediet 18 000 EUR te werken aangezien de looptijd daarvan beperkt is tot 7 jaar. In zo'n gevallen kan het een verantwoorde oplossing zijn om de oplossing te zoeken in de keten van het hypothecair krediet, bv. door met hypotheekbelofte te werken. De looptijd kan dan bijvoorbeeld op 10 jaar gezet worden. Dit biedt meer ademruimte voor de consument.

2. Geldigheidsvoorwaarden

De hypotheekbelofte komt consensueel tot stand en is aan geen plechtige vormvereisten is onderworpen. Ze komt geldig tot stand, ongeacht of ze mondeling of schriftelijk, dan wel bij onderhandse of bij authentieke akte is aangegaan.¹⁴⁰ Artikel 76 Hyp. W. geldt hier dus niet.

Zoals iedere overeenkomst, kan de hypotheekbelofte enkel geldig tot stand komen mits de vrije toestemming van een bekwaam rechtssubject op grond van een geoorloofde beweegreden met betrekking tot een bepaald (of bepaalbaar) voorwerp.¹⁴¹

Bij een hypotheekbelofte die op authentieke wijze tot stand is gekomen en afgebakend, zal de rechter in voorkomend geval moeten beoordelen of dit niet reeds een rechtsgeldige hypotheek betreft.¹⁴²

3. Rechtsgevolgen tussen de partijen

De hypotheekbelofte is een unilaterale overeenkomst die een verbintenis om iets te doen in hoofde van de promittent doet ontstaan, namelijk om op een later tijdstip en binnen de overeengekomen voorwaarden mee te werken aan de totstandbrenging van een geldige hypotheek.¹⁴³

Wanneer een rechtsgeldig verleende hypotheekbelofte niet wordt uitgevoerd, kan de rechter het gebrek aan het verlijden van een hypotheekakte niet remediëren door het door hem uitgesproken vonnis als hypotheek te laten gelden wanneer de belover de beloofde hypotheek niet verleent.¹⁴⁴ Op grond van artikel 1188 B.W. zal de schuldeiser, bij niet-nakoming van de hypotheekbelofte, evenwel de onmiddellijke betaling van de schuldvordering waarop de hypotheekbelofte betrekking heeft kunnen eisen¹⁴⁵, eventueel gekoppeld aan een schadevergoeding¹⁴⁶. Hij kan eveneens aan de rechter vragen om de debiteur onder dwangsom ertoe te doen brengen een hypotheek te vestigen¹⁴⁷.

3. Toetsing van deze clausules aan de wettelijke bepalingen inzake onrechtmatige bedingen

I. Transparantievereiste

Zoals hoger reeds meermaals verduidelijkt is, moet het voor de gemiddelde consument duidelijk zijn welke de juridische en de economische gevolgen zijn die een dergelijke hypotheekbelofte met zich meebrengt. Dit houdt in dat de consument op duidelijke en begrijpelijke wijze geïnformeerd wordt dat hij er zich toe verbindt om (1) voor een onbepaalde termijn (2) ten belope van een bepaald bedrag (3) met betrekking tot bepaalde onroerende goederen, belooft een hypotheek te vestigen (4) voor alle schulden

¹⁴⁰ K. BYTTEBIER m.m.v. K. HENDRICKX, Voorrechten en hypotheeken in hoofdlijnen, Antwerpen, Maklu, 2005, 669, nr. 730 en E. DIRIX en R. DE CORTE, Zekerheidsrechten, in Beginselen van Belgisch Privaatrecht, Mechelen, Kluwer, 2006, 477, nr. 688.

¹⁴¹ Article 1108 du Code civil. Voir par exemple K. BYTTEBIER m.m.v. K. HENDRICKX, Voorrechten en hypotheeken in hoofdlijnen, Antwerpen, Maklu, 2005, 669, nr. 730.

¹⁴² E. DIRIX en R. DE CORTE, Zekerheidsrechten, Antwerpen, Kluwer, 1996, 382, nr. 626 en E. DIRIX en R. DE CORTE, Zekerheidsrechten, in Beginselen van Belgisch Privaatrecht, Mechelen, Kluwer, 2006, 477, nr. 688..

¹⁴³ K. BYTTEBIER m.m.v. K. HENDRICKX, Voorrechten en hypotheeken in hoofdlijnen, Antwerpen, Maklu, 2005, 668, nr. 729.

¹⁴⁴ E. DIRIX en R. DE CORTE, Zekerheidsrechten, Antwerpen, Kluwer, 1996, 378, nr. 621; K. BYTTEBIER m.m.v. K. HENDRICKX, Voorrechten en hypotheeken in hoofdlijnen, Antwerpen, Maklu, 2005, 669, nr. 731.

¹⁴⁵ K. BYTTEBIER m.m.v. K. HENDRICKX, Voorrechten en hypotheeken in hoofdlijnen, Antwerpen, Maklu, 2005, 669, nr. 731 en E. DIRIX en R. DE CORTE, Zekerheidsrechten, in Beginselen van Belgisch Privaatrecht, Mechelen, Kluwer, 2006, 477, nr. 688.

¹⁴⁶ E. DIRIX en R. DE CORTE, Zekerheidsrechten, Antwerpen, Kluwer, 1996, 382, nr. 626 en E. DIRIX en R. DE CORTE, Zekerheidsrechten, in Beginselen van Belgisch Privaatrecht, Mechelen, Kluwer, 2006, 477, nr. 688.

¹⁴⁷ K. BYTTEBIER m.m.v. K. HENDRICKX, Voorrechten en hypotheeken in hoofdlijnen, Antwerpen, Maklu, 2005, 670, n°. 731.

die hij aan de kredietverlener verschuldigd is of in de toekomst zou kunnen zijn, in welke hoedanigheid ook (particulier of professioneel).

Om de hiervoor uiteengezette redenen, hierna opnieuw weergegeven, is aan deze transparantievereiste niet voldaan in het geciteerde voorbeeld.

Er is vooreerst het specialistische en technische taalgebruik dat in beide clausules, die overigens van niet geringe omvang zijn, bijwijken, in ellenlange volzinnen, wordt gehanteerd. Ten tweede kan erop worden gewezen dat in deze clausules niet enkel de hypotheekbelofte wordt bedongen, maar dat deze ook tal van andere contractuele regelingen omvat zoals onder meer het verbod om in de toekomst de goederen te bezwaren zonder de voorafgaande en schriftelijke toestemming van de kredietgever-begunstigde, het verbod tot verhuur voor meer dan negen jaar, de verplichting tot verzekering van de goederen, het voortbestaan van de belofte bij fusie, ontbinding, splitsing van de vennootschap van de belover, enz. Hoewel deze bepalingen modaliteiten betreffen van de hypotheekbelofte, dienen deze verschillende verplichtingen op een meer gestructureerde wijze (bijvoorbeeld via titels), los van de omschrijving van de hypotheekbelofte opgenomen te worden.

II. Inhoudelijke toetsing

Bij de inhoudelijke toetsing van het onrechtmatig karakter dient er, alle omstandigheden in acht genomen, nagegaan te worden in welke mate de contractvoorwaarden de consument in een juridisch minder gunstige positie plaatsen dan die welke volgens de normale wettelijke regelen zouden gelden. Hierbij moet, conform de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie, eveneens nagegaan worden of voldaan wordt aan de goede trouw-vereiste, met name kon de financiële instelling door op eerlijke en billijke wijze te onderhandelen met de consument er redelijkerwijze van zou kunnen uitgaan dat de consument een dergelijk beding zou aanvaarden indien daarover afzonderlijk was onderhandeld¹⁴⁸.

Wat de gehoudenheid, ten belope van een bepaald bedrag, voor “alle schulden” betreft, kan weerom verwezen worden naar wat hoger ter zake verduidelijkt is.

Een hypotheekbelofte “alle schulden” waarin de kredietnemer zelf toegestemd heeft, is – indien het transparantiebeginsel in acht genomen wordt- in principe niet onrechtmatig indien (1) aan de ‘bepaalbaarheidsvereiste’ voldaan is, en (2) indien blijkens de gegevens van de zaak, de schuldvorderingen werkelijk diegene welke de partijen hadden willen waarborgen.

Deze clausule moet een objectief referentiekader bevatten, waarbij enkel de schulden die in de lijn liggen van de gesloten kaderovereenkomst inzake krediet door de gestelde zekerheden gewaarborgd worden (waardoor dus in de regel geen medegehoudenheid tot professionele schulden voorafgaandelijk bedongen kan worden indien het enkel om een hypothecair krediet voor privéschulden gaat).

Daarentegen kan een “hypotheekbelofte alle schulden” niet gelden voor derden-zekerheidsverstrekkers. In dat geval bedingt de kredietgever immers de gehoudenheid van een derde-garant tot schulden waartoe deze niet persoonlijk verbonden is en verkrijgt de kredietgever bijgevolg een bijkomende verhaalsmogelijkheid die hij zonder die clausule niet zou hebben, en wordt deze gehouden tot waarborging van schulden vreemd aan zijn verbintenissen. Een dergelijke derden-zekerheidsstelling is voor wat overeenkomsten inzake hypothecair krediet betreft in strijd met artikel VII.147/26 WER.

Ook hier wordt bedongen dat de hypotheekbelofte geldt voor alle schulden, al of niet afzonderlijk of samen aangegaan met derden. Ook dit duidt op een derde-zekerheidsstelling aangezien de

¹⁴⁸ CJUE 14 mars 2013, aff. C-415/11, Aziz, ECLI:EU:C:2013:164, n° 79.

ondertekenende kredietnemers eveneens zekerheid verlenen voor schulden waaraan één van hen vreemd zijn.

1. Eenzijdige beslissingsbevoegdheid kredietgever m.b.t. uitoefening hypotheekbelofte

Net zoals de hypothecaire volmacht wordt ook de hypotheekbelofte in de hier geciteerde voorbeelden veel te algemeen en te ruim omschreven. De belofte geldt zonder aanduiding van de omstandigheden die een dergelijke uitoefening zouden kunnen rechtvaardigen, zoals de niet-betaling door de consument, of het door de kredietnemer verminderen van de toegekende zekerheden. Een dergelijke eenzijdige beslissingsbevoegdheid ("partijbeslissing") omtrent de uitoefening van contractuele rechten is in overeenkomsten gesloten met consumenten in strijd met artikel VI.83, 6° WER. Minstens dienen de omstandigheden die de uitvoering van de belofte rechtvaardigen, zoals de niet-betaling door de consument, of nog het verminderen van de toegekende zekerheden, weergegeven te worden.

2. Grenzen in gevolge de bepaalbaarheid (voorzienbaarheid) en de wilsovereenstemming

Bij analogie met de hypothecaire volmacht, kan vooreerst opgemerkt worden dat een 'algemene hypotheekbelofte', gezien de verregaande beperking van de beschikkingsbevoegdheid, als onrechtmatig kan beschouwd worden (art. I.8.22° WER). Bij de clauses inzake hypotheekbelofte moet bijgevolg duidelijk bepaald worden (1) voor welk bedrag de zekerheidsstelling verleend wordt. (2) Ook de goederen waarvoor de kredietnemer belooft hypotheek te vestigen moeten uitdrukkelijk worden aangegeven. In het geciteerde voorbeeld is dit het geval. Op de (3) bepaalbaarheid van de schulden is reeds meerdere malen uitvoerig ingegaan¹⁴⁹ (zie hierover samenvattend de aanvang van de inhoudelijke toetsing van het onrechtmatig karakter).

3. Bedongen behoud van hypotheekbelofte na opzegging van de kredietopening (kaderovereenkomst)

In het weergegeven voorbeeld komt de volgende clause voor: "In geval van opzegging van de kredietopening¹⁵⁰, zal deze belofte van kracht blijven teneinde eventueel een hypothecaire inschrijving ten voordele van de begunstigten te nemen om de toegekende voorschotten te waarborgen."

Deze clause zal, op grond van artikel VI.83, 7° WER, onrechtmatig zijn wanneer ze de consument de mogelijkheid ontnemt een einde te stellen aan de hypotheekbelofte indien de kredietgever zijn verplichtingen niet nakomt. Daarnaast is deze clause eveneens onrechtmatig op grond van artikel VI.83, 9° WER, indien ze tot gevolg zou hebben dat de consument ertoe verplicht wordt zijn verbintenissen na te komen terwijl de onderneming de hare niet is nagekomen of in gebreke zou zijn deze na te komen.

Ook lijkt de consument de hypotheekbelofte te verlenen voor een onbepaalde termijn. Het beding is dan ook onrechtmatig op grond van artikel VI.83, 18° WER, aangezien het de consument voor een onbepaalde termijn verbindt, zonder duidelijke vermelding van een redelijke opzeggingstermijn.

Indien een hypotheekbelofte voor onbepaalde duur aangegaan wordt, is het noodzakelijk dat het in artikel 81bis, § 2, van de hypotheekwet bepaalde opzegrecht uitdrukkelijk opgenomen wordt, met de erin bepaalde opzegtermijn van minimaal 3 maanden, en maximaal 6 maanden. Ook de gevolgen van deze opzeg dienen uitdrukkelijk vermeld te worden, met name dat de belofte dan enkel nog geldt voor de tot

¹⁴⁹ La problématique de la "garantie toutes dettes", voir Section 1, et en résumé pour la promesse hypothécaire les alinéa introductifs de cette Sous-Section.

¹⁵⁰ Comme il s'agit ici du contrat-cadre, le contrat-cadre en matière d'octroi de crédit est visé et pas le contrat de crédit lui-même (crédit hypothécaire).

zekerheid van gewaarborgde schuldvorderingen die nog bestaan bij het verstrijken van de opzeggingstermijn.

Volledigheidshalve is nog op te merken dat, zo de hypotheekbelofte wordt verleend in het kader van een kredietovereenkomst tot verlening van een hypothecair krediet met een roerende bestemming van onbepaalde duur, de consument het hypothecair krediet te allen tijde kosteloos kan beëindigen op grond van artikel VII.147/13 WER, tenzij er een opzegtermijn zou zijn bedongen (die niet langer mag zijn dan een maand).

4. Bijkomende verplichtingen volgend uit de hypotheekbelofte

Net zoals bij de hypotheekstelling en de hypothecaire volmacht wordt de beschikkingsbevoegdheid van de kredietnemer bovendien aanzienlijk beperkt door bijvoorbeeld de verplichting om het goed niet te verkopen of met andere lasten te bezwaren zonder voorafgaand schriftelijk akkoord van de kredietgever, het onroerend goed niet te verhuren voor een periode van meer dan negen jaar, voorafgaandelijk niet meer dan een trimester huurgelden te ontvangen zonder uitdrukkelijk en schriftelijk akkoord van de kredietgever, de goederen te verzekeren voor hun totale wederopbouwwaarde.

Dat er grenzen gesteld worden aan de beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar of de zekerheidssteller bij een goed dat tot zekerheid van nakoming van de afbetaling van een schuld wordt gegeven, is volkomen terecht en logisch.

Dergelijke bijkomende beperkingen creëren echter, in de mate zij gelden voor onbepaalde duur zonder dat zij verbonden zijn aan een specifieke kredietovereenkomst, een kennelijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van de partijen ten nadele van de consument en zijn dus in strijd met de algemene norm. Ze beperken immers de positie waarin de consument zich bevindt eveneens aanzienlijk ten opzichte van de positie waarin de consument zich onder het vigerende nationale recht zou bevinden – aangezien hij het eigendomsrecht behoudt, zou hij hierover, bij ontstentenis van de bedingen, immers vrij moeten kunnen beschikken (de schuldeiser wordt wel beschermd door de opeisbaarheid ex artikel 1188 B.W).

Aanbeveling nr. 11

Bij een hypotheekbelofte moet het beding op duidelijke en begrijpelijke wijze weergegeven dat de schuldenaar (1) voor een (on)bepaalde termijn (2) ten belope van een bepaald bedrag (3) met betrekking tot bepaalde onroerende goederen, belooft een hypotheek te vestigen (4) voor bepaalde schulden.

Een dergelijk beding dient afzonderlijk opgenomen te worden en op duidelijke en begrijpelijke wijze te worden geformuleerd zodat de consument met kennis van zaken de wezenlijke gevolgen die er voor hem uit voortvloeien kan inschatten. Een dergelijke belofte dient ook los van andere contractuele regelingen die er weliswaar mee samenhangen te worden bedongen.

Wat de hypotheekbelofte “alle schulden” betreft, wordt verwezen naar de herhaaldelijk gestelde opmerkingen en het te maken onderscheid tussen de kredietnemer zelf dan wel door een derde-zekerheidssteller.

Een dergelijke belofte dient minstens de omstandigheden aan te duiden die de uitoefening ervan kunnen rechtvaardigen, zoals de (herhaaldelijke) niet-betaling of het verminderen van de toegekende zekerheden, teneinde niet in strijd te zijn met art. VI.83, 6° WER.

Ook dient duidelijk bepaald te worden (1) voor welk bedrag de belofte verleend wordt, (2) voor welke onroerende goederen de kredietnemer belooft hypotheek te vestigen, en (3) voor welke schulden.

De clause waarbij de belofte gestand blijft na de opzegging van de kaderovereenkomst inzake krediet is onrechtmatig en onder meer in strijd met de artikelen VI.83,7° en VI.83, 9° WER, doordat de consument geen verweermiddelen kan inbrengen bij niet-nakoming door de onderneming van haar verplichtingen.

Een hypotheekbelofte die geldt voor een onbepaalde termijn of voor een bijzonder lange termijn die niet overeenstemt met het aangegane krediet geldt miskent vervolgens het recht van de consument om niet voor een onbepaalde of onredelijk lange termijn verbonden te zijn zonder redelijke opzegtermijn. De consument moet in die gevallen bevrijd zijn met inachtneming van een opzegtermijn van minstens drie maanden en maximum zes maanden (artikel 81bis van de hypotheekwet per analogie).

Wat bijkomende door de kredietverlener gestelde verplichtingen met betrekking tot de beschikkingsbevoegdheid over het onroerend goed betreft, zoals de verplichting om het goed niet te verkopen of met andere lasten te bezwaren, of te verhuren voor een periode van meer dan negen jaar, dienen dergelijke verplichtingen minstens verbonden worden aan het naleven van verplichtingen door de kredietnemer zoals die volgen uit specifiek aangegane kredieten. Ze mogen niet voor onbepaalde duur gelden.

2.6.4 Overdracht/Inpandgeving van schuldvorderingen

1. Voorbeelden

- Voorbeeld 1

*“De Kredietnemer (en borg) verklaart in pand te geven ten gunste van de Kredietgever, die zulks aanvaardt, de opbrengst van de verkoop van de roerende en onroerende goederen, de huur- en pachtgelden, spaargelden en deposito's, **evenals elke andere vordering van de Kredietnemer (en borg) tegenover derden**. Hiertoe wordt de Kredietgever gemachtigd, op kosten van de Kredietnemer (en borg) en zonder dat deze vooraf in gebreke wordt gesteld, te allen tijde deze verpanding aan de schuldenaars van de Kredietnemer (en borg) ter kennis te brengen.”*

Na kennisgeving aan of erkenning van de verpanding door de schuldenaar is de kredietgever bevoegd om op kosten van de kredietnemer (en borg) in en buiten rechte betaling van de vorderingen te eisen van de schuldenaar en de betalingen in ontvangst te nemen. Voor zover als nodig machtigt de kredietnemer (en borg) de kredietgever alle stappen te doen en controles uit te voeren en eventueel elke procedure te voeren die nuttig kan zijn met het oog op het innen van de verpande vorderingen, dit alles op kosten van de kredietnemer (en borg).”

- Voorbeeld 2

Teneinde beter de betaling te verzekeren van hun schuld in kapitaal, intresten en diverse toebehoren, voortvloeiend uit de bepalingen van deze akte en van alle latere voorschotten verwezenlijkt in uitvoering van deze kredietopening, verklaren de kredietnemers het overdraagbaar en voor beslag vatbaar gedeelte van alle wedden, uitkeringen, sociale toelagen, pensioenen of sommen zoals voorzien in de artikelen 1409, 1409 bis en 1410 van het Gerechtelijk Wetboek, af te staan en over te dragen in het voordeel van de kredietgever en/of zijn algemene of bijzondere rechtsopvolgers al dan niet afzonderlijk en/of samen met derden, die dit aanvaardt.

Met het oog op dezelfde waarborg, zoals hierboven in de vorige alinea beschreven, verklaren de kredietnemers en, in voorkomend geval, de hypotheekstellers, de te vervallen huur- of pachtgelden van de gehypotheekte onroerende goederen, en enkel wat de kredietnemers betreft, de sommen,

commissies of vergoedingen, andere dan die bedoeld in de vorige alinea, die hun zouden toekomen te welken titel ook, aan de kredietgever, die aanvaardt, over te dragen en af te staan.

Daarom moeten de kredietnemers en de hypotheekstellers op elk verzoek vanwege de kredietgever, aan deze laatste alle nuttige inlichtingen verstrekken betreffende de personen die de in de vorige alinea's beschreven bedragen verschuldigd zijn.

Met het oog op de uitvoering van deze beschikking, heeft de kredietgever het recht, zonder voorafgaandelijke ingebrekestelling en op kosten van de kredietnemers bedoelde afstand of overdracht te doen betekenen, aan de huurders of bezetters van de in hypotheek gegeven goederen en aan elke andere persoon die tegenover de kredietnemers en de hypotheekstellers verplichtingen heeft.

De kredietgever heeft het recht de in de betekening vermelde schuldvorderingen alleen te ontvangen, persoonlijk of door een lasthebber, tegen een uitsluitend door hem af te leveren kwijting en het bedrag ervan aan te wenden om de schuld van de kredietnemers aan te zuiveren.

Een loonafstand kan slechts uitgevoerd en aangewend worden ten bedrage van de op de datum van de betekening opeisbare bedragen. De overgedragen sommen worden op het ogenblik van hun inning aangewend tot betaling van de bedragen die op datzelfde ogenblik opeisbaar zijn.

2. Analyse naar gemeen recht

In het eerste voorbeeld bedingt de kredietgever in het algemeen dat de kredietnemer en/of de borg verklaart (verklaren) al hun opbrengsten evenals alle vorderingen die zij tegenover derden zouden hebben, in pand te geven ten gunste van de kredietgever, waarbij de kredietgever gemachtigd wordt, op kosten van de kredietnemer en/of de borg, deze opbrengsten of vorderingen bij hun debiteurs zonder voorafgaande ingebrekestelling te verpanden.

In het tweede voorbeeld bedingt de kredietgever dat de kredietnemer(s) zijn/ hun beroepsinkomsten verklaart (verklaren) af te staan en over te dragen teneinde beter de betaling te verzekeren van de schuld zoals die voortvloeit uit de “kredietopening”¹⁵¹, en dat de kredietnemer die hypotheek stelt de te vervallen huur- of pachtgelden verklaart over te dragen en af te staan als waarborg voor de betaling van de schuld. De kredietnemers verklaren ook in het algemeen de sommen, commissies of vergoedingen die hun zouden toekomen te welken titel ook aan de kredietgever over te dragen en af te staan.

In het eerste geval gaat het om een inpandgeving van een schuldvorderingen, in het tweede geval gaat het om een loonoverdracht/een overdracht van schuldvorderingen tot zekerheid, zowel door de kredietnemer zelf als door een eventuele borg.

Met de wet van 11 juli 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake¹⁵² werd in titel XVII van Boek III van het Burgerlijk Wetboek een nieuw regelgevend kader ingevoerd (hierna “wet roerende zekerheden”¹⁵³), waarin rechtsregels inzake het pand en de overdracht van schuldvordering tot zekerheid zijn opgenomen. Deze regelgeving is in werking getreden met ingang van 1 januari 2018.¹⁵⁴

¹⁵¹ En ce qui concerne le contrat examiné, le terme “ouverture de crédit” indique le contrat-cadre entre la banque et le client où il est stipulé que les sûretés sont présumées couvrir la garantie de toutes les dettes.

¹⁵² Loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code Civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, MB 2 août 2013.

¹⁵³ Pour les renvois aux nouvelles dispositions, la numérotation des articles telle que reprise dans le Code civil est appliquée.

¹⁵⁴ Voir article 109 de la loi du 11 juillet 2013, telle que modifiée par l'article 36 de loi 25 décembre 2016 modifiant diverses dispositions relatives aux sûretés réelles mobilières, MB 30 décembre 2016.

De wet roerende zekerheden bevat een aantal bepalingen van dwingend recht inzake het pand die ertoe strekken de consument te beschermen (e.g. artikel 4, artikel 7, artikel 12, artikel 40, artikel 46 en artikel 61) en een enkele bepaling inzake de overdracht van schuldvordering tot zekerheid (zijnde artikel 62).

Naast deze bepalingen is voor het pand en de overdracht van schuldvordering tot zekerheid uiteraard ook rekening te houden met de bepalingen van de Wet Financiële Zekerheden¹⁵⁵, het Burgerlijk Wetboek, met inbegrip van de Hypotheekwet (artikel 81quater e.v.), en de bepalingen van het Wetboek van Economisch Recht, en in het bijzonder met de algemene regels inzake onrechtmatige bedingen opgenomen in Boek VI WER en de bijzondere bepalingen in opgenomen in Boek VII WER.

1. Inpandgeving

Krachtens artikel 2 van de wet roerende zekerheden komt het pandrecht in principe tot stand door de loutere overeenkomst gesloten tussen de pandgever en de pandhouder.

Artikel 4, eerste lid van de wet roerende zekerheden bepaalt evenwel dat wanneer de pandgever een consument is in de zin van artikel I.1, 2° van het WER, voor de geldigheid van de overeenkomst een geschrift moet worden opgesteld dat, naargelang het geval, voldoet aan het vereiste van artikel 1325 B.W.¹⁵⁶ of artikel 1326 B.W.¹⁵⁷.

Op grond van artikel 4, derde lid van de wet roerende zekerheden, moet dit geschrift ook de waarde van het verpande goed of van de verpande goederen vermelden.

Indien de pandgever een consument is in de zin van artikel I.1, 2° van het WER, dan mag luidens artikel 7, vierde lid van de wet roerende zekerheden, de waarde van het verpande goed of de verpande goederen het dubbel van de omvang van het pandrecht zoals bepaald in artikel 12 van de wet roerende zekerheden, niet overschrijden¹⁵⁸. Dit artikel 12 van de wet roerende zekerheden stelt in het eerste lid dat het pandrecht zich, binnen het overeengekomen bedrag, uitstrekt tot de hoofdsom van de gewaarborgde schuldvordering en tot de bijhorigheden zoals de interest, het schadebeding en de kosten van uitwinning. Luidens het tweede lid van deze bepaling mogen die bijhorigheden echter niet groter zijn dan 50 % van de hoofdsom indien de pandgever een consument is. In de rechtsleer wordt aangenomen dat deze regels vervat in artikel 7 en artikel 12 van de wet roerende zekerheden ook gelden voor de inpandgeving van een schuldvordering.¹⁵⁹

Indien een pand is overeengekomen door een derde ter waarborging van een hypothecair krediet, dan kunnen krachtens art. VI.147/26, § 1, WER, de gevraagde zekerheden enkel gelden voor deze bedragen, eventueel verhoogd met de nalatighedsinteressen, *met uitsluiting van alle andere boetes of kosten van niet-uitvoering*.

¹⁵⁵ Loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers, M.B. 1er février 2005, 2961.

¹⁵⁶ En vertu de l'article 1325 du Code civil, les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct et chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits.

¹⁵⁷ En vertu de l'article 1326 du Code civil, la promesse sous seing privé par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrite en entier de la main de celui qui le souscrit ou du moins il faut qu'outre sa signature, il ait écrit de sa main un "bon" ou un "approuvé", portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose.

¹⁵⁸ Art. 7 de la loi sur les sûretés mobilières.

¹⁵⁹ I. PEETERS en P. NOBELS, "Pand op geldsommen en schuldvorderingen" in J. BAECK en M. KRUTHOF, Het nieuwe zekerheidsrecht, Antwerpen, Intersentia, 2014, (111) 115; M.E. STORME, "Zekerheidsrechten op schuldvorderingen (op naam)", in M.E. STORME (ed.), Roerende zekerheden na de Pandwet, Antwerpen, Intersentia, 2017, (223) 231.

Artikel 4 wet roerende zekerheden bepaalt verder dat de in pandgeving wordt bewezen door een geschrift dat de door het pand bezwaarde goederen, de gewaarborgde schuldvorderingen en het maximaal bedrag tot beloop waarvan de schuldvorderingen gewaarborgd zijn, nauwkeurig aanduidt. Voor het vuistpand bepaalt artikel 40, tweede lid van de wet roerende zekerheden dat, indien de pandgever een consument is, de pandovereenkomst moet worden bewezen door een geschrift dat, naargelang het geval, voldoet aan het vereiste van artikel 1325 B.W. of artikel 1326 B.W.

Ook volgt uit artikel 46 van de wet roerende zekerheden dat de tussenkomst van de rechter nodig is bij uitwinning indien de pandgever een consument is (behoudens indien het pand zou vallen binnen het toepassingsgebied van de Wet Financiële Zekerheden, die als specifieke wet in de artikelen 8, 9 en 9/1¹⁶⁰ afwijkt van artikel 46 van de meer algemene wet roerende zekerheden¹⁶¹). Bovendien is in dergelijk geval elk beding waarbij de pandhouder zou worden gemachtigd zich het pand toe te eigenen of erover te beschikken zonder inachtneming van de hiervoor bepaalde vormen, nietig.

Indien het pand de in pandgeving van een schuldvordering betreft, dan wordt geoordeeld dat de overeenkomst tot in pandgeving en de in pandgeving zelf vormvrij ('solo consensu') tot stand kan komen op grond van de bepalingen van afdeling 7 (Pandrecht op schuldvorderingen) van hoofdstuk 1 (Pandrecht).¹⁶²

Artikel 61 van de wet roerende zekerheden vereist wel dat:

- de in pandgeving wordt bewezen door een geschrift dat de door het pandrecht bezwaarde schuldvorderingen en de gewaarborgde schuldvorderingen nauwkeurig aanduidt. De bepalingen uit afdeling 1 met betrekking tot de vermelding in het geschrift van het maximaal bedrag tot beloop waarvan de schuldvorderingen zijn gewaarborgd, zijn van toepassing;
- het geschrift dat als bewijs van de overeenkomst dient moet voldoen aan de vereisten, naar gelang het geval, van artikel 1325 of artikel 1326 en moet tevens nauwkeurig melding maken van het maximaal bedrag tot beloop waarvan de schuldvorderingen zijn gewaarborgd.

De artikelen 2, 7, 12 en 46 zijn ook van toepassing op de in pandgeving van een schuldvordering.¹⁶³

¹⁶⁰ Conformément à cette disposition, sauf stipulation contraire, le créancier gagiste est autorisé réaliser, en cas de défaut d'exécution, sans mise en demeure ni décision judiciaire préalable, les instruments financiers, contrats ou créances bancaires donnés en garantie. Pour la cession de créances en garantie, l'article 12 de la loi sur les sûretés financières stipule que les instruments financiers, les espèces ou les créances bancaires cédés peuvent être librement aliénés ou compensés..

¹⁶¹ R. STEENNOT, "De bescherming van de consument bij pandovereenkomsten", in M.E. STORME (ed.), Roerende zekerheden na de Pandwet, Antwerpen, Intersentia, 2017, (125) 148. En effet, la loi sur les sûretés financières doit être comprise comme une lex specialis qui joue pleinement pour les instruments financiers, espèces et créances bancaires (K. PANIS en R. JACOBS, "Wet Financiële Zekerheden en Pandwet: tussen polaroid en het digitale tijdperk" in M.E. STORME, Roerende zekerheden na de Pandwet, Antwerpen, Intersentia, 2017, (301) 307. Ainsi, les dispositions protectrices de la loi sur les sûretés mobilières ne s'appliquent pas au consommateur qui constitue un gage sous la loi relative aux sûretés financières. Dans un tel cas, le consommateur pourra cependant, en vertu de l'article 2 de la loi sur les sûretés financières, se prévaloir de la législation relative à la protection du consommateur, comme du Livre VI et du Livre VII, titre 4 du CDE (K. PANIS en R. JACOBS, "Wet Financiële Zekerheden en Pandwet: tussen polaroid en het digitale tijdperk" in M.E. STORME, Roerende zekerheden na de Pandwet, Antwerpen, Intersentia, 2017, (301) 318).

¹⁶² M.E. STORME, "Zekerheidsrechten op schuldvorderingen (op naam)", in M.E. STORME (ed.), Roerende zekerheden na de Pandwet, Antwerpen, Intersentia, 2017, (223); R. STEENNOT, "De bescherming van de consument bij pandovereenkomsten", in M.E. STORME (ed.), Roerende zekerheden na de Pandwet, Antwerpen, Intersentia, 2017, (125) 141.

¹⁶³ I. PEETERS en P. NOBELS, "Pand op geldsommen en schuldvorderingen" in J. BAECK en M. KRUIHOF, Het nieuwe zekerheidsrecht, Antwerpen, Intersentia, 2014, (111) 115-116.

2. Overdracht van schuldvordering tot zekerheid

2.1. Algemeen (totstandkoming en geldigheid)

Het conceptuele verschil tussen pand en eigendomsoverdracht tot zekerheidsstelling bestaat erin dat bij pand de pandgever eigenaar blijft van het als zekerheid verschaft goed¹⁶⁴, en bij eigendomsoverdracht tot zekerheid er wel eigendomsoverdracht is (maar niet noodzakelijk buitenbezitstelling)¹⁶⁵.

Op zich is de overdracht van schuldvordering tot zekerheid aan dezelfde regels onderworpen als de overdracht van schuldvordering die niet tot zekerheid wordt verricht. Omdat evenwel in dat geval een zekerheid tot stand wordt gebracht en daarvoor bijzondere modaliteiten worden voorzien, heeft in dat geval, mede in het licht van de bepalingen van de artikelen 7, 8 en 9 Hyp. W., een dergelijke verrichting aanleiding gegeven tot discussies op het vlak van de tegenwerpbaarheid ervan ten overstaan van derden.

In principe zijn alle schuldvorderingen overdraagbaar, tenzij de wet ze onoverdraagbaar heeft verklaard, de schuldvordering betrekking heeft op een verbintenis die intuitu personae is aangegaan (cfr. schuldvorderingen uit de toekenning van een krediet, die doorgaans maar is toegekend rekening houdend met de kredietwaardigheid van de schuldenaar) of de schuldvordering conventioneel onoverdraagbaar is verklaard. Dergelijke bedingen worden doorgaans als geldig erkend, over de tegenwerpbaarheid ervan aan derden bestaat betwisting¹⁶⁶.

De overdracht van schuldvordering kan betrekking hebben op bestaande of op toekomstige schuldvorderingen¹⁶⁷. Vereist is evenwel, overeenkomstig artikel 1129 B.W., dat de schuldvordering die het voorwerp uitmaakt van de overdracht bepaald of bepaalbaar is. Voor wat betreft bedingen tot overdracht van “alle aan de overdrager verschuldigde sommen” bestaat er discussie of het voorwerp een dergelijk beding voldoende bepaalbaar moet zijn.¹⁶⁸ Volgens sommige auteurs zou een beding dat alle

¹⁶⁴ Artikel 41 van de wet roerende zekerheden stelt uitdrukkelijk het volgende: “tot aan de uitwinning van het pand blijft de pandgever eigenaar van het pand, dat in handen van de pandhouder niets meer is dan een bewaargeving tot waarborg van zijn pandrecht.”

¹⁶⁵ E. DIRIX en E. DECORTE, *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, E.Story-Scientia, 1996, 342 (wat betreft de niet vereiste buitenbezitstelling); R. FELTKAMP, “Overdracht tot zekerheid van schuldvorderingen: een bijzonder(e zeker)heid?”, *T.B.B.R./R.G.D.C.*, 2014, (215) 217-218; R. FELTKAMP, *De overdracht van schuldvorderingen. Naar een eenvormige tegenwerpbaarheidsregeling voor overdrachten in de burgerrechtelijke en handelsrechtelijke sfeer?*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 84 (wat betreft de eigendomsoverdracht) en).

¹⁶⁶ Voir art. 1165 du Code civil; Cass., 9 avril 1959, Pas., 1959, I, p. 793; C. Biquet-Mathieu et F. Renson, “La cession de créance” in M. Dupont (ed.), *Les obligations contractuelles*, Brussel, Larcier, 2016, (127) 129-130, nr. 7 et R. Feltkamp, *De overdracht van schuldvorderingen. Naar een eenvormige tegenwerpbaarheidsregeling voor overdrachten in de burgerrechtelijke en handelsrechtelijke sfeer?*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 361-492.

¹⁶⁷ C. BIQUET-MATHIEU en F. RENSON, “La cession de créance” in M. DUPONT (ed.), *Les obligations contractuelles*, Brussel, Larcier, 2016, (127) 131-132, nrs. 9-10 ; R. FELTKAMP, *De overdracht van schuldvorderingen. Naar een eenvormige tegenwerpbaarheidsregeling voor overdrachten in de burgerrechtelijke en handelsrechtelijke sfeer?*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 141-148.

¹⁶⁸ Ainsi, la Cour de cassation a déjà jugé que, comme une créance future ne peut être cédée valablement que si la créance est déterminée ou déterminable au moment de la cession, une créance née après une cession de “toutes sommes qui étaient dues ou seraient dues au cédant par des tiers qu’elle qu’en soit la raison” n’était pas cédée valablement avec cette cession, puisque la clause de cession ne mentionne ou n’indique nulle part cette créance (Cass. 9 avril 1959, Arr. Cass. 1959, 606). En outre, la Cour de Cassation a également jugé qu’un gage sur un commerce “en garantie du paiement de toutes les sommes que le client devrait au prêteur en raison d’opérations que le prêteur ferait ou aurait fait avec le client” est valablement consentie en garantie d’une ouverture de crédit octroyée ultérieurement, dès lors que les créances futures sont suffisamment déterminées ou déterminables, ce qui est le cas si le contrat par lequel la sûreté a été constituée permet de déterminer les créances futures et si ces créances, au vu des données de l’affaire, sont effectivement de celles que les parties voulaient garantir (Cass. 28 mars 1974, Arr. Cass. 1974, 833). Selon BIQUET-MATHIEU et RENSON, il résulte de la lecture conjointe de ces deux arrêts de la Cour de cassation, qu’une clause de cession totale de créances futures n’est valable que si les

toekomstige schuldvorderingen viseert zonder onderscheid voldoende duidelijk zijn over welke schuldvorderingen bedoeld worden door partijen (nl. alle) en is de vereiste van een bepaald of bepaalbaar voorwerp vervuld¹⁶⁹. In zoverre met de term “alle” ook om het even welke schuldvordering die zou kunnen ontstaan geïmagineerd wordt, is echter te verdedigen dat de schuldvordering niet bepaald, noch bepaalbaar is¹⁷⁰.

2.2. Rechtsgevolgen tussen de partijen

Om rechtsgevolgen tussen partijen tot stand te brengen zijn geen bijzondere formaliteiten na te leven. De rechtsgevolgen van de overdracht tussen de overdrager en de overnemer worden in de eerste plaats bepaald door de overeenkomst in uitvoering waarvan de overdracht van schuldvordering plaatsvindt (e.g. koop, ruil of overdracht tot zekerheid)¹⁷¹.

De “eigendom” van de schuldvordering wordt aan de overnemer overgedragen. De schuldvordering verlaat het vermogen van de overdrager en komt terecht in het vermogen van de overnemer. Als gevolg van de zakenrechtelijke werking komt de overnemer in de plaats van de overdrager in de verbintenissenrechtelijke verhouding met de schuldenaar (zie voor dit laatste infra). Wanneer de overdracht betrekking heeft op toekomstige schuldvorderingen (i.e. schuldvorderingen die nog niet bestaan) zal de rechtsovergang pas geschieden op het moment dat de schuldvordering ontstaat.

2.3. Rechtsgevolgen t.a.v. derden

Ten aanzien van de schuldenaar geldt dat de overdracht pas aan hem/haar tegenwerpbaar is indien de overdracht hem/haar ter kennis is gebracht of hij/zij de overdracht uitdrukkelijk of stilzwijgend heeft erkend¹⁷². Enkel dan zal de overnemer de betaling kunnen vorderen van de schuldenaar, die niet langer (te goeder trouw) bevrijdend kan betalen in handen van de overdrager¹⁷³.

Ten aanzien van andere derden gelden twee regels inzake de tegenwerpbaarheid van de overdracht van een schuldvordering:

- in geval van achtereenvolgende overdrachten kan, in afwijking van de anterioriteitsregel, enkel de overnemer, wiens overdracht het eerst aan de overgenomen schuldenaar ter kennis werd gebracht, de overdracht aan derden aan wie de schuldvorderingen eveneens werd overgedragen, tegenwerpen¹⁷⁴; en

créances visées sont précisées et répondent à l'exigence de prévisibilité de leur survenance au moment de la cession (C. BIQUET-MATHIEU en F. RENSON, “La cession de créance” dans M. DUPONT (ed.), Les obligations contractuelles, Bruxelles, Larcier, 2016, (127) 134-135, nr. 12). En ce qui concerne cette exigence de prévisibilité, la Cour de Cassation a encore récemment jugé, en ce qui concerne la caution, qu'il ressort de l'article 2015 du Code civil que la caution ne peut être considérée comme voulant s'engager qu'en vue de garantir les engagements qu'elle peut raisonnablement prévoir lorsque le cautionnement est conclu (Cass. 19 mai 2016, C-15.0320.F.).

¹⁶⁹ I. PEETERS, “Cessie tot zekerheid: een verrassend slot van de controverse”, Bank.Fin.R., 2011, 126, nr. 13.

¹⁷⁰ C. BIQUET-MATHIEU et F. RENSON, “La cession de créance” in M. DUPONT (ed.), Les obligations contractuelles, Brussel, Larcier, 2016, (127) 133-136, n°. 12.

¹⁷¹ Voir L. Cornelis, Algemene theorie van de verbintenissen, Antwerpen, Intersentia, 2000, 429 et W. Van Gerven m.m.v. S. Covemaeker, Verbintenissenrecht, Leuven, Acco, 2010, 574.

¹⁷² Art. 1690, alinéa 2, Code civil.

¹⁷³ Art. 1691, alinéa 1er, du Code civil. Voir L. Cornelis, Algemene theorie van de verbintenissen, Antwerpen, Intersentia, 2000, 419-420 et W. Van Gerven m.m.v. S. Covemaeker, Verbintenissenrecht, Leuven, Acco, 2010, 565 en 570.

¹⁷⁴ Article 1690, alinéa 3 Code civil; W. Van Gerven m.m.v. S. Covemaeker, Verbintenissenrecht, Leuven, Acco, 2010, 573

- de overdracht is niet tegenwerpbaar aan de derde-schuldeiser van de overdrager aan wie de overgenomen schuldenaar, nadat de overdracht plaatsvond maar voordat deze hem ter kennis werd gebracht, betaalde¹⁷⁵.

Over de tegenwerpbaarheid aan derden van een overdracht van schuldvordering tot zekerheid bestond in de rechtsleer discussie, nu volgens bepaalde auteurs deze rechtshandeling enerzijds een veinzing betreft en anderzijds een zakelijk zekerheidsrecht creëert buiten enige wettekst om.¹⁷⁶

Nadat het Hof van Cassatie eerst verdere twijfels had doen rijzen omtrent de tegenwerpbaarheid aan derden van een overdracht van schuldvordering tot zekerheid door in een arrest van 17 oktober 1996¹⁷⁷, sprak het Hof van Cassatie zich in het latere arrest van 3 december 2010¹⁷⁸ uit voor de tegenwerpbaarheid aan derden van een overdracht van schuldvordering tot zekerheid doch mits conversie – ten overstaan van de schuldeisers in samenloop – tot een pandrecht.¹⁷⁹

Intussen bepaalt artikel 62 van de wet roerende zekerheden, na te zijn gewijzigd door de wet van 25 december 2016, het volgende over de overdracht van schuldvordering tot zekerheid:

*“Een overdracht van een schuldvordering tot zekerheid verleent aan de overnemer enkel een pandrecht op de overgedragen schuldvordering en zulks ongeacht of deze overdracht beantwoordt aan het bepaalde in artikel 61, behoudens wanneer de overdrager een consument is in de zin van artikel I.1, 2° van boek I van het Wetboek economisch recht.”*¹⁸⁰

Met betrekking tot deze bepaling rijst onder meer de vraag of de dwingende rechtsregels die ter bescherming van de consument zijn opgenomen in de wet roerende zekerheden voor wat betreft het pand, op grond van deze bepaling ook zouden gelden voor de overdracht van schuldvordering tot zekerheid¹⁸¹.

In de voorbereidende werkzaamheden bij de wet van 25 december 2016 wordt aangegeven dat met de wetwijziging de wetgever wil tegemoet komen aan de vraag of een conversie van een overdracht in een pandrecht mogelijk is *“indien de overeenkomst niet voldoet aan de vereisten van de pandovereenkomst, zoals onder meer bewijsvoorschriften”*¹⁸².

¹⁷⁵ Article 1690, alinéa 4 Code civil; W. Van Gerven m.m.v. S. Covemaeker, Verbintenissenrecht, Leuven, Acco, 2010, 573.

¹⁷⁶ Pour un aperçu sommaire de cette discussion, voir par exemple R. FELTKAMP, “Overdracht tot zekerheid van schuldvorderingen: een bijzonder(e zeker)heid?”, T.B.B.R./R.G.D.C., 2014, (215) 223-224. Voir également sur la controverse I. PEETERS en P. NOBELS, “Pand op geldsommen en schuldvorderingen” in J. BAECK en M. KRUIHOF, Het nieuwe zekerheidsrecht, Antwerpen, Intersentia, 2014, (111) 129-130.

¹⁷⁷ Cass. 17 octobre 1996, Pas. 1996, I, 992-999, avec conclusion de l’avocat général PIRET; RW 1996-97 1395, met noot M. STORME; Bank.Fin.R. 1997, 117, met noot I. PEETERS; Rev.prat.soc. 1997, 145, met noot T. BOSLY.

¹⁷⁸ Cass. 3 décembre 2010, Arr.Cass. 2010, nr. 712, concl. Adv.-gen. G. DUBRULLE, RW 2010-11, 1177, noot R. FRANSIS, TBBR 2011, 497, noot F. GEORGES, TBH 2011, 866, noot M. GRÉGOIRE en L. CZUPPER, Bank.Fin.R. 2011, 120, noot I. PEETERS, lus & Actores 2011, 261, concl. DUBRULLE; NJW 2010, 834, concl. Adv.-gen. DUBRULLE, noot V. SAGAERT.

¹⁷⁹ Dans l’arrêt, la Cour a en effet considéré ce qui suit: “Une convention de cession de créance à titre de sûreté ne peut, dès lors, jamais apporter plus aux créanciers en concours qu’un droit de gage sur cette créance, de sorte que le cessionnaire de la créance ne peut pas exercer plus de droits que ceux dont dispose un détenteur de gage.”

¹⁸⁰ Comme inséré par l’article 73 de la loi du 11 juillet 2013 et modifié par l’article 28 de la loi du 25 décembre 2016 modifiant diverses dispositions relatives aux sûretés réelles mobilières, M.B. 30 décembre 2016.

¹⁸¹ Sur cette question et d’autres questions concernant la portée de cette disposition, voir entre autres R. FELTKAMP, “Overdracht tot zekerheid van schuldvorderingen: een bijzonder(e zeker)heid?”, T.B.B.R./R.G.D.C., 2014, p. 215-241 en I. PEETERS en P. NOBELS, “Pand op geldsommen en schuldvorderingen” in J. Baeck en M. Kruithof, Het nieuwe zekerheidsrecht, Antwerpen, Intersentia, 2014, (111) 130-131. Ce dernier auteur défend l’interprétation que la cession de créance à titre de sûreté ne doit satisfaire à aucune exigence de forme ou de fond et qu’en cas de concours, elle sera convertie en un gage même si elle ne satisfait pas aux conditions de fond et de forme du gage.

¹⁸² Document parlementaire, Chambre 2016-17, n° 54-2138/001, 18.

In deze voorbereidende werkzaamheden lijkt de wetgever aan te geven dat het de bedoeling is dat conversie mogelijk is, zelfs indien de overdracht van een schuldvordering tot zekerheid niet aan de vereisten van de pandovereenkomst voldoet. Er valt namelijk in te lezen dat *“aangezien een cessie van schuldvordering (artikel 1690 van het Burgerlijk Wetboek) niet aan bijzondere voorschriften is onderworpen en het niet steeds duidelijk is of een cessie tot zekerheid dan wel in eigendom gebeurt (en vaak uiteindelijk door de rechter zal worden beslist), (...) het de voorkeur [verdient] om cessies niet aan de vereisten van de wet te onderwerpen.”*¹⁸³

Wel verduidelijkt de wetgever in de memorie van toelichting dat op dit principe *“enkel uitzondering [wordt] gemaakt wanneer de overdrager een consument is”*.¹⁸⁴

De nieuwe wettekst maakt duidelijk dat, ingeval de overdrager een consument is, de overdracht van een schuldvordering tot zekerheid moet voldoen aan de vereisten vervat in artikel 61 van de wet roerende zekerheden – i.e. de overdracht moet worden vastgesteld bij een geschrift dat voldoet aan vereisten van artikel 1325 of 1326 B.W. en waarin de door het pandrecht bezwaarde schuldvorderingen, de gewaarborgde schuldvorderingen en het maximaal bedrag tot beloop waarvan de schuldvorderingen zijn gewaarborgd nauwkeurig worden aangeduid – om op grond van artikel 62 van de wet roerende zekerheden aan de overnemer een pandrecht op de overgedragen schuldvordering te kunnen verlenen.¹⁸⁵

Artikel 62 van de wet roerende zekerheden bepaalt niet of de andere bepalingen van het pand inzake consumentenbescherming moeten worden nageleefd. In een strikte toepassing van artikel 62 van de wet roerende zekerheden, al dan niet gesteund op de voorbereidende werkzaamheden, moeten enkel de vereisten van artikel 61 van de wet roerende zekerheden worden nageleefd ingeval de overdrager een consument is. In bepaalde rechtsleer wordt artikel 62 van de wet roerende zekerheden echter zo gelezen dat een overdracht van schuldvordering tot zekerheid waarbij de overdrager een consument is wel aan de vormvereisten voor een consumentenpand moet voldoen.¹⁸⁶

3. Inhoudelijke analyse krachtens de wetgeving inzake onrechtmatige bedingen

3.1. Transparantievereiste

Deze bepalingen, hoe ruim ze ook in bewoordingen zijn, zijn op zich niet onduidelijk.

Wel dienen ze samengelezen te worden met de precontractuele informatieverplichting omtrent de algemene voorwaarden (artikel VI.2, 7° WER). Voor een consument is het immers van wezenlijk belang dat hij, vóór de sluiting van de overeenkomst, kennis neemt van alle contractvoorwaarden en de gevolgen van sluiting van de overeenkomst, vooral als deze voorwaarden bijkomende implicaties hebben zoals hier het geval is met het in pand geven van alle schuldvorderingen. Op basis van de aldus verkregen informatie zal de consument namelijk beslissen of hij wenst gebonden te zijn door voorwaarden die de verkoper tevoren heeft vastgelegd¹⁸⁷.

¹⁸³ Doc. parl., Chambre 2016-17, n° 54-2138/001, 18.

¹⁸⁴ Doc. parl. 2016-17, n° 54-2138/001, 18.

¹⁸⁵ R. FELTKAMP, “Overdracht tot zekerheid van schuldvorderingen: een bijzonder(e zeker)heid?”, T.B.B.R./R.G.D.C., 2014, (215) 237.

¹⁸⁶ M.E. STORME, “Zekerheidsrechten op schuldvorderingen (op naam)”, in M.E. STORME (ed.), Roerende zekerheden na de Pandwet, Antwerpen, Intersentia, 2017, (223) 256-257.

¹⁸⁷ CJUE, affaire C-92/11, arrêt RWE-Vertrieb, 21 mars 2013, n° 44.

3.2. Inhoudelijke toetsing

(1) Beding van inpandgeving

- afwijking van dwingende regels: in strijd met de algemene norm

Zoals hoger besproken, gelden voor de totstandkoming van een pand specifieke regels: er moet een overeenkomst worden gesloten tussen pandgever en pandhouder (artikel 2 wet roerende zekerheden), deze inpandgeving moet worden bewezen door een geschrift dat de door het door het pand bezwaarde goederen, de gewaarborgde schuldvorderingen en het maximaal bedrag tot beloop waarvan de schuldvorderingen gewaarborgd zijn, nauwkeurig aanduidt. Voor consumenten dient hierbij bovendien te worden voldaan aan de vereisten van art. 1325 B.W. (evenveel originelen als er partijen zijn met onderscheiden belang), en art. 1326 B.W. (geschreven, waar naast de handtekening 'goed(gekeurd) voor' moet voorkomen). Er zijn tenslotte beperkingen aan de omvang van dit pandrecht krachtens de artikelen 7 en 12 van de wet roerende zekerheden.

De clause hierboven geciteerd als voorbeeld 1, maakt een overeenkomst tussen pandgever en pandhouder uit die een pandrecht tot stand kan brengen. Om dit pandrecht geldig tot stand te brengen ten aanzien van een consument zal de clause, voor zover ze meer tot stand brengt dan een pand op schuldvorderingen, in een geschrift moeten worden opgenomen dat voldoet aan het vereiste in artikel 1325 B.W. respectievelijk artikel 1326 B.W. (op grond van artikel 4, tweede lid van de wet roerende zekerheden). Ofwel moeten er dan evenveel originelen worden opgesteld als er partijen met een onderscheiden belang zijn, ofwel moet de pandgever minstens, benevens zijn handtekening, met de hand een goed voor of een goedgekeurd voor geschreven hebben, waarbij de waarde van de in pand gegeven goederen voluit in letters is uitgedrukt.

Voor zover de clause geciteerd als voorbeeld 1 niet enkel een inpandgeving van schuldvorderingen tot stand brengt, is voor de geldigheid eveneens vereist dat het geschrift de waarde van de verpande goederen vermeldt. De clause geciteerd als voorbeeld 1 stelt echter enkel dat de kredietnemer de kredietgever een pand op *“de opbrengst van de verkoop van de roerende en onroerende goederen, de huur- en pachtgelden, spaargelden en deposito's, evenals elke andere vordering van de Kredietnemer (en borg) tegenover derden”*.

De waarde van de verpande goederen wordt niet vermeld, zodat artikel 4 van de wet roerende zekerheden niet lijkt te zijn nageleefd. Een algemene verklaring, krachtens een clause, van 'inpandgeving van schuldvorderingen' voldoet niet aan deze bepaling en is bijgevolg als onrechtmatig in de zin van de algemene norm (artikel 1.8.22° WER) te beschouwen.

Voor zover de clause geciteerd als voorbeeld 1 wel uitsluitend een pand op schuldvorderingen betreft, moeten de vereisten van artikel 61 van de wet roerende zekerheden worden nageleefd, behoudens indien het de inpandgeving van contanten onder het toepassingsgebied van de Wet Financiële Zekerheden betreft. Dit betekent dat het geschrift dat als bewijs van de pandovereenkomst moet dienen de bezwaarde schuldvorderingen, de gewaarborgde schuldvorderingen en het maximaal bedrag tot beloop waarvan de schuldvorderingen zijn gewaarborgd nauwkeurig moet aanduiden. In de clause geciteerd als voorbeeld 1 worden enkel de bezwaarde schuldvorderingen nauwkeurig in het geschrift vermeld. Noch de gewaarborgde schuldvordering(en), noch het maximaal bedrag tot beloop waarvan de schuldvorderingen zijn gewaarborgd nauwkeurig aangeduid. Voor zover deze clause ook dienst zou moeten doen als bewijs, is alvast vast te stellen dat deze vereisten niet zijn vervuld.

De clause geciteerd als voorbeeld 1 lijkt na te laten de waarde van de in pand gegeven goederen te beperken tot het dubbel van de omvang van het pandrecht, d.i. de hoofdsom van de gewaarborgde schuldvordering en de bijhorigheden (de interest, het schadebeding en de kosten van uitwinning, beperkt

tot 50 % van de hoofdsom op het ogenblik van de verdeling of de toerekening), en is aldus mogelijk in strijd met artikel 7, vierde lid van de wet roerende zekerheden.

In zoverre de clausule geciteerd als voorbeeld 1 meer betreft dan de inpandgeving van schuldvorderingen, in welk geval de pandhouder op grond van artikel 67 van de wet roerende zekerheden over een inningsrecht beschikt, is ze in strijd met artikel 46 van de wet roerende zekerheden, voor zover met de zinsnede *“de kredietgever bevoegd [maakt] om op kosten van de kredietnemer (en borg) in en buiten rechte betaling van de vorderingen te eisen van de schuldenaar en de betalingen in ontvangst te nemen”* effectief aan de kredietgever de bevoegdheid wordt verleend om de in pand gegeven goederen andere dan schuldvorderingen uit te winnen zonder tussenkomst van een rechter.

- inpandgeving voor onbepaalde termijn

Doordat de consument bovendien voor een onbepaalde termijn gehouden is deze waarborgen te verstrekken voor om het even welke schuld die hij ten opzichte van de kredietgever zou hebben, kan bovendien geoordeeld worden dat een dergelijke beding, zonder duidelijke vermelding van een redelijke opzegtermijn, in strijd is met artikel VI.83, 18° WER.

Artikel 11 van de wet roerende zekerheden bepaalt in dit opzicht dat indien een pandrecht voor onbepaalde duur wordt verleend, de pandgever de overeenkomst kan beëindigen mits een opzegtermijn van minimaal 3 en maximaal 6 maand. Een dergelijke wettelijk voorgeschreven opzegtermijn is essentieel voor wat de rechten van de consument betreft, en moet dus uitdrukkelijk opgenomen worden in de betrokken contractuele bepaling.

(2) Beding van eigendomsoverdracht van schuldvorderingen tot zekerheid

In geval van een restrictieve interpretatie van artikel 62 van de wet roerende zekerheden (i.e. ervan uitgaande dat de conversie van de overdracht in een pandrecht enkel betrekking heeft op situaties van samenloop met andere schuldeisers en, met uitzondering van de naleving van artikel 61 wet roerende zekerheden in het geval de overdrager een consument is, niet vereist is dat de overige wettelijke bepalingen inzake pand worden nageleefd), wijst de brc Onrechtmatige Bedingen op de volgende elementen bij de beoordeling van het al dan niet onrechtmatig karakter van het geciteerde (tweede) voorbeeld.

a. In acht te nemen beperkingen, volgend uit de bepaalbaarheid en het verbod tot discretionair optreden en een minimaal evenwicht tussen de respectieve rechten en verplichtingen

Het weergegeven voorbeeld is veel te algemeen geformuleerd, zowel wat (1) de overgedragen schuldvorderingen betreft, (2) de gewaarborgde schuldvorderingen, en (3) het gewaarborgde bedrag, en is om die reden in strijd met artikel VI.83, 6° WER juncto de algemene norm.

(i) Bepalen van de overgedragen schuldvorderingen

Deze clausule voorziet in de overdracht van een resem schuldvorderingen van de consument-kredietnemer (m.n. het overdraagbaar en voor beslag vatbaar gedeelte van alle wedden, uitkeringen, sociale toelagen, pensioenen of sommen, de te vervallen huur- of pachtgelden van de gehypothekeerde onroerende goederen en de sommen, commissies of vergoedingen die hun zouden toekomen te welken titel ook) aan de kredietgever teneinde beter de betaling te verzekeren van hun schuld in kapitaal, intresten en diverse toebehoren en van alle latere voorschotten verwezenlijkt in uitvoering van deze kredietopening.

Het als zekerheid bedingen van “alle commissies of vergoedingen die de kredietnemer zou toekomen ten welken titel ook” voldoet al niet aan de bepaalbaarheidsvereiste: minstens dienen er objectieve criteria aangegeven worden met betrekking tot de in zekerheid gegeven schuldvorderingen.

Naar analogie met de bepalingen inzake pand kan hier gesteld worden dat de overgedragen schuldvorderingen nauwkeurig moeten worden aangeduid.

(ii) Bepalen van de gewaarborgde schuldvorderingen

In de mate de eigendomsoverdracht van schuldvordering enkel betrekking heeft op de schulden die betrekking hebben op het hypothecair krediet of op latere, binnen de kaderovereenkomst, aangegane kredieten door dezelfde kredietnemer(s), kan bevestigd worden dat aan de vereiste van bepaalbaarheid en voorzienbaarheid van het voorwerp van de zekerheidsstelling voldaan is. In de mate de bedongen eigendomsoverdracht ook betrekking heeft op om het even welke schuld in de relatie tussen de kredietnemer en de kredietgever, is hieraan niet voldaan.

(iii) Bepalen van het gewaarborgde bedrag

Krachtens artikel 61, tweede lid wet roerende zekerheden, waarnaar artikel 62 van deze wet verwijst, moet nauwkeurig melding worden gemaakt van het maximaal bedrag tot beloop waarvan de schuldvorderingen zijn gewaarborgd.

Het is zodoende essentieel dat er een maximaal bedrag aangegeven is tot beloop van welke deze zekerheidsstelling geldt, wat in het weergegeven voorbeeld niet het geval is.

b. Eigendomsoverdracht van schuldvordering door derde-hypotheekstellers

Een beding waarbij een derde die hypotheek verleent, en die dus geen kredietnemer en geen partij is bij de kredietovereenkomst, er toe gehouden wordt om daarbovenop alle vervallen huur- of pachtgelden over te dragen en af te staan, creëert op zich een kennelijk onevenwicht tussen de rechten van de derde-zekerheidssteller en de kredietgever (artikel I.8.22° WER). Een dergelijke bijkomende zekerheidsstelling dient uitdrukkelijk te worden aangegaan.

(3) Loonoverdracht

Hoger werd reeds aangegeven dat de “loonoverdracht” aan strikte voorwaarden moet beantwoorden krachtens de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon van werknemers¹⁸⁸.

In het tweede voorbeeld wordt bepaald dat de kredietnemer “verklaart het overdraagbaar en voor beslag vatbare gedeelte van alle wedden, uitkeringen, sociale toelagen, pensioenen of sommen zoals voorzien in de artikelen 1409, 1409bis en 1410 van het Gerechtelijk Wetboek, af te staan en over te dragen in het voordeel van de kredietgever en/of zijn algemene of bijzondere rechtsopvolgers al dan niet afzonderlijk en/of samen met derden, die dit aanvaardt”.

Een dergelijk beding is vooreerst in strijd met artikel 27 van de Loonbeschermingswet: de overdracht moet vooreerst worden vastgesteld in een akte afzonderlijk van de schuldvordering die wordt gewaarborgd (hypothecair krediet). L'exception relative aux cessions constatées par acte authentique (art. 34 de la loi du 12 avril 1965) ne s'applique pas si la cession est consentie en garantie d'un crédit hypothécaire au sens du Livre VII (art. VII.147/2)

¹⁸⁸ Voir ci-dessus, Section 1, 3.

Ten tweede kan, zoals volgt uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie¹⁸⁹, de overdracht van loon niet losstaan van de gewaarborgde verbintenis, met name het specifieke krediet dat wordt aangegaan. Een loonoverdracht die zoals in casu wordt bedongen tot waarborg van de kaderovereenkomst in het algemeen (de “kredietopening”) en alle latere voorschotten verwezenlijkt in uitvoering van die kaderovereenkomst, gaat in dit opzicht te ver.

Bovendien houdt deze clausule niet expliciet rekening met het feit dat voor wat betreft de overdracht van loon, alsmede van de uitkeringen vermeld in artikel 1410, § 1 Ger.W., de artikelen 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33 en 35 van de Loonbeschermingswet moeten worden nageleefd.

Aanbeveling nr. 12

1. Bedingen van inpandgeving

Voor wat clausules inzake pandgeving als zekerheidsstelling betreft, dient een onderscheid gemaakt te worden naargelang het gaat om de inpandgeving van goederen, de inpandgeving van schuldvorderingen, en inpandgeving van financiële instrumenten.

Voor wat de inpandgeving van goederen betreft, moet een dergelijke inpandgeving indien de pandgever een consument is, in een geschrift worden opgenomen dat, naargelang het geval, voldoet aan het vereiste in artikel 1325 B.W. of artikel 1326 B.W. Ofwel moeten er dan evenveel originelen worden opgesteld als er partijen met een onderscheiden belang zijn, ofwel moet de pandgever minstens, benevens zijn handtekening, met de hand een goed voor of een goedgekeurd voor geschreven hebben, waarbij de waarde van de in pand gegeven goederen voluit in letters is uitgedrukt.

Voor de geldigheid van een dergelijke inpandgeving is eveneens vereist dat het geschrift de waarde van de verpande goederen vermeldt. Een algemene verklaring voldoet niet aan deze bepaling is bijgevolg als onrechtmatig in de zin van de algemene norm (artikel 1.8.22° WER) te beschouwen.

De waarde van het verpande goed of de verpande goederen mogen het dubbel van de omvang van het pandrecht niet overschrijden. Het pandrecht kan zich, binnen het overeengekomen bedrag, enkel uitstrekken tot de hoofdsom van de gewaarborgde schuldvordering en tot de bijhorigheden zoals de interest, het schadebeding en de kosten van uitwinning. Die bijhorigheden mogen echter niet groter zijn dan 50 % van de hoofdsom indien de pandgever een consument is.

Tenslotte geldt het dwingendrechtelijke principe dat de tussenkomst van de rechter altijd nodig is bij uitwinning en dat hier contractueel niet mag van afgeweken worden.

Bij de inpandgeving van schuldvorderingen moet de inpandgeving minstens bewezen worden door een geschrift dat de door het pandrecht bezwaarde schuldvorderingen en de gewaarborgde schuldvorderingen nauwkeurig aanduidt. Dit geschrift dat als bewijs van de overeenkomst dient moet voldoen aan de vereisten, naar gelang het geval, van artikel 1325 of artikel 1326 en moet tevens nauwkeurig de bezwaarde schuldvorderingen, de gewaarborgde schuldvorderingen en het maximaal bedrag tot beloop waarvan de schuldvorderingen zijn gewaarborgd aanduiden.

¹⁸⁹ Cass. 29 octobre 2001, R.W., 2001-2002, p. 1465; A.J.T. 2001-2002, p. 1465; Ann. Crédit, 2001, p. 236 avec note critique de M. FORGES, p. 251; Cass. 21 novembre 2005, D.C.C.R., 2006, nr. 71, p. 47, noot E. DE NEVE; Cass. 17 novembre 2005, Pas., 2008/11, p. 2581.

De inpandgeving als zekerheidsstelling dient nauw verbonden te worden met de schulden waarvoor deze inpandgeving gevestigd is. Indien een pandrecht voor onbepaalde duur zou worden verleend, dan moet contractueel duidelijk bepaald worden dat de pandgever de overeenkomst kan beëindigen mits een opzegtermijn van minimaal 3 en maximaal 6 maand. De gevolgen van de opzeg dienen eveneens te worden verduidelijkt.

Een algemene inpandgeving van goederen en/of schuldvorderingen door een derde-zakelijke zekerheidssteller is in strijd met artikel I.8.22° WER.

Indien een pand is overeengekomen door een derde tot waarborg van een hypothecair krediet, dan kunnen krachtens art. VI.147/26, § 1, WER, de gevraagde zekerheden enkel gelden voor deze bedragen, eventueel verhoogd met de nalatighedsinteressen, met uitsluiting van alle andere boetes of kosten van niet-uitvoering¹⁹⁰. NB - cela vaut aussi pour toutes les autres sûretés (caution, hypothèques, ...) constituées par les tiers.

2. Overdracht van schuldvordering tot zekerheid

Voor wat bedingen tot overdracht van “alle aan de overdrager verschuldigde sommen” betreft moet de overgedragen schuldvordering die in die hoedanigheid het voorwerp uitmaakt van de overdracht, bepaald of bepaalbaar zijn overeenkomstig artikel 1129 B.W. In zoverre met de term “alle” ook om het even welke schuldvordering die zou kunnen ontstaan gevisieerd wordt, kan een dergelijke overdracht van schuldvordering een probleem stellen in het licht van de vereiste van bepaalbaarheid en voorzienbaarheid van de overgedragen schuldvorderingen.

De overdracht van een schuldvordering tot zekerheid moet voldoen aan de vereisten vervat in artikel 61 van de wet roerende zekerheden – i.e. de overdracht moet worden vastgesteld bij een geschrift dat voldoet aan vereisten van artikel 1325 of 1326 B.W. en waarin de door het pandrecht bezwaarde schuldvorderingen, de gewaarborgde schuldvorderingen en het maximaal bedrag tot beloop waarvan de schuldvorderingen zijn gewaarborgd nauwkeurig worden aangeduid – om op grond van artikel 62 van de wet roerende zekerheden aan de overnemer een pandrecht op de overgedragen schuldvordering te kunnen verlenen.

De overdracht van schuldvordering als zekerheidsstelling dient nauw verbonden te worden met de schulden waarvoor deze inpandgeving gevestigd is. Indien een overdracht voor onbepaalde duur zou worden verleend, dan moet contractueel duidelijk bepaald worden dat de pandgever de overeenkomst kan beëindigen mits een opzegtermijn van minimaal 3 en maximaal 6 maand.

Een algemene overdracht van goederen en/of schuldvorderingen door een derde- zakelijke zekerheidssteller is in strijd met artikel I.8.22° WER.

3. Inpandgeving/ Overdracht van loon

Zoals reeds hoger besproken, dient de “loonoverdracht” aan strikte voorwaarden te beantwoorden krachtens de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon van werknemers.

Algemeen geformuleerde bedingen waarbij de schuldenaar verklaart het voor beslag vatbaar gedeelte van het loon af te staan in het voordeel van de kredietgever zijn vooreerst in strijd met de vereiste dat de loonoverdracht bij afzonderlijke akte moet worden vastgesteld. Bovendien kan de overdracht niet losgemaakt worden van de hoofdverbintenis waarvan ze de uitvoering waarborgt.

¹⁹⁰ Cela vaut d'ailleurs aussi pour les autres sûretés consenties par des tiers (caution, hypothèque, ...).

2.6.5 Hoofdelijkheid en ondeelbaarheid

§ 1. Voorbeelden

- Voorbeeld 1

“Artikel ...- Beding van hoofdelijkheid en ondeelbaarheid

De kredietnemer(s) aanvaardt/aanvaarden zowel voor zichzelf als voor zijn erfgenamen, rechthebbenden en rechtverkrijgenden, de toepassing van het beding van actieve en passieve hoofdelijkheid en ondeelbaarheid.

De kredietnemer(s) geven elkaar wederzijds volmacht om alle in het kader van deze overeenkomst te verrichten kennisgevingen en aanmaningen uit te voeren of in ontvangst te nemen.

De handtekening van één van de kredietnemers verbindt alle anderen tegenover de kredietgever.

De kredietgever zal zich, zonder ertoe gehouden te zijn, tot elk van hen afzonderlijk kunnen richten voor alle verrichtingen in verband met deze kredietopening en tegen elk van hen het bedrag van de schuldvordering kunnen vorderen in hoofdsom, interest, kosten en bijhorigheden, ongeacht uit wiens hoofde de schuldvordering is ontstaan.”

- Voorbeeld 2

De kredietnemers verbinden zich hoofdelijk en ondeelbaar onder elkaar.

In geval van overlijden van de kredietnemer of van één hunner vóór de volledige terugbetaling, bestaat er hoofdelijkheid en ondeelbaarheid tussen hun erfgenamen en rechthebbenden, zoals tussen de overlevende kredietnemers en de erfgenamen en rechthebbenden van de vooroverledenen.

Indien de kredietgever één van de kredietnemers, erfgenamen of rechtsopvolgers ontslaat van zijn verbintenissen, dan blijven de anderen, in afwijking van artikel 1285 van het Burgerlijk Wetboek, voor het geheel verbonden zonder dat de kredietgever uitdrukkelijk zijn rechten tegenover hen dient voor te behouden.

§ 2. Analyse

A. Gemeen verbintenissenrecht

De hier weergegeven clausules strekken ertoe, indien het krediet is aangegaan door meerdere schuldenaars, dat ieder van deze schuldenaars afzonderlijk voor de volledige schuld kan worden aangesproken door de kredietgever, waarbij de betaling door één schuldenaar alle anderen bevrijdt (aspect hoofdelijkheid, artikel 1200 B.W.). Het ondeelbaar karakter van verbintenis duidt er op dat haar voorwerp niet voor gedeeltelijke uitvoering vatbaar is (art. 1217 B.W.). Zelfs al is het voorwerp van de verbintenis objectief deelbaar (bijvoorbeeld een betaling pro rata van de schuld), ook de ondeelbaarheid van een verbintenis kan door de rechtssubjecten worden bedongen. Ondeelbaarheid die bovenop de hoofdelijkheid wordt bedongen zal vooral rechtsgevolgen ressorteren bij bijvoorbeeld erfopvolging: in gevolge de (bedongen) ondeelbaarheid zal iedere erfgenaam van de schuldenaar tot de volledige schuld, en dus niet enkel het deel van de schuld van de betrokken schuldenaar, gehouden zijn.

Aangezien passieve hoofdelijkheid en bedongen ondeelbaarheid de schuldeiser een bijkomende garantie tegen insolventie van de schuldenaren biedt en de inningsprocedure sterk vergemakkelijkt,

worden clausules die hoofdelijkheid en ondeelbaarheid bedingen bijna altijd aangetroffen in de onderzochte contracten.

Artikel 1202 B.W. stelt in dat opzicht uitdrukkelijk dat hoofdelijkheid niet wordt vermoed, maar uitdrukkelijk bedongen moet zijn.

B. Inhoudelijke analyse krachtens de wetgeving inzake onrechtmatige bedingen

- Verplichting tot duidelijke informatieverstrekking omtrent de hoofdelijke en ondeelbare gehoudenheid

Aangezien de hoofdelijke en ondeelbare gehoudenheid van iedere schuldenaar een uitzondering vormt op de principiële gehoudenheid pro rata van iedere schuldenaar, moet een dergelijk beding uitdrukkelijk onder de aandacht worden gebracht van de betrokken kredietnemers.

Een dergelijke hoofdelijke en ondeelbare gehoudenheid kan immers een vérgaande contractuele gebondenheid tot gevolg hebben van bepaalde schuldenaars, zoals bijvoorbeeld de ouders van één van de kredietnemers die de overeenkomst inzake hypotheccair krediet mede ondertekenen.

- Enkel mogelijk voor de gezamenlijk aangegane kredieten, niet voor de andere individuele schulden van de mede-kredietnemer;

De hier weergegeven voorbeelden komen voor in kaderovereenkomsten inzake krediet. Dit heeft tot gevolg dat de hoofdelijkheid niet enkel geldt voor wat het afgesloten hypothecaire krediet betreft, maar ook voor ieder ander in de kaderovereenkomst opgenomen krediet.

In het eerste voorbeeld wordt bepaald dat het principe van hoofdelijkheid tussen de schuldenaars die de kaderovereenkomst ondertekend hebben, "ongeacht uit wiens hoofde de schuldvordering is ontstaan" geldt. Dit betekent dat het principe van hoofdelijkheid en ondeelbaarheid ook zou gelden voor andere schulden die één van de kredietnemers afzonderlijk zou zijn aangegaan.

Een dergelijke uitbreiding van het principe van hoofdelijkheid en ondeelbaarheid tot schulden die vreemd zijn aan één van de schuldenaars, komt neer op een derde-zekerheidsstelling en is bijgevolg in strijd met artikel VII.147/26 WER en kan als een onrechtmatig beding in de zin van de algemene norm worden beschouwd (artikel I.8.22° WER).

- Contractuele afwijking van artikel 1285 B.W.

In het tweede voorbeeld bedingt de kredietgever dat kwijtschelding van één van de schuldenaars, in afwijking van artikel 1285 B.W., tot gevolg heeft dat de anderen voor het geheel van de schuld verbonden blijven.

Artikel 1285 B.W. stelt vooreerst dat kwijtschelding ten voordele van één van de hoofdelijke medeschuldenaars de overige schuldenaars bevrijdt, tenzij de kredietgever uitdrukkelijk de rechten tegenover deze overige schuldenaars voorbehoudt. Bedingt de kredietgever dit uitdrukkelijk, dan kan hij de schuld niet invorderen dan na aftrek van het aandeel van degene aan wie hij kwijtschelding verleend heeft.

Een dergelijke afwijking van de normale principes inzake kwijtschelding en de gevolgen hiervan op de gehoudenheid van de andere schuldenaars kan de rechten van deze schuldenaars kennelijk benadelen, doordat zij op voorhandaanvaardden dat zij gehouden blijven tot een gedeelte van de schuld waar ze normaliter niet meer voor moeten instaan. Er kan bijgevolg geoordeeld worden dat een dergelijke afwijking in strijd is met de algemene norm onrechtmatige bedingen (artikel I.8.22° WER).

Aanbeveling nr. 13

Aangezien de hoofdelijke en ondeelbare gehoudenheid van iedere schuldenaar een uitzondering vormt op de principiële gehoudenheid pro rata van iedere schuldenaar, moet een dergelijk beding uitdrukkelijk onder de aandacht worden gebracht van de betrokken kredietnemers.

Bedingen inzake hoofdelijkheid en ondeelbaarheid kunnen enkel gelden bij gezamenlijk aangegane schulden. Er kan in de kaderovereenkomst geen hoofdelijkheid en ondeelbaarheid bedongen worden voor de andere persoonlijke schulden van de kredietnemers afzonderlijk. In die gevallen gaat het dan immers om een derde-zekerheidsstelling voor alle schulden van de debiteur die in strijd is met artikel VII.147/26 WER en ook als een onrechtmatig beding in de zin van de algemene norm kan worden beschouwd (artikel I.8.22° WER).

Een contractuele afwijking van artikel 1285 B.W., welke tot gevolg heeft dat de overige schuldenaars op voorhand aanvaarden dat ze gehouden blijven tot het gedeelte van de schuld dat kwijtgescholden was ten aanzien van één van de hoofdelijke medeschuldenaars, is naar de mening van de brc Onrechtmatige bedingen in strijd met de algemene norm onrechtmatige bedingen (art. I.8.22° WER).

2.6.6 Compensatie en eenheid van rekening

§ 1. Voorbeelden

- Voorbeeld 1

“Behoudens uitdrukkelijk tegenstrijdig beding is de kredietopening bruikbaar in rekening-courant.

De diverse rekeningen waarvan een cliënt houder is, vormen tenzij anders overeengekomen en voor zover hun werkingsmodaliteiten dit toelaten, de compartimenten van één enkele en ondeelbare rekening. De kredietgever mag op elk ogenblik, mits een eenvoudige mededeling, overdrachten verrichten van een compartiment naar een ander, van een debetsaldo naar een creditsaldo en omgekeerd, of van een debetsaldo naar een debetsaldo, teneinde te komen tot een enig saldo.

Indien bepaalde compartimenten zijn uitgedrukt in vreemde munten, vormen zij ook deel van deze ene rekening. Bij afsluiting van de rekening worden de vreemde munten omgezet in euro op kosten van de cliënt, zodat het eindsaldo van de rekening in euro wordt uitgedrukt.”

- Voorbeeld 2

“9.1. “Alle verbintenissen, al dan niet opeisbaar, van de Kredietnemer jegens de Kredietgever die voortspuiten uit verrichtingen die aan de onderhavige verbintenissen voorafgaan, ermee gelijktijdig zijn of erop volgen, zijn of zullen op het toegestane krediet toerekenbaar zijn, en dit zonder dat de kredietgever verplicht is de kredietnemer ervan voorafgaandelijk te verwittigen.”

9.2. In geval van opeisbaarheid van gelijk welke bedragen uit hoofde van de benutting van onderhavige krediet of kredietopening of van gelijk welke verbintenissen jegens de kredietgever zal deze laatste, met bericht aan de Kredietnemer, alle bedragen toerekenen die haar ten gunste van de Kredietnemer bereiken zowel ingevolge haar order als dit van derden, al dan niet garanten.

Elke vermindering van bestaande en eventuele toekomstige faciliteiten, verleend aan de kredietnemer wordt tenzij uitdrukkelijke andere beslissing van de Kredietgever, eerst doorgevoerd op de niet door hypotheek gewaarborgde verbintenissen. Dit geldt eveneens voor alle terugbetalingen.”

§ 2. Analyse

1. Begrip en onderscheid “eenheid van rekening” en “compensatiebedingen”

Het eerste voorbeeld betreft een beding van eenheid van rekening, het tweede voorbeeld kan als een compensatiebeding worden beschouwd.

Bij clausules van eenheid van rekening komen partijen overeen dat de verschillende rekeningen die tussen hen bestaan slechts onderdelen vormen van dezelfde rekening-courant en slechts boekhoudkundige onderdelen van die ene rekening betreffen. Bij compensatiebedingen of bedingen inzake schuldvergelijking wordt contractueel overeengekomen dat de saldi van verschillende juridisch gescheiden rekeningen met elkaar kunnen worden gecompenseerd. Van één enkele rekening is er dan geen sprake.

Het beding van eenheid van rekening schept dus een juridische eenheid tussen alle afzonderlijke rekeningen, terwijl het compensatiebeding slechts betrekking heeft op juridische zelfstandige rekeningen. Er kan dus geoordeeld worden dat het compensatiebeding aanvullend werkt op het beding van eenheid van rekening: indien de eenheid van rekening wordt afgewezen, omdat geoordeeld wordt dat de diverse rekeningen als juridisch zelfstandig moeten beschouwd worden, kan een beroep gedaan worden op het compensatiebeding.

Bedingen van eenheid van rekening en compensatiebedingen hebben, naast het feit dat verrekeningen tussen verschillende saldi vergemakkelijkt worden, vooral een zekerheidsfunctie: de niet-betaalde schuldeiser kan zijn schuldvordering krachtens dergelijke bedingen compenseren met andere vorderingen die hij op de debiteur heeft en zo eveneens ontsnappen aan de samenloop met andere schuldeisers¹⁹¹.

2. toetsing aan de bepalingen inzake onrechtmatige bedingen

2.1. Bedingen van eenheid van rekening

Zoals uit het weergegeven voorbeeld blijkt, kent de kredietgever zich eenzijdig het recht toe om naar eigen goeddunken overdrachten te verrichten van één compartiment (rekening) naar een ander. Een dergelijke “partijbeslissing” is in overeenkomsten gesloten met consumenten verboden krachtens artikel VI.83, 6° WER.

Er zou minstens moeten aangegeven in welke objectief gerechtvaardigde omstandigheden de kredietgever het recht zou hebben om overdrachten te verrichten van één rekening naar een andere

¹⁹¹ La question de l'opposabilité aux tiers de telles clauses dépassent les limites du présent avis. Sans prétendre à l'exhaustivité, la Commission mentionne la disposition suivante. Art. 4, § 2, de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers, M.B. 1er février 2005. En vertu de l'article 14, § 1er, de cette loi : “Les conventions de netting, ainsi que les clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation, peuvent, sans mise en demeure ni décision judiciaire préalable, nonobstant toute cession des droits sur lesquelles elles portent, en cas de procédure d'insolvabilité, de saisie ou de toute situation de concours, être opposées aux créanciers si la créance et la dette à novover ou à compenser existent lors de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou de la survenance de la saisie ou d'une situation de concours, quels que soient la date de leur exigibilité, leur objet ou la monnaie dans laquelle elles sont libellées. » Néanmoins, l'article 14, § 2, tel que complété par la loi du 26 septembre 2011, énonce ce qui suit : “Le § 1er du présent article ne s'applique pas aux conventions de netting ainsi qu'aux clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation, conclues entre ou avec des personnes physiques non commerçantes. (...)”.

teneinde niet in strijd te zijn met het verbod tot het eenzijdig interpreteren van bepaalde bedingen van de overeenkomst.

Daarnaast moet een beding van eenheid van rekening, zoals ook uit het arrest van het Hof van Beroep van Luik van 26 januari 2007¹⁹² naar voor kwam, rekening houden met de volgende bijzonderheden:

- 1) de eigen aard van bepaalde rekeningen,
- 2) de verschillende termijnen waaraan die diverse rekeningen onderworpen zijn,
- 3) de omstandigheid dat een zekerheid uitsluitend aangegaan wordt ter waarborg van een bepaalde overeenkomst.

2.2. Compensatiebeding

Ook wat het compensatiebeding in voorbeeld 2 betreft, kent de kredietgever zich eenzijdig het recht toe om het even welk bedrag 'toe te rekenen' op het krediet, hier zelfs zonder dat de kredietgever de consument daarover voorafgaandelijk verwittigt indien het vorderingen van de kredietgever ten aanzien van de consument betreft. Een dergelijke "partijbeslissing" is, zoals aangegeven, in overeenkomsten gesloten met consumenten, in strijd met artikel VI.83, 6° WER. Er zou minstens moeten aangegeven in welke objectief gerechtvaardigde omstandigheden de kredietgever een dergelijke toerekening kan verrichten.

In het tweede lid behoudt de kredietgever zich bovendien het recht voor om in geval van opeisbaarheid van gelijk welke bedragen die de kredietgever bereiken, uit hoofde van de benutting van onderhavige krediet of kredietopening of van gelijk welke verbintenissen jegens de kredietgever, deze toe te rekenen op alle bedragen die haar ten gunste van de kredietnemer bereiken zowel ingevolge haar order als dit van derden, al dan niet garanten.

In het gemeen recht kan een conventioneel compensatiebeding afwijken van wat het Burgerlijk Wetboek ter zake voorschrijft (vordering en tegenvordering, tussen twee personen aangegaan onder dezelfde hoedanigheid, geldsom of vervangbare zaken, opeisbare schulden, effen schulden). Een dergelijke conventionele afwijking van de algemene wettelijke principes moet dan wel tot de gemeenschappelijke wil van de partijen behoren. Teneinde een dergelijke wilsovereenstemming aannemelijk te maken, zal de informatie- en transparantieverplichting mede een rol vervullen.

Er moet bij dergelijke contractuele clausules evenwel altijd rekening gehouden worden met de eigen aard van bepaalde schulden op termijn, schulden aangegaan onder opschortende voorwaarden¹⁹³. Het compensatiebeding mag er niet toe leiden dat de consumentenbeschermende bepalingen ten aanzien van de onmiddellijke opeisbaarheid van het krediet worden omzeild. Zij kan bovendien gevaarlijk zijn voor de consument in de mate zij ertoe zou leiden de consument bedragen te ontzeggen die hem zouden toekomen terwijl er een serieuze grond tot betwisting zou bestaan met betrekking tot de bedragen die de kredietgever opeist en waarmee deze laatste de compensatie zou willen verrichten.

Ten derde kent enkel de kredietgever zich krachtens deze clausules het recht op compensatie toe, en wordt dit recht omgekeerd niet eveneens in die clausule toegekend aan de consument¹⁹⁴. Artikel VI.83, 16° WER bepaalt in dit opzicht dat in elk geval onrechtmatig zijn, de bedingen die ertoe strekken de

¹⁹² Liège (12de Chambre), 26 janvier 2007, D.C.C.R., n° 78, 2008, (73-95), p. 90-91.

¹⁹³ Voir dans le même sens CCA France, Recommandation 04/03 Prêt immobilier, BOCCRF du 30/09/2004, C. sur la compensation, à consulter via le site internet de la CCA française : <http://www.clauses-abusives.fr/recommandation/pre-immobilier/>.

¹⁹⁴ Voir dans le même sens Liège (12ème Chambre), 26 janvier 2007, dans D.C.C.R., n° 78, 2008, (73-95), p.92.

consument te verbieden zijn schuld tegenover de onderneming te compenseren met een schuldvordering die hij op haar zou hebben.”¹⁹⁵

Aanbeveling nr. 14

Bedingen inzake eenheid van rekening dienen minstens aan te geven in welke objectief gerechtvaardigde omstandigheden de kredietgever het recht zou hebben om overdrachten te verrichten van één rekening naar een andere.

Hierbij dient rekening houden met de volgende bijzonderheden:

- 1) *de eigen aard van bepaalde rekeningen,*
- 2) *de verschillende termijnen waaraan die diverse rekeningen onderworpen zijn,*
- 3) *de omstandigheid dat een zekerheid uitsluitend aangegaan wordt ter waarborg van een bepaalde overeenkomst.*

Ook compensatiebedingen kunnen de schuldeiser geen discretionair recht tot compensatie toekennen. Bij de formulering van deze bedingen dient altijd rekening gehouden worden met minimale objectieve vereisten, zoals de eigen aard van bepaalde schulden op termijn, of schulden aangegaan onder opschortende voorwaarden.

Kent de kredietgever zich het recht tot conventionele compensatie toe, dan volgt uit het vereiste evenwicht tussen de rechten en plichten van de partijen en uit art. VI.83, 16° WER dat ook de consument tot compensatie moet kunnen overgaan met schulden die de kredietgever op hem zou hebben¹⁹⁶.

2.7 Overdracht van schuldvordering of van overeenkomst door de kredietgever

§ 1. Voorbeelden

- Voorbeeld 1

“De kredietnemers gaan ermee akkoord dat de schuldvordering, voorwerp van deze akte, met alle waarborgen overgedragen wordt aan order door endossement van de grossen die afgeleverd zullen worden, zonder dat iedere overdracht hen moet betekend worden en zonder dat er melding van moet gemaakt worden op de kant van de inschrijving die zal genomen worden krachtens deze akte.

Er zal inschrijving genomen worden lastens de kredietnemers in het voordeel van de kredietgever en van allen die ingevolge het laatste endossement eigenaar van de schuldvordering zijn. De verschillende endossanten waarborgen het bestaan van de schuldvordering voor het in het endossement aangegeven bedrag maar niet de solvabiliteit van de kredietnemers.

De interesten zullen op hun vervaldag het voorwerp uitmaken van een verdeling pro rata temporis tussen de endossant en de geëndosseerde.

¹⁹⁵ Il faut réserver l'application de l'article 6 de la loi du 3 août 2012 relative à des mesures diverses pour faciliter la mobilisation de créances dans le secteur financier mais sous réserve de sa conformité aux articles 10 et 11 de la Constitution.

¹⁹⁶ Il faut réserver l'application de l'article 6 de la loi du 3 août 2012 relative à des mesures diverses pour faciliter la mobilisation de créances dans le secteur financier mais sous réserve de sa conformité aux articles 10 et 11 de la Constitution.

De kredietgever zal opheffing geven door aan de notaris te rechtvaardigen dat geen enkele grosse afgeleverd werd of door de niet geëndosseerde grosse voor te leggen. In geval van endossement, kan enkel de laatste geëndosseerde opheffing geven. Hij zal daartoe aan de notaris de grosse voorleggen bekleed met ononderbroken opeenvolgende endossementen waarvan de laatste in zijn voordeel.

In alle gevallen zal de hypotheekbewaarder gehouden zijn door te halen, zowel vóór als na betaling, zonder het voorleggen van de grosse of een authentieke akte van overdracht te moeten eisen.”

- **Voorbeeld 2**

“Tevens kan de Kredietgever, hierbij uitdrukkelijk gemachtigd door de kredietnemer, de schuldvordering ten laste van de kredietnemer overdragen aan een derde: de kosten in verband met de akte van indeplaatsstelling en de hieraan verbonden in- en overschrijvingen vallen ten laste van de kredietnemer, wanneer de overdracht het gevolg is van de wanbetaling van de Kredietnemer.”

- **Voorbeeld 3**

“De kredietgever mag de kredietopening en alle voorschotten (onder de vorm van woningkredieten of enig andere vorm en van welke duur ook) en alle andere bedragen toegekend in uitvoering van en/of aanrekenbaar op de kredietopening en in het algemeen alle rechten uit hoofde van de kredietopening geheel of gedeeltelijk overdragen aan derden en hij mag een derde geheel of gedeeltelijk in zijn rechten plaatsen.”

- **Voorbeeld 4**

“De kredietgever mag de kredietopening en alle voorschotten (onder de vorm van leningen, kredieten of onder enige andere vorm en van welke duur ook) en in het algemeen alle andere bedragen toegekend in uitvoering van en/of aanrekenbaar op de kredietopening geheel of gedeeltelijk overdragen aan derden of hij mag een derde geheel of gedeeltelijk in zijn rechten doen treden.”

§ 2. Analyse naar gemeen recht en specifieke bepalingen in boek VII WER

Een beding tot overdracht van de rechten uit de kredietopening is in principe geldig. De effectieve overdracht kan dan enkel ingeroepen worden tegen de gecedeerde schuldenaar vanaf het moment dat de overdracht de schuldenaar is ter kennis gebracht of deze de overdracht uitdrukkelijk of stilzwijgend heeft erkend¹⁹⁷.

In geval van overdracht van hypothecaire of bevoorrechte schuldvorderingen moet daarnaast rekening gehouden worden met artikel 5 van de Hyp. W.

Op grond van deze bepaling kan de overnemer de overdracht van een ingeschreven bevoorrechte of hypothecaire schuldvordering enkel aan derden (anderen dan de debiteur) tegenwerpen indien zij voortvloeit uit een vonnis, een authentieke akte of een in rechte of voor notaris erkende onderhandse akte en indien de dagtekening en de aard van de titel van overnemer op de kant der inschrijving zijn vermeld, met opgave van de namen, de voornamen, het beroep en de woonplaats van de partijen.¹⁹⁸

Deze bijzondere vormvereiste geldt echter niet:

¹⁹⁷ Art. 1690, alinéa 2, Code civil.

¹⁹⁸ Article 5 juncto article 2 loi Hyp.

- voor een schuldvordering gewaarborgd door een hypotheek, een schuldvordering waarvoor een recht werd bedongen om een hypothecaire waarborg te eisen, m.i.v. een hypothecair mandaat of een hypotheekbelofte, of een schuldvordering gewaarborgd door een voorrecht op een onroerend goed, die wordt overgedragen aan een mobiliseringsinstelling¹⁹⁹, een Belgische kredietinstelling²⁰⁰ een financiële instelling²⁰¹, of aan een bijzonder vermogen of compartiment van deze instellingen; in dit geval is de overdracht zonder plechtige vormvereisten aan derden tegenwerpbaar.²⁰² Op hun verzoek zal de overdrager deze derden wel de nodige informatie moeten verschaffen omtrent de identiteit van de overnemer.²⁰³
- in geval van hypothecaire grosse²⁰⁴. Deze techniek, die werd ontwikkeld om de mobilisering van hypothecaire schuldvorderingen te vergemakkelijken door de vereisten van artikel 1690 B.W. en artikel 5 Hyp. W. te omzeilen, bestaat erin bij een hypothecaire kredietverlening in de grosse van de hypothecaire leningsakte een clause aan toonder of aan order op te nemen.²⁰⁵ Deze hypothecaire grosse maakt een eigen titel uit die, eens in omloop gebracht, de titularis een eigen recht geeft op de betaling van een som geld onder de voorwaarden vermeld in de titel zelf – waardoor de titularis niet de overdrager opvolgt in zijn rechten t.a.v. de overgedragen schuldenaar die zich bijgevolg niet kan beroepen op de excepties en de verweermiddelen waarop hij zich t.a.v. de overdrager kon beroepen.²⁰⁶; en de overdracht in het kader van een reorganisatie van een onderneming (e.g. fusie, splitsing), in welk geval de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad de overdracht aan derden tegenwerpbaar maakt.²⁰⁷

¹⁹⁹ Au sens de l'article 2, 5° de la loi du 3 août 2012 relative à des mesures diverses pour faciliter la mobilisation de créances dans le secteur financier (MB 24 août 2012, 50674), dont les organismes de placement collectif publics en créances et les organismes de placement collectif en créances institutionnels.

²⁰⁰ Au sens de l'article 1er, § 3 de la loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et des sociétés de bourse (MB 7 mai 2014, 36794), à savoir les entreprises belges ou étrangères dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts d'argent ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour leur propre compte. Pour l'application de l'article 81quater de la loi hypothécaire, cette notion couvre également les patrimoines spéciaux d'établissements de crédit qui émettent des 'covered bonds' belges.

²⁰¹ Au sens de l'article 3, 12° de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers (MB 1er février 2005, 2961), notamment les entreprises qui ne sont pas des établissements de crédit mais dont l'activité principale consiste en l'acquisition de participations ou l'exercice de certaines activités d'établissement de crédit, comme l'entreprise de crédit hypothécaire, les entreprises de crédit à la consommation et les entreprises de location-financement ou "leasing".

²⁰² Article 81quater, § 1er juncto article 81ter de la loi hypothécaire.

²⁰³ Article 81quater, § 1er in fine loi hypothécaire, tel qu'inséré dans la section 5 de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851 par l'article 21 de la loi du 19 avril 2014 portant insertion du livre VII "Services de paiement et de crédit" dans le Code de droit économique, portant insertion des définitions propres au livre VII et des peines relatives aux infractions au livre VII, dans les livres I et XV du Code de droit économique, et portant diverses autres dispositions (MB 28 mai 2014, 41686) en remplacement de l'ancien article 51 de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire, tel que modifié par l'article 12 de la loi du 3 août 2012 relative à des mesures diverses pour faciliter la mobilisation de créances dans le secteur financier (MB 24 août 2012, 50674) et abrogé par l'article 53 de la loi du 19 avril 2014 portant insertion du livre VII "Services de paiement et de crédit" dans le Code de droit économique, portant insertion des définitions propres au livre VII et des peines relatives aux infractions au livre VII, dans les livres I et XV du Code de droit économique, et portant diverses autres dispositions (MB 28 mai 2014, 41686).

²⁰⁴ Les articles 81ter à 81octies de la loi hypothécaire s'appliquent une cession de créance intégrée à une grosse hypothécaire au profit de ou par un établissement de crédit belge, un établissement financier, ou un patrimoine spécial ou un compartiment de ces institutions sans qu'un endossement ou une remise du titre au cessionnaire ou au créancier gagiste ne soit nécessaire (voir article 81nonies de la loi hypothécaire).

²⁰⁵ R. FELTKAMP, De overdracht van schuldvorderingen. Naar een eenvormige tegenwerpbaarheidsregeling voor overdrachten in de burgerrechtelijke en handelsrechtelijke sfeer?, Antwerpen, Intersentia, 2005, 792.

²⁰⁶ R. FELTKAMP, De overdracht van schuldvorderingen. Naar een eenvormige tegenwerpbaarheidsregeling voor overdrachten in de burgerrechtelijke en handelsrechtelijke sfeer?, Antwerpen, Intersentia, 2005, 792-793.

²⁰⁷ Article 81undecies de la loi hypothécaire, sans préjudice de l'article 78 de la loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et des sociétés de bourse.

Afdeling V van de Hypotheekwet, getiteld “Overdracht van bevoorrechte en hypothecaire schuldvorderingen”, bevat naast de reeds vermelde uitzonderingen op artikel 5 van de Hyp. W., nog bepalingen die o.a. de volgende aspecten regelen:

- de toelaatbaarheid van de overdracht van voorschotten toegestaan in het raam van o.a. een hypothecaire kredietopening²⁰⁸;
- de rangregeling tussen overgedragen voorschotten en andere voorschotten²⁰⁹ en een rangregeling tussen overgedragen schuldvorderingen²¹⁰;
- de hypotheek verleend voor bestaande en toekomstige schulden, die bepaald of bepaalbaar zijn op grond van de in de hypotheekakte voorkomende beschrijving van de gewaarborgde schuldvorderingen, wordt uitgebreid tot reeds door de hypothecaire schuldeiser aan een mobiliseringsinstelling, een Belgische kredietinstelling, een financiële instelling, of aan een bijzonder vermogen of compartiment van deze instellingen overgedragen schuldvorderingen op voorwaarde dat de schuldenaar van de schuldvordering nog niet in kennis werd gesteld van deze overdracht en evenmin werd erkend door deze schuldenaar op het ogenblik van de hypotheekvestiging²¹¹;
- bepalingen inzake het hypothecair mandaat en de hypotheekbelofte²¹².

Ten derde moet er rekening gehouden worden met de specifieke bepalingen van boek VII. In het bijzonder dient er te worden gewezen op de artikelen VII.147/17, VII.147/18, en VII.147/19 WER. Deze bepalingen gelden echter enkel voor wat hypothecaire kredieten met een roerende bestemming betreft.

Op grond van artikel VII.147/17 WER kunnen hypothecaire kredieten met een roerende bestemming of de schuldvordering uit deze kredietovereenkomsten enkel worden overgedragen aan, of, na indeplaatsstelling verworven door een op grond van boek VII vergunninghoudende of geregistreerde kredietgever of andere in die bepaling opgesomde specifieke instellingen.

Artikel VII.147/18 WER vereist een inkennisstelling van de overdracht per aangetekende zending, behalve wanneer de onmiddellijke overdracht of indeplaatsstelling uitdrukkelijk is bepaald in het contract, met vermelding van de identiteit van de overnemer of van de indeplaatsgestelde in de kredietovereenkomst.

Artikel VII.147/19 WER bepaalt dat de consument bij overdracht/indeplaatsstelling van de vordering tegenover de overnemer/indeplaatsgestelde schuldeiser de verweermiddelen behoudt, het beroep op de schuldvergelijking inbegrepen.

§ 3. Toetsing van het al dan niet onrechtmatig karakter

a. Transparantie

In het eerste voorbeeld erkent de kredietnemer de techniek van de hypothecaire grosse. Dit houdt in dat de schuldvordering aan toonder of aan order overdraagbaar is. Dit heeft tot gevolg dat de hypothecaire schuldvordering opgenomen in de hypothecaire grosse een eigen titel uitmaakt die aan toonder kan worden overgemaakt, zonder dat deze overdracht ter kennis moet worden gebracht aan de schuldenaar (vereiste van artikel 1690 B.W.), noch de overdracht moet worden vastgesteld bij authentieke akte

²⁰⁸ Article 81quater, § 2 de la loi hypothécaire.

²⁰⁹ Article 81quater, § 2 de la loi hypothécaire.

²¹⁰ Article 81quinquies de la loi hypothécaire.

²¹¹ Artikel 81quater, § 4 de la loi hypothécaire.

²¹² Voir les articles 81sexies et 81septies de la loi hypothécaire .

(vereiste van artikel 5 Hyp.-Wet), en waarbij de schuldenaar zich evenmin kan beroepen op de excepties en de verweermiddelen die hij ten aanzien van de oorspronkelijke schuldeiser had. De daaropvolgende leden van deze clausule verduidelijken vooral welke de gevolgen van de hypothecaire grosse zijn voor de endossant en de geëndosseerden, de rol van de notaris en de hypotheekbewaarder, maar niet welke de gevolgen zijn van de techniek van de hypothecaire grosse voor de kredietnemer. Deze clausule is dus in strijd met de transparantievereiste, op basis waarvan de consument de draagwijdte van een dergelijke bepaling moet kunnen begrijpen en de economische gevolgen die er voor hem uit voortvloeien, moet kunnen inschatten.

De andere voorbeelden stellen minder problemen voor wat de transparantievereiste op zich betreft. De kredietgever bedingt er dat hij in het algemeen het recht heeft om om het even welke schuldvordering die volgt uit de kaderovereenkomst geheel of gedeeltelijk over te dragen aan derden.

b. Inhoudelijke toetsing

- kredieten met roerende bestemming

Indien het gaat om een hypothecair krediet met een roerende bestemming, dan dient rekening gehouden te worden met de artikelen VII.147/17, VII.147/18 en VII.147/19 WER. Zoals reeds toegelicht, kunnen dergelijke kredieten enkel worden overgedragen aan, of, na indeplaatsstelling verworven door een op grond van boek VII vergunninghoudende of geregistreerde kredietgever of andere in die bepaling opgesomde specifieke instellingen (art. VII.147/17). Bovendien mag een dergelijke overdracht nooit tot gevolg hebben dat de consument de verweermiddelen die hij heeft krachtens de kredietovereenkomst, het recht op schuldvergelijking inbegrepen, verliest.

Clausules die de kredietgever op algemene wijze het recht toekennen om dergelijke kredieten over te dragen zijn bijgevolg reeds in strijd met artikel VII.147/17 WER, en een dergelijke algemeen bedongen mogelijkheid tot overdracht zonder waarborging van het behoud van de verweermiddelen is eveneens in strijd met artikel VII.147/19 WER (en artikel VI.83, 31° WER). Artikel VII.210 bepaalt bovendien dat de verplichtingen van de consument van rechtswege beperkt zijn tot het opgenomen kredietbedrag wanneer de overdracht van de overeenkomst (of de overdracht of de indeplaatsstelling in de rechten voortvloeiend uit de kredietovereenkomst) gebeurd is zonder inachtneming van de in artikel VII.147/17 gestelde voorwaarden.

Een dergelijke contractuele afwijking van deze bepalingen ter bescherming van de consument is eveneens onrechtmatig in de zin van artikel I.8.22° WER.

- Kredieten met een onroerende bestemming

Clausules waarbij een onderneming zich het recht voorbehoudt om de overeenkomst over te dragen zijn onrechtmatig wanneer hierdoor de garanties voor de consument zonder diens instemming geringer kunnen worden (art. VI.83, 31° WER). Door in het algemeen te bedingen dat de kredietgever het recht heeft om de kredietopening en alle voorschotten geheel of gedeeltelijk over te dragen aan derden en deze derde geheel of gedeeltelijk in de rechten van de kredietgever te plaatsen, vallen de hier weergegeven clausules onder artikel VI.83, 31° WER. Minstens zou moeten bepaald worden dat een dergelijke overdracht niet tot gevolg zou hebben dat de garanties voor de consument verminderd zouden worden²¹³.

²¹³ Il faut réserver, sous réserve de leur constitutionnalité, l'application des articles 3bis, 3ter et 6 de la loi du 3 août 2012 relative à des mesures diverses pour faciliter la mobilisation de créances dans le secteur financier.

Wat het eerste voorbeeld betreft, heeft de techniek van de hypothecaire grosse onder meer tot gevolg dat de kredietnemer per definitie geen beroep meer kan doen op de excepties en verweermiddelen uit de gesloten kredietovereenkomst, en wordt de consument per definitie de mogelijkheid ontnomen om zijn verweermiddelen in te roepen. Een dergelijke bepaling is per definitie in strijd met artikel VI.83, , 31° WER. Een dergelijk beding strekt er bovendien toe de consument te verbieden de overeenkomst te ontbinden ingeval van foutieve niet-nakoming door de kredietgever (art. VI.83, 7° WER), de consument ervan te weerhouden de exceptie van niet-uitvoering in te roepen (art. VI.83, 9° WER), of hem compensatie te doen toepassen (art. VI.83, 16° WER).

De techniek van de hypothecaire grosse, die tot gevolg heeft dat de schuldvordering abstract wordt, waardoor de consument de excepties en verweermiddelen verbonden met de kredietovereenkomst niet kan inroepen, is in zekere zin verwant met de wisselbrief. Precies om de consument te beschermen tegen een dergelijke abstrahering van zijn betaalverbintenis, verbiedt artikel VI.39 het gebruik van de wisselbrief ten aanzien van de consument. Dit verbod geldt zonder enige beperking²¹⁴ voor hypothecair krediet sinds de hervorming ontstaan uit de wet van 22 april 2016 (art. VI.147/1 WER). Gelet op deze verwantschap met de wisselbrief, maakt het verbod om alle excepties en verweermiddelen in te roepen, zoals dit voortvloeit uit de techniek van de hypothecaire grosse, eveneens een onrechtmatig beding in de zin van de algemene norm uit (art. I.8.22° WER).

- *Overdracht in het kader van schuldinvordering: numerus clausus schadebedingen*

In het tweede voorbeeld behoudt de kredietgever zich het recht voor om de schuldvordering aan een derde over te dragen en legt ze de kosten van overdracht van de schuldvordering ten laste van de kredietnemer wanneer de overdracht het gevolg is van wanbetaling van de kredietnemer.

Deze clausule heeft in het bijzonder de hypothese op het oog van een overdracht van schuldvordering met het oog op een minnelijke invordering van de niet-betaalde schuld. Het verschuldigd stellen van een dergelijke kost, die niet voorzien is als vergoeding in de wettelijke bepalingen inzake hypothecair krediet, gaat in tegen het verbod van artikel VII.147/22, § 6 WER en dient bijgevolg als verboden en niet geschreven beschouwd te worden. Het vragen van een dergelijke kost is bovendien in strijd met artikel 3, § 2, vijfde streepje, en artikel 5, van de wet van 20 december betreffende de minnelijke invordering van schulden van de consument.

Aanbeveling nr. 15

Hypothecaire kredieten met een roerende bestemming kunnen krachtens de artikelen VII.147/17, VII.147/18, en VII.147/19 WER enkel worden overgedragen aan, of, na indeplaatsstelling verworven door een op grond van boek VII vergunninghoudende of geregistreeerde kredietgever of een andere in die bepaling opgesomde specifieke instelling (art. VII.147/17 WER). Clausules die de kredietgever op algemene wijze het recht toekennen om dergelijke kredieten over te dragen zijn bijgevolg reeds in strijd met artikel VII.147/17 WER, en een dergelijke algemeen bedongen mogelijkheid tot overdracht zonder waarborging van het behoud van de verweermiddelen is eveneens in strijd met artikel VII.147/19 WER (en artikel VI.83, 31° WER).

Wat clausules tot overdracht van de rechten uit de kaderovereenkomst inzake krediet bij hypothecaire kredieten met een onroerende bestemming betreft, zijn clausules waarbij een onderneming zich in het

²¹⁴ Comparez avec l'ancien article 20 de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire.

algemeen het recht voorbehoudt om de overeenkomst over te dragen onrechtmatig wanneer hierdoor de garanties voor de consument zonder diens instemming geringer worden (art. VI.83, 31° WER)²¹⁵.

Wat de bedongen mogelijkheid tot overdracht van krediet aan order door endossement van de grossen betreft, hebben dergelijke clausules tot gevolg dat de kredietnemer per definitie geen beroep meer kan doen op de excepties en verweermiddelen uit de gesloten kredietovereenkomst, en wordt de consument per definitie de mogelijkheid ontnomen om zijn verweermiddelen in te roepen. Een dergelijke bepaling is bijgevolg in strijd met artikel VI.83, 31° en VII.147/1 WER²¹⁶.

Clausules waarbij de kredietgever zich het recht voorbehoudt om bij wanbetaling de schuldvordering aan een derde over te dragen met het oog op een minnelijke invordering van de niet-betaalde schuld, en waarbij de kosten van overdracht van de schuldvordering ten laste van de kredietnemer worden, gaan in tegen het verbod van artikel VII.147/22, § 6 WER en zijn bovendien in strijd met artikel 3, § 2, vijfde streepje, en artikel 5 van de wet van 20 december 2002 betreffende de minnelijke invordering van schulden van de consument.

2.8 Uitwinning en uitvoerend beslag

- Voorbeeld

“Geen enkele betwisting zal de vervolgingen, eventueel ingesteld krachtens de grosse van de onderhavige akte die aan de kredietgever zal bezorgd worden door de ondergetekende notaris, daartoe door de partijen uitdrukkelijk aangezocht, kunnen tegenhouden of schorsen, waarbij het bestaan en het bedrag van de schuldvordering van de kredietgever onder andere en op een voldoende manier door het rekeningquittreksel worden gestaafd.”

- Analyse

Deze clausule is reeds hoger al gedeeltelijk besproken, bij de verduidelijking van wat de transparantieverplichting inhoudt²¹⁷.

Zoals hoger aangegeven, strijdt een dergelijke clausule vooreerst met de transparantievereiste: clausules die de indruk geven zelfs niet te kunnen genieten van de minimale wettelijke bescherming zijn een bijzonder zware vorm van onrechtmatige bedingen²¹⁸. Doordat de indruk gewekt wordt dat de consument geen enkel recht heeft en geen enkel verweermiddel kan inroepen bij de verwezenlijking van de hypotheek is deze clausule reeds in die mate in strijd met de transparantieverplichting dat ze onrechtmatig is. De consument heeft bijvoorbeeld het recht om verzet aan te tekenen tegen een beslag²¹⁹, onder meer om het bestaan van de uitvoerende titel en zijn actueel karakter te betwisten. De

²¹⁵ Il faut réserver, sous réserve de leur constitutionnalité, l'application des articles 3bis, 3ter et 6 de la loi du 3 août 2012 relative à des mesures diverses pour faciliter la mobilisation de créances dans le secteur financier.

²¹⁶ Il faut réserver, sous réserve de leur constitutionnalité, l'application des articles 3bis, 3ter et 6 de la loi du 3 août 2012 relative à des mesures diverses pour faciliter la mobilisation de créances dans le secteur financier.

²¹⁷ Voir Chapitre 1er, Section 2, c. Exigence de transparence (p. 8-9).

²¹⁸ Voir CCA 32, Avis relatif aux clauses visant, dans des contrats d'achat d'un terrain à bâtir, la construction par une entreprise déterminée (15 février 2012), p. 15.

²¹⁹ Ensuite, on peut faire remarquer que toute exécution ou saisie à laquelle il est procédé en vertu d'un jugement ou d'un autre acte authentique doit précéder, à peine de nullité, d'une tentative de conciliation devant le juge des saisies, qui doit être actée à la feuille d'audience. Art. VII.147/24, alinéa premier, CDE

consument moet ook het rekeninguittreksel kunnen betwisten aan de hand van andere elementen, hij moet ook het onrechtmatig karakter van één of andere clausule kunnen aanvechten²²⁰.

Ten tweede is een dergelijke clausule in strijd met artikel VI.83, 22° WER, van de zwarte lijst aangezien aan de consument te kennen gegeven wordt dat hij geen enkel middel van verhaal heeft tegen de onderneming in geval van betwisting.

De hierboven geciteerde clausule betreft meer fundamenteel de problematiek van de samenhang tussen de procedure ten gronde en de uitwinningsprocedure voor de beslagrechter. Waar er in Spanje toegelaten werd dat de twee procedures naast elkaar konden bestaan en klachten omtrent de gegrondheid van de vordering de uitwinningsprocedure niet konden tegenhouden of schorsen, moeten sinds het arrest Aziz van 14 maart 2013 van het Europese Hof van Justitie²²¹ de grondvragen met betrekking tot onrechtmatige bedingen gezamenlijk onderzocht worden in de uitwinningsprocedure om te zien of de consument een effectieve bescherming krachtens de door het Unierecht verleende rechten geniet (in casu de richtlijn 1993/13/EEG oneerlijke bedingen), om na te gaan of er een reëel evenwicht is dat de gelijkheid tussen de partijen herstelt.

Heeft de uitwinning van bijvoorbeeld het met hypotheek bezwaarde goed reeds vóór de burgerlijke of 'declaratoire' uitspraak plaatsgevonden (zoals dit het geval was in Spanje), en heeft de consument daardoor onherstelbare schade opgelopen, dan is er immers sprake van een inbreuk op de wettelijke bescherming van de consument, onder meer op basis van de richtlijn 1993/13 inzake oneerlijke bedingen. De consument moet bijgevolg ook in de uitwinningsprocedure gronden van bezwaar betreffende het onrechtmatige karakter van bedingen in de kredietakte kunnen opwerpen, die moeten kunnen leiden tot het nemen van voorlopige maatregelen zoals de schorsing van de uitwinningsprocedure wanneer dit noodzakelijk is ter waarborging van de rechten van de consument.

De beslagrechter moet dus eveneens ambtshalve nagaan of de vordering, voorwerp van de uitwinningsprocedure, geen onrechtmatige bedingen bevat. Om die reden zijn bedingen die de consument verbieden het onrechtmatig karakter van bepaalde clausules in de kredietakte op te werpen tijdens de uitwinningsprocedure, onrechtmatig krachtens artikel VI.83, 22° WER.

Aanbeveling nr. 16

Ook tijdens de uitwinningsprocedure moet de consument het onrechtmatig karakter van clausules in de kredietakte voor de beslagrechter kunnen opwerpen. Bedingen die de consument verbieden dergelijke betwistingen op te werpen tijdens de uitwinningsprocedure ontnemen de consument elk middel van verhaal tegen de kredietgever.

2.9 Schadebedingen

- Voorbeeld 1

“Tevens kan de Kredietgever, hierbij uitdrukkelijk gemachtigd door de kredietnemer, de schuldvordering ten laste van de kredietnemer overdragen aan een derde: de kosten in verband met de akte van

²²⁰ Cet élément a justement fait l'objet de plusieurs arrêts de la Cour européenne de Justice, dont l'arrêt: CJUE, 14 mars 2013, n° C-415/11, Aziz, ECLI:EU:C:2013:164.

²²¹ CJUE, (1ère chambre), affaire n° C-415/11, 14 mars 2013, Mohamed Aziz tg. Caixad'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), ECLI:EU:C:2013:164.

indeplaatsstelling en de hieraan verbonden in- en overschrijvingen vallen ten laste van de kredietnemer, wanneer de overdracht het gevolg is van de wanbetaling van de Kredietnemer.”

- Voorbeeld 2

De belastingen, van welke aard ook, die geheven worden of zouden worden op het opgenomen of geleende kapitaal of op de interesten die dit kapitaal voortbrengt, zijn uitsluitend ten laste van de kredietnemers. Zijn ten laste van de kredietnemers: de kosten, rechten en erelonen van deze akte en deze ter uitvoering ervan, deze van alle hypothecaire inschrijvingen en van vernieuwing, de kosten van opheffing en kwijting en deze van alle akten van aangifte van schuldvordering, de wettelijk getarifeerde kosten en erelonen met betrekking tot de procedures van beslag, alsook deze met betrekking tot de zending van aanmaningen en ingebrekestellingen door tussenkomst van een daartoe aangezochte Gerechtsdeurwaarder, al dan niet door de wet verplicht gesteld of krachtens de contractuele bepalingen, de wettelijk getarifeerde kosten van minnelijke of gedwongen invordering en bewaring, de wettelijk getarifeerde kosten van advocaten met uitsluiting van het gedeelte van hun erelonen en kosten dat niet zou gedekt zijn door de toegekende rechtsplegingvergoeding, de kosten van betekening, zijn ten laste van de kredietnemers. In geval van overlijden van de kredietnemers vallen de kosten van betekening aan hun erfgenamen overeenkomstig artikel 877 van het Burgerlijk Wetboek, ten laste van deze laatsten.

Onverminderd het in deze akte vastgelegde recht van toerekening, verbinden de kredietnemers er zich toe om binnen vijftien dagen na het verzoek daartoe aan de kredietgever alle sommen terug te betalen, die hij zou voorgesloten hebben, ondermeer voor verzekeringspremies, dossier- of schattingskosten, procedure- aanmaning en/of betekeningkosten, kosten van vernieuwing van de hypotheek binnen de wettelijke termijnen, kosten met betrekking tot bodemonderzoeken, gelijkvormigheidstelling en saneringsprocedures van in beslag genomen onroerende goederen die door specifieke federale of gewestelijke wetgeving verplicht zouden zijn.

*De kosten met betrekking tot de aangetekende zending waarvan sprake in het artikel ‘**OPEISBAARHEID VOOR TERMIJN**’ – verzonden door tussenkomst van een daartoe aangezochte*

Gerechtsdeurwaarder (wettelijk getarifeerde kosten) of door de kredietgever zelf (post kosten) - zullen ten laste van de kredietnemers gelegd worden.

Alleen de hierboven vermelde kosten en de reeds betaalde dossier- en/of schattingskosten mogen ten laste van de kredietnemers worden gelegd.

Evenmin mag een bezoldiging voor bemiddeling, onder welke benaming of vorm en voor wie dan ook bestemd, ten laste van de kredietnemers worden gelegd.

Indien een makelaar of andere tussenpersoon bemiddeld heeft bij de totstandkoming van het krediet mag hij rechtstreeks noch zijdelingse kosten ten laste van de aanvrager leggen.

Indien in de loop van het krediet de kredietnemers belangrijke wijzigingen aanvragen die schattings- en/of dossierkosten voor de kredietgever veroorzaken, dan worden die ten laste gelegd van de kredietnemers. Deze kosten worden vastgelegd op basis van het tarief in voege op het ogenblik van de aanvraag tot aanpassing.

Het betreft zonder limitatief te zijn: een hypotheekoverdracht, een gedeeltelijke opheffing-doorhaling van een hypothecaire waarborg, de bevrijding van de persoonlijke zekerheden, de aanpassing van de wijze van terugbetaling, de duurtijd, de rentevoet, de wijziging van de uitbetalingsmodaliteiten van de schijven gedurende de periode van het voorschot of van het krediet, de oppuntstelling van het dossier naar

aanleiding van een feitelijke scheiding of echtscheiding, de inbreng van het gehypothekeerde goed in een vennootschap, enz...

- Analyse

a) Omvang schadebedingen- *numerus clausus*

Zoals reeds hoger aan bod is gekomen, kunnen enkel de in boek VII van het Wetboek van Economisch Recht opgesomde kosten ten laste van de consument worden gelegd. Artikel VII.141, § 1, WER bepaalt in dit opzicht dat, behoudens de wettelijke kosten behorend bij de hypotheek en wat krachtens andere wettelijke of reglementaire bepalingen kan verschuldigd zijn, slechts kosten voor de schatting der in waarborg aangeboden goederen ten laste van de consument. Bij hypothecaire kredieten met een onroerende bestemming kan de kredietgever daarnaast ook dossierkosten vragen (artikel VI.141, § 2 WER). De Koning kan een methode bepalen tot vaststelling van maximale schattingskosten en dossierkosten en, in voorkomend geval, tot aanpassing van deze maxima²²².

Wat vervolgens de schadebedingen betreft, en in het bijzonder de vergoedingen die kunnen worden gevraagd bij betalingsachterstand van de consument of wegens niet-uitvoering door de consument van zijn verbintenissen en waardoor de kredietgever zich genoodzaakt ziet tot ontbinding van de overeenkomst over te gaan, moet rekening gehouden worden met artikel VII.147/22 WER voor wat hypothecaire kredieten met een roerende bestemming betreft, en artikel VII.147/23 WER voor de hypothecaire kredieten met onroerende bestemming.

Deze bepalingen sommen op exhaustieve wijze op welke bedragen kunnen gevorderd bij eenvoudige betalingsachterstand (art. VII.147/22, § 2, WER en art. VII.147/23, § 2, WER), of bij ontbinding van het hypothecair krediet (art. VII.147/22, § 1 WER, en art. VII.147/23, § 1, WER). Elke betaling gevraagd overeenkomstig deze paragrafen moet omstandig omschreven en verklaard worden in een document dat gratis aan de consument overhandigd wordt (art. VII.147/22, § 3, WER en art. VII.147/23, § 3, WER). § 4 van deze artikelen stelt uitdrukkelijk dat "Als verboden en niet geschreven wordt beschouwd, elk beding dat, ingeval de consument zijn verbintenissen niet uitvoert, straffen of schadevergoedingen oplegt waarin dit boek niet voorziet.

Toetsing

- Voorbeeld 1

In het eerste voorbeeld behoudt de kredietgever zich het recht voor de kredietovereenkomst over te dragen in geval van wanbetaling door de consument, en worden de kosten van die overdracht ten laste van de consument gelegd.

De artikelen VII.147/22 WER (kredieten met roerende bestemming) en VII.147/23 WER (kredieten met onroerende bestemming) sommen op exhaustieve wijze op welke bedragen kunnen worden gevorderd van de consument bij eenvoudige betalingsachterstand. De kosten voor overdracht aan een derde vallen daar niet onder, en kunnen bijgevolg niet op de consument worden verhaald.

²²² Art. VII.141, § 2, alinéa 2 CDE. Voir arrêté royal portant exécution des articles VII.141, § 2, alinéa 2, et VII.145, alinéas 6 et 7, du Code de droit économique en vue de la fixation des frais de dossiers maximaux pour un contrat de crédit hypothécaire avec une destination immobilière (B.S. 6 mars 2017).

- **Voorbeeld 2**

In het tweede voorbeeld worden op algemene wijze alle mogelijk verschuldigde kosten opgesomd, ongeacht uit welken hoofde die ook verschuldigd kunnen zijn.

Een dergelijke bepaling is vooreerst in strijd met het vereiste van duidelijkheid en begrijpelijkheid (artikel VI.37, §1, WER)²²³: het is de consument op basis van een dergelijke bepaling onmogelijk om op een overzichtelijke wijze een duidelijk beeld te hebben van de verschillende kosten en hun grond tot gehoudenheid.

In die opsommingen komen ook schadebedingen voor zoals onder meer blijkt uit de volgende bewoordingen: *“alsook deze met betrekking tot de zending van aanmaningen en ingebrekestellingen door tussenkomst van een daartoe aangezochte Gerechtsdeurwaarder, al dan niet door de wet verplicht gesteld of krachtens de contractuele bepalingen, de wettelijk getarifeerde kosten van minnelijke of gedwongen invordering en bewaring,…”*

Zoals in de analyse reeds is gesteld, geldt voor schadebedingen een ‘numerus clausus’ aan mogelijke schadebedingen. Kosten die niet uitdrukkelijk opgesomd zijn in artikel VII.147/22 (hypothecair krediet met roerende bestemming) of artikel VII.147/23 (hypothecair krediet met onroerende bestemming), worden als verboden en als niet geschreven beschouwd (art. VII.147/22, § 6 en art. VII.147/23, § 4 WER).

Kosten inzake minnelijke invordering door gerechtsdeurwaarders of advocaten kunnen hier dus niet contractueel ten laste van de consument worden gelegd. De term “wettelijk getarifeerde kosten van minnelijke invordering” is overigens fout en misleidt de consument: er bestaan geen wettelijk getarifeerde kosten van minnelijke invordering, en de activiteit van minnelijke invordering behoort niet tot de wettelijke opdracht van gerechtsdeurwaarders.

Wat de kosten van gerechtelijke invordering betreft, zijn deze wel ten laste van de debiteur binnen de perken van de dwingende regels van de artikel 1017 e.v. van het Gerechtelijk Wetboek.

b) Wederkerigheid

Zoals hoger reeds is besproken²²⁴, moeten de specifieke regelen inzake hypothecair krediet, en de meer algemene wetgeving inzake onrechtmatige bedingen samen toegepast worden indien ze niet in strijd zijn met elkaar.

Dit geldt met name voor de vereiste van wederkerigheid en gelijkwaardigheid van schadebedingen (art. VI.83, 17° WER). Die vereiste moet zo begrepen worden dat indien er in de overeenkomstschadebedingen zijn opgenomen die de vergoedingen voorzien verschuldigd door de consument die zijn verplichtingen niet nakomt, er ook schadebedingen voorzien moeten worden die in een gelijkwaardige vergoeding voorzien ten laste van de onderneming die in gebreke blijft. Wordt, met inachtnaam van artikel 1907 B.W. in een schadebeding voorzien voor niet-tijdige betaling vanwege de consument, dan dient hiertegenover een schadebeding te staan voor de hypothese van niet-tijdige terbeschikkingstelling van de geleende som door de kredietverstrekker²²⁵.

²²³ Voir déjà dans le même sens : C.C.A. 37 (PDF, 390.41 KB): Avis sur les contrats d'aide-ménagère des entreprises de titres-services (15 juillet 2015), p. 7; C.C.A. 38 (PDF, 487.46 KB): Avis sur les conditions générales des sites de réseaux sociaux (16 décembre 2015), p. 37-38.

²²⁴ Chapitre 1er, Section 1ère, p. 7 au-dessus.

²²⁵ Voir H. SWENNEN, “Hypothécaire kredieten en onrechtmatige bedingen in consumentencontracten” in C. BIQUET-MATHIEU en E. TERRY (eds.), *Hypothecair Krediet- Crédits hypothécaire*, Die Keure-la Charte, 2010, p. 450, nr. 18.

De meeste van de onderzochte contracten voorzien niet, of niet op een aan artikel VI.83, 17° WER conforme wijze, in een dergelijke wederkerigheids- en gelijkwaardigheidsvereiste.

- Voorbeeld

“De schadevergoedingen voorzien in deze overeenkomst zijn ook van toepassing op de kredietgever indien deze niet aan zijn verplichtingen voldoet met een maximumbedrag van de door de kredietnemer effectief geleden schade en enkel indien er een onmiddellijk verband is tussen de schade en de nalatigheid van de kredietgever.”

- Analyse

Er is in dit voorbeeld wel sprake van wederkerigheid: de consument heeft recht op dezelfde schadevergoedingen bij ‘niet nakoming’ door de kredietgever van zijn verplichtingen. Een juiste invulling van de wederkerigheid zou echter betekenen dat deze niet-nakoming in hoofde van de kredietgever duidelijker zou worden beschreven.

Waar nog kan geoordeeld worden dat aan de wederkerigheidsvereiste is voldaan, is echter niet voldaan aan de gelijkwaardigheidsvereiste. De door de kredietgever verschuldigde schadevergoeding wordt begrensd tot de effectief door de kredietnemer geleden schade. Daarenboven wordt de bijkomende eis gesteld dat er een onmiddellijk verband bestaat tussen de schade en de nalatigheid van de kredietgever.

Aanbeveling nr. 17

Schadebedingen moeten vooreerst duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd (artikel VI.37, § 1 WER). Dit houdt in dat ze dermate moeten geformuleerd zijn dat de consument weet wat hij kan verwachten en zijn contractuele rechten en plichten kan inschatten. Bedingen waarbij op algemene wijze allerlei mogelijk verschuldigde kosten worden opgesomd, ongeacht op welke basis deze verschuldigd zouden kunnen zijn, zijn in strijd met deze transparantievereiste.

De artikelen VII.147/22WER (kredieten met roerende bestemming) en VII.147/23WER (kredieten met onroerende bestemming) sommen op exhaustieve wijze op welke bedragen kunnen worden gevorderd van de consument bij wanbetaling. Kosten die niet uitdrukkelijk opgesomd zijn in artikel VII.147/22 (hypotheclair krediet met roerende bestemming) of artikel VII.147/23 (hypotheclair krediet met onroerende bestemming), worden als verboden en als niet geschreven beschouwd (art. VII.147/22, § 6 en art. VII.147/23, § 4 WER).

Kosten voor overdracht van het krediet aan een derde met het oog op minnelijke invordering vallen daar niet onder, en kunnen bijgevolg niet op de consument worden verhaald. Kosten inzake minnelijke invordering door gerechtsdeurwaarders of advocaten kunnen evenmin contractueel ten laste van de consument worden gelegd. De term “wettelijk getarifeerde kosten van minnelijke invordering” is overigens fout en misleidt de consument: er bestaan geen wettelijk getarifeerde kosten van minnelijke invordering, en de activiteit van minnelijke invordering behoort niet tot de wettelijke opdracht van gerechtsdeurwaarders.

Schadebedingen bij hypotheclair krediet dienen aan de wederkerigheids- en gelijkwaardigheidsvereiste van artikel VI.83, 17° WER te voldoen.

Dit houdt in dat indien er in de overeenkomst schadebedingen zijn opgenomen die de vergoedingen voorzien verschuldigd door de consument die zijn verplichtingen niet nakomt, er ook schadebedingen voorzien moeten worden die in een gelijkwaardige vergoeding voorzien ten laste van de onderneming die in gebreke blijft. Wordt, met inachtnaam van artikel 1907 B.W. in een schadebeding voorzien voor

niet-tijdige betaling vanwege de consument, dan dient hiertegenover een schadebeding te staan voor de hypothese van niet-tijdige terbeschikkingstelling van de geleende som door de kredietverstrekker.

2.10 Bevoegdheidsbedingen

- Voorbeeld

“...Behoudens de gevallen waarin de bevoegde rechtbanken worden aangeduid door dwingende wettelijke bepalingen, kan de Kredietgever, ongeacht of zij eiseres dan wel verweerster is, elk geschil, binnen de wettelijke beperkingen, voor de rechtbanken van Brussel of voor de rechtbanken van het rechtsgebied van de maatschappelijke zetel of van de werkelijke of gekozen woonplaats van de Kredietnemer, van de borg of van de derde-garant brengen of doen brengen.”

- Analyse

De clause zoals deze is geformuleerd is vooreerst in strijd met de transparantievereiste (art. VI.37, § 1, WER). De indruk wordt gewekt dat de kredietgever, ongeacht of ze als eiser of verweerder optreedt, altijd het recht heeft het geschil voor te leggen, hetzij voor de rechter van haar maatschappelijke zetel, hetzij voor de rechter van de woonplaats van de verweerder, tenzij dit verboden zou worden door dwingende wettelijke bepalingen.

Eén van deze dwingende bepalingen die bepalend is voor bevoegdheidsbedingen tussen ondernemingen en consumenten en waar dus ook bij de formulering van het beding rekening moet worden gehouden is artikel VI.83, 23° WER, dat bedingen verbiedt die ertoe strekken “een andere rechter aan te wijzen dan deze die is aangewezen door artikel 624, 1°, 2°, en 4° van het Gerechtelijk Wetboek...”

Deze bepaling komt er in essentie op neer dat bevoegdheidsbedingen die de eiser niet toelaten zijn vordering te brengen voor de rechter van de woonplaats van de verweerder of voor de rechter van de plaats waar de verbintenis waarover het geschil loopt, is ontstaan of waar zij wordt of moet worden uitgevoerd, in strijd zijn met artikel VI.83, 23° WER.

Doordat het bovenstaande beding zo geformuleerd is dat de indruk wordt gewekt (“behoudens dwingende bepalingen”) dat de kredietgever de vrijheid behoudt om geschillen voor de rechtbanken van haar maatschappelijke zetel te brengen waar dit niet in overeenstemming zou zijn met de opgesomde criteria van artikel 624, 1°, 2° en 4°, Ger. Wb., zijn dergelijke bedingen in strijd met artikel VI.83, 23° WER.

Waar artikel VI.83, 23° WER slechts een beperkte toetsing mogelijk maakt, wijst de Brc Onrechtmatige Bedingen daarentegen op de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie op basis van de algemene norm. Het Europese Hof van Justitie heeft reeds sinds lange tijd benadrukt dat het waarborgen van een effectieve toegang tot de rechter een essentieel punt is voor de bescherming van de consument²²⁶. De Brc Onrechtmatige Bedingen verwijst in dit opzicht naar een vroeger advies met betrekking tot bevoegdheidsbedingen²²⁷.

²²⁶ Voir en rapport avec les clauses attributives de juridiction surtout les arrêts suivants de la CJUE. Il y a surtout l'arrêt Océano Grupo, CJUE 27 juin 2000, C-240/98 à C-244/98, Océano Grupo, Jurispr., I-04941. Voir également CJUE 4 juin 2009, Pannon GSM, C-243/08, Jurispr., 2009, I-04713 ; CJUE 9 novembre 2010, PénczyiLizing, C-137/08, Jurispr., 2010, I-10847.

²²⁷ CCA 31, 22 juin 2011, Avis sur la proposition de loi n° 53/0831 portant réglementation de la compétence territoriale dans les litiges concernant les contrats avec des consommateurs, en particulier p. 9-10, à consulter via le lien suivant :

Het Hof heeft altijd op basis van de algemene norm een beoordeling in concreto, rekening houdend met de omstandigheden van de zaak, voorgestaan.

Aangezien het in overeenkomsten inzake hypothecair krediet gaat om een belangrijke financiële inzet, en in veel gevallen het krediet de woning van de consument betreft, zal bij de aanduiding van de bevoegde rechter en bij bedingen inzake de bevoegde rechter des te meer rekening moeten worden gehouden met een - ook territoriaal - gemakkelijke toegang tot de rechter voor de consument.

Aanbeveling nr. 18

Het waarborgen van een effectieve toegang tot de rechter is een essentiële vereiste bij consumentengeschillen. Een duidelijke weergave van de overeenkomstig artikel VI.83, 23° WER bevoegde rechter is dan ook een eerste essentiële vereiste inzake transparantie.

Gezien de belangrijke financiële inzet en de omstandigheid dat het krediet in veel gevallen de woning van de consument betreft, zal bij bevoegdheidsbedingen bij hypothecair krediet niet enkel met de aansluitingscriteria van artikel VI.83, 23° WER rekening gehouden moeten worden, maar zal teneinde een effectieve toegang tot de rechter te waarborgen in veel gevallen minstens de rechter van de woonplaats van de consument of, in geval van een krediet tot financiering van de woning of waar de hypotheek de woning betreft, de rechter van de plaats waar dit onroerend goed gelegen is bevoegd moeten kunnen zijn.

Deel II: Aanbevelingen clausules hypothecair krediet

Aanbeveling nr. 1: Kaderovereenkomst inzake krediet

De brc voor Onrechtmatige Bedingen beveelt vooreerst aan dat de consument duidelijk geïnformeerd wordt over de omstandigheid dat hij in de regel een kaderovereenkomst inzake krediet aangaat, waarin het hypothecair krediet dat hij wenst aan te gaan, wordt opgenomen.

Wordt een hypothecair krediet opgenomen in een kaderovereenkomst, dan volgt uit de transparantievereiste immers dat de consument, die normaliter verwacht een specifiek hypothecair krediet voor een bepaalde termijn onder bepaalde voorwaarden aan te gaan, uitdrukkelijk in kennis gesteld moet worden van de omstandigheid dat hij een kaderovereenkomst van onbepaalde duur sluit waarin de gestelde zekerheden zijn opgenomen, en waarin de overeenkomst inzake hypothecair krediet is opgenomen. De kredietgever moet daarbij de voordelen en nadelen van een dergelijke combinatie kaderovereenkomst- kredietopening nader toelichten. Het is voor de consument immers van wezenlijk belang dat hij, vóór en bij de sluiting van een overeenkomst, kennisneemt van alle contractvoorwaarden en de gevolgen die aan die sluiting zijn verbonden. Met name op basis van die informatie zal hij beslissen of hij gebonden wenst te zijn door de voorwaarden die de kredietgever tevoren heeft vastgelegd. Het beroep op de term “kredietopening” mag niet tot verwarring leiden.

De zekerheidsstelling door een derde die wordt opgenomen in de kaderovereenkomst heeft tot gevolg dat deze derde niet enkel zekerheid stelt voor de overeenkomst inzake hypothecair krediet, maar ook, onder voorbehoud van de vereiste van voorzienbaarheid, voor iedere ander krediet die in de kaderovereenkomst zou worden opgenomen. Er is ook sprake van zekerheidsstelling door een derde indien schuldenaars die gezamenlijk een hypothecair krediet hebben aangesloten krachtens de kaderovereenkomst eveneens aansprakelijk gesteld worden voor individuele schulden van de medeschuldenaar.

Bedingen in de kaderovereenkomst die de zekerheidsstelling door een derde uitbreiden tot kredieten waarvoor hij zich niet uitdrukkelijk toe verbond, zijn – onafgezien van de omstandigheid dat een dergelijke derde-zekerheidsstelling reeds strijdig kan zijn met de specifieke regelen voor de betrokken zekerheidsstelling- in principe onrechtmatig krachtens de algemene norm (art. 1.8.22° WER). Zij zijn bovendien ook in strijd met artikel VII.147/26 WER, bij afwezigheid van overhandiging aan de derde-zekerheidssteller, vóór zijn toestemming, van een exemplaar van de kredietovereenkomsten die gewaarborgd worden door de zekerheid die hij overeengekomen is.

Met betrekking tot de zekerheidsstelling door een derde stellen de vertegenwoordigers van de ondernemingen evenwel voor om contractueel te voorzien dat bij elke heropname het voorafgaand akkoord van de derde-waarborgsteller vereist is. De brc Onrechtmatige Bedingen is van mening dat deze werkwijze, beoordeeld op basis van de bepalingen van Boek VI WER geen onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van de partijen ten nadele van de consument in de mate de consument met kennis van zaken en met volledige keuzevrijheid in kan gaan op een nieuwe zekerheidsstelling.

De brc Onrechtmatige Bedingen merkt op dat een dergelijk voorstel ook zou dienen onderzocht te worden vanuit de geldigheid in het hypotheekrecht, in het bijzonder de vereiste van het naleven van de authentieke vorm zoals deze volgt uit artikel 76 van de hypotheekwet, en vanuit de geldigheid op basis

van de bepalingen van Boek VII, in het bijzonder artikel VII. 147/26 WER. Het behoort evenwel niet aan de brc Onrechtmatige Bedingen om hierover in de één of andere zin een standpunt in te nemen.

Aanbeveling nr. 2: Verdere gevolgen verbonden aan de kaderovereenkomst

Indien de consument met kennis van zaken een kaderovereenkomst van onbepaalde duur aangaat waarin zijn hypothecair krediet wordt opgenomen, dan creëert een dergelijke overeenkomst zowel verbintenissen in hoofde van de consument als van de kredietgever. Enerzijds is de kredietgever gehouden tot duidelijkheid omtrent de voorwaarden inzake eventuele andere kredietopnames in het raam van de kaderovereenkomst en kan hij niet in het algemeen stellen tot geen enkele rechtvaardiging gehouden te zijn in geval van weigering van een bepaalde kredietopname. Gaat een consument met kennis van zaken een kaderovereenkomst voor onbepaalde duur aan, dan vereist het evenwicht in de contractuele rechten en plichten dat daartegenover een redelijke opzegtermijn gesteld wordt voor beide partijen die duidelijk vermeld moet worden. De brc Onrechtmatige Bedingen stemt ermee in dat een dergelijke redelijke opzegtermijn één maand kan bedragen.

Wat de in de kaderovereenkomst van onbepaalde duur opgenomen zekerheidsstellingen betreft die in de regel werden onderhandeld met het oog op de toekenning van de hypothecaire kredietovereenkomst, kunnen clausules die de beschikkingsbevoegdheid van de in zekerheid gegeven goederen in verregaande mate beperken, niet voor onbepaalde duur gelden, zonder dat er enige band zou zijn met een specifiek overeengekomen krediet.

Aanbeveling nr. 3: Informatieverstrekking omtrent de contractuele voorwaarden en kennisname- en aanvaardingsbedingen

Het behoort aan de kredietgever om, voordat de consument gebonden is door de overeenkomst, deze laatste niet alleen de nodige bij wet vereiste informatie te verstrekken omtrent de kredietovereenkomst, maar ook in kennis te stellen van de toepasselijke contractvoorwaarden. De consument moet immers, op basis van deze verstrekte informatie, op toereikende wijze zowel de juridische als de economische omvang van zijn contractuele verplichtingen kunnen inschatten.

De bewijslast met betrekking tot het verstrekken van deze precontractuele informatieverplichting en het verstrekken van de nodige contractuele documenten berust eveneens op de kredietgever en kan niet worden omgekeerd.

Standaardbedingen waarin de consument erkent de vereiste informatie te hebben ontvangen en er kennis van te hebben genomen mogen hierbij slechts een aanwijzing vormen die door de kredietgever weliswaar verder moet worden gestaafd aan de hand van één of meerdere relevante bewijzen.

Anderzijds moet de kredietgever nog altijd met redelijke middelen kunnen bewijzen dat hij aan zijn informatieverplichting heeft voldaan. De kredietgever mag dit zelf naar best vermogen kunnen organiseren.

Dit kan gebeuren door het ondertekenen voor ontvangst van bepaalde documenten, in de kredietovereenkomst of desnoods in een apart document. Hierbij mag ook rekening gehouden worden met het steeds toenemende gebruik van online-toepassingen waarbij consumenten de informatie via het internet of email wensen te ontvangen, indien ondubbelzinnig blijkt dat dit eveneens de wens is van de consument.

Een andere aanvaardbare werkwijze bestaat erin dat de consument een “tickbox” invult, waarbij hij eigenhandig afvinkt welke documenten hij ontvangen heeft en aangeeft dat hij de nodige toelichting gekregen heeft over de essentiële elementen zoals het ESIS, het kredietcontract, de schuldsaldoverzekering, de brandverzekering.

Daarnaast blijft het mogelijk dat de consument zou verklaren dat hij documenten heeft ontvangen of van de algemene voorwaarden kennis kon nemen, indien dit redelijkerwijze overeenstemt met de feitelijke gang van zaken²²⁸ welke inhoudt dat de consument (1) gewezen werd op de toepasselijke contractvoorwaarden en vóórdat hij gebonden werd door de kredietovereenkomst (2) effectief kennis kon nemen van alle door de kredietgever van toepassing verklaarde voorwaarden en (3) deze met kennis van zaken aanvaardde.

Een dergelijke verklaring van kennisname- en aanvaarding dient dan wel duidelijk en prominent bij de wilsuiting van de consument (zijn handtekening) te worden vermeld, opdat er redelijkerwijze kan worden aangenomen dat deze contractuele verklaring met de werkelijke gang van zaken overeenstemt.

Wat de vaststelling via een beding in de authentieke akte dat de notaris zijn bijstandsplicht vervuld heeft, strekt dit er enkel toe te verduidelijken dat de notaris de authentieke akte met de daarin voorkomende clausules nader toegelicht heeft. De bewoording “ne varietur” duidt er in dat opzicht enkel op dat de notaris vaststelt dat het geschrift met bijlage, zoals dit ondertekend zal worden, een weergave vormt van de wil van beide partijen, en als zodanig ter ondertekening voorgelegd wordt aan de partijen.

De brc Onrechtmatige Bedingen is evenwel van oordeel dat de gemiddelde consument de draagwijdte van het begrip “ne varietur” waarschijnlijk niet kan inschatten, en beveelt daarom aan dit begrip te vervangen door een begrijpelijker formulering, zodat de consument preciezer kan inschatten welke de draagwijdte is van een dergelijke bewoording.

Aanbeveling nr. 4: Bepaalde contractuele erkenningen

Bedingen waarbij de consument bepaalde feiten erkent, kunnen niet tot gevolg hebben dat de bewijslast wordt omgekeerd omtrent het naleven van bepaalde verplichtingen in hoofde van de kredietverlener.

Zo is de consument er inderdaad toe gehouden aan de kredietgever passende informatie te verstrekken over zijn financiële situatie, maar kan een clause die de consument laat erkennen dat hij geen andere kredieten heeft aangegaan de kredietgever niet ontslaan van zijn onderzoeksplicht naar de kredietwaardigheid indien daar grond toe bestaat. De overeenkomst in zijn geheel genomen mag hierover geen onduidelijkheid creëren.

Zo dient een beding de consument eerder te wijzen op het wettelijke verbod voor kredietbemiddelaars om enige vergoeding te ontvangen voor zijn tussenkomst, dan dat het zo geformuleerd wordt dat de consument erkent geen vergoeding aan de kredietbemiddelaars betaald te hebben.

Bedingen waarbij de consument erkent bepaalde vereiste documenten te hebben ontvangen, kunnen tenslotte niet het enige element vormen waarop de kredietgever zich steunt om de overdracht van die documenten te bewijzen.

Aanbeveling nr. 5: Toestemming tot schatting en tot periodieke herschatting

²²⁸ Voir à ce sujet déjà CCA 23, Avis sur les conditions générales dans les contrats entre vidéothèques et consommateurs (19 décembre 2007), p. 5.

Artikel VII.141, § 1, tweede lid WER bepaalt dat de schatting van de in waarborg gegeven goederen slechts kan geschieden mits toestemming van de consument. Teneinde een vrije en specifieke toestemming te waarborgen is hiertoe een uitdrukkelijke toestemming vereist, en volstaat een standaardbeding waarbij de consument verklaart toestemming te hebben gegeven, niet.

Het gaat hierbij om een schatter die is aangesteld of minstens is erkend door de kredietverlener. De kredietverlener mag bijgevolg haar aansprakelijkheid niet uitsluiten voor opzet of grove schuld door deze erkende schatter (art. VI.83, 13° en VI.83, 30° WER).

Deze schatting heeft normaliter tot doel een objectieve raming te maken van de in waarborg gegeven goederen ten tijde van het aangaan van het hypothecair krediet. Bovendien moeten die schattingskosten meegedeeld worden in het standaard informatiedocument omtrent het hypothecair krediet, en opgenomen worden in het Jaarlijks Kosten Percentage. Bedingen waarbij de kredietgever zich het recht voorbehoudt om in de loop van de hypothecaire kredietovereenkomst, wanneer zij dit nodig acht, een schatting te laten uitvoeren en waarbij de kosten worden aangerekend aan de consument zijn, naast het feit dat ze strijdig kunnen bevonden worden met de specifieke bepalingen van boek VII, onrechtmatig (onder meer door hun discretionair karakter zijn ze in strijd met art. VI.83, 6° WER).

Artikel VII.141 WER legt tenslotte limitatief vast welke kosten kunnen aangerekend aan de consument. Bedingen die alle kosten die zouden voortvloeien uit de kredietovereenkomst of eraan verbonden documenten uitsluitend ten laste leggen van de consument, miskennen dit wettelijk voorschrift en zijn bijgevolg eveneens onrechtmatig (artikel I.8.22° WER).

Aanbeveling nr. 6: Enkele contractuele erkenningen tot afstand van bepaalde wettelijke bepalingen

Er kan afgeweken worden van bepalingen van suppletief recht, voor zover dit geen kennelijke benadeling van de rechten van de consument tot gevolg heeft. Het loutere gegeven af te wijken van bepalingen van suppletief recht betekent dus niet dat er automatisch een onaanvaardbaar onevenwicht ten nadele van de consument wordt geschapen. Zo niet zou de facto een dwingend karakter aan bepalingen van suppletief recht worden verleend.

Eerder dan contractueel te bepalen dat de consument verklaart uitdrukkelijk afstand te doen van zijn recht om te bepalen welke schulden hij eerst wil voldoen (art. 1253 B.W.), beveelt de brc Onrechtmatige Bedingen aan om objectieve toerekeningscriteria in de kredietovereenkomst op te nemen.

Aanbeveling nr. 7: Domiciliëring

Indien de kredietgever een mandaat tot domiciliëring wil verkrijgen van de consument, dan is hiervoor een uitdrukkelijke instemming van de consument nodig, en dient dit mandaat uitdrukkelijk te verwijzen naar de onderliggende overeenkomst met een duidelijke vaststelling van de draagwijdte van de gedomicilieerde schuldvordering met betrekking tot de aard, de vervalltermijn en zo mogelijk het juiste bedrag. Een dergelijke domiciliëring is maar rechtsgeldig indien de consument voorafgaandelijk in kennis gesteld werd van de onderliggende overeenkomst. Een domiciliëringsopdracht moet afzonderlijk ondertekend worden. Tenslotte bepaalt de wet dat een domiciliëringsopdracht ten allen tijde kan worden opgezegd.

Bedingen die deze minimale wettelijke principes niet in acht nemen of beperken, kunnen als onrechtmatig worden beschouwd in de zin van de algemene norm (art. I.8.22° WER).

Aanbeveling nr. 8: Waarborg alle schulden

1. Geldigheid van de “waarborg voor alle schulden”

Bedingen waarbij de kredietgever zich het recht toekent om de in de kaderovereenkomst gestelde waarborgen als zekerheid te laten gelden voor alle huidige en toekomstige bedragen die de kredietnemer aan de kredietgever zou verschuldigd zijn, zijn toegelaten in zoverre deze kaderovereenkomst het mogelijk maakt de schuldvorderingen te bepalen (de “voorzienbaarheidsvereiste”) en indien in het concrete geval de betrokken schuldvorderingen werkelijk die zijn welke de partijen wilden waarborgen (wilsovereenstemming).

Er moet dus minstens een objectief kader worden bepaald waarbinnen de schuldvorderingen gedekt zijn door de zekerheid. Daarnaast volgt onder meer uit de vereiste van goede trouw dat enkel die schuldvorderingen die door de zekerheidsgever redelijkerwijze konden worden voorzien bij het sluiten van de kredietovereenkomst, onder deze waarborg alle schulden vallen.

2. Transparantievereiste

In de algemene informatie, in het “ESIS”-formulier²²⁹ en in het kredietaanbod moet verduidelijkt worden dat de gegeven waarborgen of zekerheden ook verstrekt worden voor alle schulden buiten de specifieke kredietovereenkomst om.

Clausules inzake waarborgen alle schulden hebben immers verstrekkende gevolgen voor de gemiddelde consument: iedere schuld die hij in de toekomst zou hebben ten aanzien van de kredietgever, wordt naar aanleiding van een hypothecaire kredietovereenkomst, gedekt door de in dat kader verstrekte waarborgen. Gezien deze verstrekkende gevolgen volgt uit de transparantievereiste dat de consument kennis moet kunnen nemen van deze clause en haar wezenlijke gevolgen met kennis van zaken moet kunnen inschatten.

3. Inhoudelijke toetsing van het onrechtmatig karakter

Op voorwaarde dat de kredietnemer met kennis van zaken instemt met de clause inzake “waarborg alle schulden”, benadeelt een dergelijk beding op zich de rechten van de consument niet kennelijk, gezien hij sowieso persoonlijk gehouden is om zijn eigen verbintenissen na te komen. Wel moet deze clause een objectief referentiekader bevatten, en mogen enkel de schulden die in de lijn liggen van de gesloten kaderovereenkomst inzake krediet door de gestelde zekerheden gewaarborgd worden.

Daarentegen kan de “waarborg alle schulden” niet uitgebreid worden tot derde-zekerheidsverstrekkers. In dat geval bedingt de kredietgever immers de gehoudenheid van een derde-garant tot schulden waartoe deze niet persoonlijk verbonden is en verkrijgt de kredietgever bijgevolg een bijkomende verhaalsmogelijkheid op het vermogen of op een goed van de derde die hij zonder de zekerheid niet zou hebben.. Zoals bij de bespreking van de specifieke zekerheden naar voor zal komen, dient bij de waarborg of zekerheid door een derde bovendien rekening gehouden te worden met artikel VII.147/26 WER, dat oplegt om aan de derde-zekerheidsteller, voorafgaand aan zijn toestemming, een exemplaar van de kredietovereenkomsten te overhandigen gewaarborgd door de zekerheid die hij overeenkomt.

Indien, conform de aanbeveling 4.3., echter de derde-zekerheidsverstrekker telkens zijn uitdrukkelijk akkoord moet geven met het waarborgen van nieuwe kredieten en hierbij de volledige keuzevrijheid heeft,

²²⁹ La Partie B comportant les instructions pour compléter l'ESIS énonce en sa section 3, sous le n° 9 : « Lorsque le prêt est garanti par une hypothèque sur le bien immobilier, par une autre sûreté comparable ou par un droit lié à un bien immobilier, le prêteur attire l'attention du consommateur sur ce fait ».

kan de brc Onrechtmatige Bedingen ermee instemmen dat er geen sprake meer is van “waarborg alle schulden”.

4. Specifieke beperkingen

4.1. Loonoverdracht

Clausules inzake loonoverdracht dienen te gebeuren bij een onderscheiden akte, waarbij de specifiek gewaarborgde verbintenis wordt vermeld in de akte van loonoverdracht. Een loonoverdracht “alle schulden” is dus wettelijk verboden.

4.2. Kosteloze borgtocht

Een kosteloze borgtocht alle schulden is niet verzoenbaar met het bepaalde in artikel 2043quinquies B.W.

4.3. Zekerheidsstelling door derden

Uit artikel VII.147/26, § 1, WER, volgt dat de zekerheidsstelling door een derde enkel betrekking kan hebben op de kredietovereenkomst waarvoor die derde zekerheid verleent, en niet uitgebreid kan worden tot alle schulden die de kredietnemer aan de kredietgever verschuldigd is of zou kunnen zijn. Het verbod dat uit artikel VII.147/26, § 1, voortvloeit, geldt eveneens voor de zekerheidsstelling als waarborg opgenomen in de kaderovereenkomst en alle kredieten die daarin zouden opgenomen zijn. Met betrekking tot de zekerheidsstelling door een derde stellen de vertegenwoordigers van de ondernemingen voor om contractueel te voorzien dat bij elke heropname het voorafgaand akkoord van de derde-waarborgsteller vereist is²³⁰.

De brc Onrechtmatige Bedingen is van mening dat deze werkwijze, beoordeeld op basis van de bepalingen van Boek VI WER, transparant is en geen onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van de partijen ten nadele van de consument in de mate de derde-consument met kennis van zaken en met volledige keuzevrijheid ingaat op een nieuwe zekerheidsstelling.

De brc Onrechtmatige Bedingen merkt op dat een dergelijk voorstel ook zou dienen onderzocht te worden vanuit de geldigheid in het hypotheekrecht, in het bijzonder de vereiste van het naleven van de authentieke vorm zoals deze volgt uit artikel 76 van de hypotheekwet, en vanuit de geldigheid op basis van de bepalingen van Boek VII, in het bijzonder artikel VII. 147/26 WER. Het behoort evenwel niet aan de brc Onrechtmatige Bedingen om hierover in de één of andere zin een standpunt in te nemen.

Aanbeveling nr. 9: Hypotheek alle schulden

Gelet op de economisch verregaande impact van een hypotheek die ten belope van een bepaald bedrag bedongen wordt tot waarborging van alle schulden die de consument die een hypothecair krediet afsluit en dus niet enkel tot waarborging van het overeengekomen hypothecaire krediet, dient een clause inzake “hypotheek alle schulden” duidelijk onder de aandacht van de consument worden gebracht in een

²³⁰ Le consentement de l'emprunteur est également demandé lors de chaque reprise d'encours.

afzonderlijke clause, zodat deze de wezenlijke gevolgen van een dergelijke zekerheidsstelling juist kan inschatten.

Uit de persoonlijke gehoudenheid met heel zijn vermogen voor alle verbintenissen die een schuldenaar heeft aangegaan, volgt dat een hypotheek alle schulden door de kredietnemer zelf overeengekomen, voor alle schulden van die kredietnemer op zich niet onrechtmatig is en de rechten van de consument om die reden niet kennelijk benadeelt. Iedere schuldenaar heeft trouwens de controle over de door hem aangegane schulden. Anderzijds heeft de hypotheekstelling een verregaande mate van onbeschikbaarheid van het onroerend goed tot gevolg. Wel moet deze clause een objectief referentiekader bevatten, en mogen enkel de schulden die in de lijn liggen van de gesloten kaderovereenkomst inzake krediet door de gestelde zekerheden gewaarborgd worden.

Daarentegen kan de “hypotheek alle schulden” niet gelden voor derden-zekerheidsverstrekkers. In dat geval bedingt de kredietgever immers de gehoudenheid van een derde-garant tot schulden waartoe deze niet persoonlijk verbonden is en verkrijgt de kredietgever bijgevolg een bijkomende verhaalsmogelijkheid op een onroerend goed van een derde dat hij zonder de zekerheid niet zou hebben. Een dergelijke derde-zekerheidsstelling is voor wat overeenkomsten inzake hypothecair krediet betreft in strijd met artikel VII.147/26 WER, bij afwezigheid van overhandiging aan de derde-zekerheidssteller, vóór zijn toestemming, van een exemplaar van de kredietovereenkomst(en) gewaarborgd door de zekerheid die hij overeenkomt.

Er is niet enkel sprake van derde-zekerheidsstelling indien een persoon die vreemd is aan het afgesloten krediet een hypotheek verleent, maar ook indien bij pluraliteit van kredietnemers bedongen wordt dat de ondertekenende kredietnemers eveneens zekerheid verlenen voor schulden waaraan zij vreemd zijn, bijvoorbeeld indien het beding tot gevolg zou hebben dat kredietnemers bij een krediet dat gezamenlijk aangegaan is, ook met de hypotheek dienen in te staan voor de persoonlijke schulden door de andere kredietnemer afzonderlijk aangegaan. Ook in die gevallen is een “hypotheek alle schulden” in strijd met artikel VII.147/26 WER en in strijd met de algemene norm.

Wat het verbod van het uitbreiden van de derde-zekerheidsstelling betreft tot andere schulden dan het afgesloten krediet, stellen de vertegenwoordigers van de ondernemingen voor om contractueel te voorzien dat bij elke heropname het voorafgaand akkoord van de derde-waarborgsteller vereist is²³¹.

De brc Onrechtmatige Bedingen is van mening dat deze werkwijze, beoordeeld op basis van de bepalingen van Boek VI WER, transparant is en geen onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van de partijen ten nadele van de consument in de mate de consument met kennis van zaken en met volledige keuzevrijheid ingaat op een nieuwe zekerheidsstelling.

De brc merkt op dat een dergelijk voorstel ook zou dienen onderzocht te worden vanuit de geldigheid in het hypotheekrecht, in het bijzonder de vereiste van het naleven van de authentieke vorm zoals deze volgt uit artikel 76 van de hypotheekwet, en vanuit de geldigheid op basis van de bepalingen van Boek VII, in het bijzonder artikel VII. 147/26 WER. Het behoort evenwel niet aan de brc Onrechtmatige Bedingen om hierover in de één of andere zin een standpunt in te nemen.

Indien tenslotte bedongen wordt dat de consument een hypotheek verleent voor onbepaalde duur, dan moet in de clause duidelijk naar voor komen dat de consument deze hypotheek overeenkomstig artikel 81bis van de hypotheekwet steeds kan opzeggen met inachtneming van een opzegtermijn van minstens

²³¹ En tout état de cause, l'accord du crédit avec les conditions et les sûretés est requis lors de chaque reprise d'encours.

drie maanden en maximum zes maanden. De gevolgen van deze opzeg dienen eveneens te worden verduidelijkt.

Aanbeveling nr. 10: Hypothecair mandaat

Een hypothecair mandaat waarbij een schuldenaar of een derde een persoon die van de kredietverlener afhangt machtigt om op welbepaalde aan die schuldenaar toebehorende onroerende goederen voor een bepaald bedrag en een bepaalde schuld een hypotheek te vestigen wanneer de kredietverlener erom verzoekt heeft een verregaande economische impact voor de consument.

Een dergelijk beding dient afzonderlijk opgenomen te worden en op duidelijke en begrijpelijke wijze te worden geformuleerd zodat de consument met kennis van zaken de wezenlijke gevolgen die er voor hem uit voortvloeien kan inschatten. Een dergelijk mandaat dient ook los van andere contractuele regelingen die er weliswaar mee samenhangen te worden bedongen.

Het mandaat machtigt de lasthebber om de hypotheek te vestigen op verzoek van de kredietgever, begunstigde van het mandaat. De kredietgever beschikt over de bevoegdheid om een hypotheek op discretionaire wijze te vestigen. Minstens dienen de omstandigheden die een dergelijke uitoefening van het mandaat kunnen rechtvaardigen, zoals een herhaaldelijke niet-betaling of een vermindering van de toegekende zekerheden, aangeduid te worden.

Teneinde de rechten van de consument niet kennelijk te bezwaren, dienen bovendien de volgende minimale vereisten in acht genomen worden:

(1) qua zekerheidsstelling kan de volmacht enkel betrekking hebben op uitdrukkelijk beschreven goederen, en kan deze niet uitgebreid worden tot alle onroerende goederen of zakelijke rechten waarvan de lastgevers eigenaar zijn of in de toekomst zullen worden.

De brc Onrechtmatige Bedingen stemt er evenwel mee in dat, onder voorbehoud van overeenstemming met artikel 78 Hypotheekwet, een hypothecair mandaat voor toekomstige goederen kan verleend worden bij het zich voordoen van objectieve omstandigheden die dit kunnen rechtvaardigen welke duidelijk in de betrokken clause moeten naar voor komen, namelijk wanneer de uitdrukkelijk beschreven onroerende goederen of zakelijke rechten waarop een mandaat is gevestigd worden vervreemd of verloren gaan, of bij waardevermindering van dit onroerend goed.

(2) qua voorwerp of oorzaak ("hypothecair mandaat alle schulden") wordt opnieuw gewezen op de vereiste van de bepaalbaarheid ('voorzienbaarheid') en de wilsovereenstemming:

- (i) Maakt de overeenkomst waarbij de zekerheid is gevestigd, het mogelijk om de schuldvorderingen te bepalen ('bepaalbaarheidsvereiste' geïnterpreteerd als 'voorzienbaarheidsvereiste') en
- (ii) zijn, blijkens de gegevens van de zaak, de schuldvorderingen werkelijk diegene welke de partijen hadden willen waarborgen."

Uit het verbod van partijbeslissing en uit het vereiste van de goede trouw dat inherent is aan een toetsing op basis van de algemene norm volgt bovendien dat deze clause een objectief referentiekader moet bevatten. Ook mogen enkel de schulden die in de lijn liggen van de gesloten kaderovereenkomst inzake krediet door de gestelde zekerheden gewaarborgd worden.

(3) mandaat enkel tot beloop van een bepaalde som

Het is een essentiële vereiste dat de bedragen die door de hypothecaire volmacht worden gewaarborgd duidelijk aangegeven moeten zijn. Meestal wordt bedongen dat de volmacht onherroepelijk en

onvoorwaardelijk is. De brc Onrechtmatige Bedingen is van mening dat een onherroepelijke en onvoorwaardelijke volmacht een kennelijk onevenwicht creëert tussen de rechten en de plichten van beide partijen in het nadeel van de consument. Dit heeft immers tot gevolg dat de consument geen verweermiddelen heeft noch gewettigde redenen kan invoeren in omstandigheden waarin de kredietgever-begunstigde zijn verbintenis(sen) niet nakomt.

Een hypothecaire volmacht die verleend wordt voor een onbepaalde termijn of voor een bijzonder lange termijn die niet overeenstemt met het aangegane krediet miskent vervolgens het recht van de consument om niet voor een onbepaalde of onredelijk lange termijn verbonden te zijn zonder redelijke opzegtermijn. De consument moet in die gevallen het mandaat steeds kunnen herroepen met inachtneming van een opzegtermijn van minstens drie maanden en maximum zes maanden (artikel 81bis van de hypotheekwet per analogie).

Naast een lastgeving tot vestiging van een hypotheek, behouden de kredietverleners zich in de onderzochte clausules nog bijkomende rechten toe.

Wat de bevoegdheid betreft die de kredietverleners zich toe-eigenen om bij het uitoefenen van de volmacht "af te wijken van alle formaliteiten en beperkingen wanneer de wet dat toelaat", merkt de brc Onrechtmatige bedingen op dat dergelijke clausules er enkel kunnen toe strekken wat als een redelijke uitoefening van het volmacht kan beschouwd worden te regelen. Indien bepaalde afwijkingen van wettelijke regelingen de consument niet kennelijk benadelen, moet de kredietverlener minstens toelichten in welke mate afgeweken wordt van deze wettelijke regeling en dient de kredietverlener de consument over deze wettelijke regelen te informeren.

Een clausule waarbij de kredietverlener zich het recht voorbehoudt om eenzijdig een schuld in een authentieke akte vast te stellen en zich eenzijdig het recht voorbehoudt om de voorwaarden van die hypothecaire akte vast te stellen, is in elk geval in strijd met artikel VI.83, 6° WER.

De onderzochte hypothecaire volmachtsclausules bevatten daarnaast ook 'negatieve zekerheidsclausules', zoals het verbod om zonder voorafgaande en schriftelijke toestemming van de kredietverlener andere volmachten te verlenen, het verbod tot verhuren voor een periode van meer dan negen jaar. Dergelijke negatieve zekerheden kunnen niet voor onbepaalde termijn gelden en moeten minstens verbonden worden aan het naleven van verplichtingen zoals die volgen uit specifiek aangegane kredieten.

De brc Onrechtmatige Bedingen wijst tenslotte nog op de wettelijke verplichtingen zoals die uit boek VII van het WER voortvloeien met betrekking tot de overdracht van de schuldvorderingen ontstaan uit hypothecaire kredieten met een roerende bestemming.

Er moet bovendien over gewaakt worden dat de kredietverlener zich niet het recht voorbehoudt om andere kosten aan te rekenen dan wat uitdrukkelijk bepaald is in artikel VII.141 WER.

De brc Onrechtmatige Bedingen herhaalt tenslotte dat een hypothecaire volmacht alle schulden waarin een derde toestemt tot zekerheid van alle schulden van de kredietnemer in strijd is met de algemene norm (art. 1.8.22° WER) en met artikel VII.147/26 WER. Er is niet enkel sprake van derde-zekerheidsstelling indien een persoon die vreemd is aan het afgesloten krediet een volmacht verleent, maar ook indien bij pluraliteit van kredietnemers bedongen wordt dat de lastgever eveneens zekerheid verleent voor schulden waaraan hij vreemd is, bijvoorbeeld indien bij een krediet dat gezamenlijk aangegaan is, hij volmacht zou verlenen voor de andere persoonlijke schulden afzonderlijk aangegaan door de andere kredietnemer. Er wordt voor wat deze problematiek, de derde-zekerheidsstelling alle schulden betreft, opnieuw verwezen naar het voorstel van de sector om hieraan tegemoet te komen zoals dit reeds aan bod kwam in de aanbevelingen 1, 8, en 9.

Aanbeveling nr. 11: Hypotheekbelofte

Bij een hypotheekbelofte moet het beding op duidelijke en begrijpelijke wijze weergegeven dat de schuldenaar (1) voor een (on)bepaalde termijn (2) ten belope van een bepaald bedrag (3) met betrekking tot bepaalde onroerende goederen, belooft een hypotheek te vestigen (4) voor bepaalde schulden.

Een dergelijk beding dient afzonderlijk opgenomen te worden en op duidelijke en begrijpelijke wijze te worden geformuleerd zodat de consument met kennis van zaken de wezenlijke gevolgen die er voor hem uit voortvloeien kan inschatten. Een dergelijke belofte dient ook los van andere contractuele regelingen die er weliswaar mee samenhangen te worden bedongen.

Wat de hypotheekbelofte “alle schulden” betreft, wordt verwezen naar de herhaaldelijk gestelde opmerkingen en het te maken onderscheid tussen de kredietnemer zelf dan wel door een derde-zekerheidssteller.

Een dergelijke belofte dient minstens de omstandigheden aan te duiden die de uitoefening ervan kunnen rechtvaardigen, zoals de (herhaaldelijke) niet-betaling of het verminderen van de toegekende zekerheden, teneinde niet in strijd te zijn met art. VI.83, 6° WER.

Ook dient duidelijk bepaald te worden (1) voor welk bedrag de belofte verleend wordt, (2) voor welke onroerende goederen de kredietnemer belooft hypotheek te vestigen, en (3) voor welke schulden.

De clause waarbij de belofte gestand blijft na de opzegging van de kaderovereenkomst inzake krediet is onrechtmatig en onder meer in strijd met de artikelen VI.83,7° en VI.83, 9° WER, doordat de consument geen verweermiddelen kan inbrengen bij niet-nakoming door de onderneming van haar verplichtingen.

Een hypotheekbelofte die geldt voor een onbepaalde termijn of voor een bijzonder lange termijn die niet overeenstemt met het aangegane krediet geldt miskent vervolgens het recht van de consument om niet voor een onbepaalde of onredelijk lange termijn verbonden te zijn zonder redelijke opzegtermijn. De consument moet in die gevallen bevrijd zijn met inachtneming van een opzegtermijn van minstens drie maanden en maximum zes maanden (artikel 81bis van de hypotheekwet per analogie).

Wat bijkomende door de kredietverlener gestelde verplichtingen met betrekking tot de beschikkingsbevoegdheid over het onroerend goed betreft, zoals de verplichting om het goed niet te verkopen of met andere lasten te bezwaren, of te verhuren voor een periode van meer dan negen jaar, dienen dergelijke verplichtingen minstens verbonden worden aan het naleven van verplichtingen door de kredietnemer zoals die volgen uit specifiek aangegane kredieten. Ze mogen niet voor onbepaalde duur gelden.

Aanbeveling nr. 12: Overdracht/Inpandgeving

1. Bedingen van inpandgeving

Voor wat clauses inzake pandgeving als zekerheidsstelling betreft, dient een onderscheid gemaakt te worden naargelang het gaat om de inpandgeving van goederen, de inpandgeving van schuldvorderingen, en inpandgeving van financiële instrumenten.

Voor wat de inpandgeving van goederen betreft, moet een dergelijke inpandgeving indien de pandgever een consument is, in een geschrift worden opgenomen dat, naargelang het geval, voldoet aan het vereiste in artikel 1325 B.W. of artikel 1326 B.W. Ofwel moeten er dan evenveel originelen worden opgesteld als er partijen met een onderscheiden belang zijn, ofwel moet de pandgever minstens,

benevens zijn handtekening, met de hand een goed voor of een goedgekeurd voor geschreven hebben, waarbij de waarde van de in pand gegeven goederen voluit in letters is uitgedrukt.

Voor de geldigheid van een dergelijke inpandgeving is eveneens vereist dat het geschrift de waarde van de verpande goederen vermeldt. Een algemene verklaring voldoet niet aan deze bepaling is bijgevolg als onrechtmatig in de zin van de algemene norm (artikel 1.8.22° WER) te beschouwen.

De waarde van het verpande goed of de verpande goederen mogen het dubbel van de omvang van het pandrecht niet overschrijden. Het pandrecht kan zich, binnen het overeengekomen bedrag, enkel uitstrekken tot de hoofdsom van de gewaarborgde schuldvordering en tot de bijhorigheden zoals de interest, het schadebeding en de kosten van uitwinning. Die bijhorigheden mogen echter niet groter zijn dan 50 % van de hoofdsom indien de pandgever een consument is.

Tenslotte geldt het dwingendrechtelijke principe dat de tussenkomst van de rechter altijd nodig is bij uitwinning en dat hier contractueel niet mag van afgeweken worden.

Bij de inpandgeving van schuldvorderingen moet de inpandgeving minstens bewezen worden door een geschrift dat de door het pandrecht bezwaarde schuldvorderingen en de gewaarborgde schuldvorderingen nauwkeurig aanduidt. Dit geschrift dat als bewijs van de overeenkomst dient moet voldoen aan de vereisten, naar gelang het geval, van artikel 1325 of artikel 1326 en moet tevens nauwkeurig de bezwaarde schuldvorderingen, de gewaarborgde schuldvorderingen en het maximaal bedrag tot beloop waarvan de schuldvorderingen zijn gewaarborgd aanduiden.

De inpandgeving als zekerheidsstelling dient nauw verbonden te worden met de schulden waarvoor deze inpandgeving gevestigd is. Indien een pandrecht voor onbepaalde duur zou worden verleend, dan moet contractueel duidelijk bepaald worden dat de pandgever de overeenkomst kan beëindigen mits een opzegtermijn van minimaal 3 en maximaal 6 maand. De gevolgen van de opzeg dienen eveneens te worden verduidelijkt.

Een algemene inpandgeving van goederen en/of schuldvorderingen door een derde-zakelijke zekerheidssteller is in strijd met artikel 1.8.22° WER.

Indien een pand is overeengekomen door een derde tot waarborg van een hypothecair krediet, dan kunnen krachtens art. VI.147/26, § 1, WER, de gevraagde zekerheden enkel gelden voor deze bedragen, eventueel verhoogd met de nalatigheidsinteressen, met uitsluiting van alle andere boetes of kosten van niet-uitvoering²³². NB - cela vaut aussi pour toutes les autres sûretés (caution, hypothèques, ...) constituées par les tiers.

2. Overdracht van schuldvordering tot zekerheid

Voor wat bedingen tot overdracht van “alle aan de overdrager verschuldigde sommen” betreft moet de overgedragen schuldvordering die in die hoedanigheid het voorwerp uitmaakt van de overdracht, bepaald of bepaalbaar zijn overeenkomstig artikel 1129 B.W. In zoverre met de term “alle” ook om het even welke schuldvordering die zou kunnen ontstaan geviseerd wordt, kan een dergelijke overdracht van schuldvordering een probleem stellen in het licht van de vereiste van bepaalbaarheid en voorzienbaarheid van de overgedragen schuldvorderingen.

De overdracht van een schuldvordering tot zekerheid moet voldoen aan de vereisten vervat in artikel 61 van de wet roerende zekerheden – i.e. de overdracht moet worden vastgesteld bij een geschrift dat voldoet aan vereisten van artikel 1325 of 1326 B.W. en waarin de door het pandrecht bezwaarde

²³² Cela vaut d'ailleurs aussi pour les autres sûretés consenties par des tiers (caution, hypothèque, ...).

schuldvorderingen, de gewaarborgde schuldvorderingen en het maximaal bedrag tot beloop waarvan de schuldvorderingen zijn gewaarborgd nauwkeurig worden aangeduid – om op grond van artikel 62 van de wet roerende zekerheden aan de overnemer een pandrecht op de overgedragen schuldvordering te kunnen verlenen.

De overdracht van schuldvordering als zekerheidsstelling dient nauw verbonden te worden met de schulden waarvoor deze inpandgeving gevestigd is. Indien een overdracht voor onbepaalde duur zou worden verleend, dan moet contractueel duidelijk bepaald worden dat de pandgever de overeenkomst kan beëindigen mits een opzegtermijn van minimaal 3 en maximaal 6 maand.

Een algemene overdracht van goederen en/of schuldvorderingen door een derde- zakelijke zekerheidssteller is in strijd met artikel 1.8.22° WER.

3. Inpandgeving/ Overdracht van loon

Zoals reeds hoger besproken, dient de “loonoverdracht” aan strikte voorwaarden te beantwoorden krachtens de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon van werknemers.

Algemeen geformuleerde bedingen waarbij de schuldenaar verklaart het voor beslag vatbaar gedeelte van het loon af te staan in het voordeel van de kredietgever zijn vooreerst in strijd met de vereiste dat de loonoverdracht bij afzonderlijke akte moet worden vastgesteld. Bovendien kan de overdracht niet losgemaakt worden van de hoofdverbintenis waarvan ze de uitvoering waarborgt.

Aanbeveling nr. 13: Hoofdelijkheid en ondeelbaarheid

Aangezien de hoofdelijke en ondeelbare gehoudenheid van iedere schuldenaar een uitzondering vormt op de principiële gehoudenheid pro rata van iedere schuldenaar, moet een dergelijk beding uitdrukkelijk onder de aandacht worden gebracht van de betrokken kredietnemers.

Bedingen inzake hoofdelijkheid en ondeelbaarheid kunnen enkel gelden bij gezamenlijk aangegane schulden. Er kan in de kaderovereenkomst geen hoofdelijkheid en ondeelbaarheid bedongen worden voor de andere persoonlijke schulden van de kredietnemers afzonderlijk. In die gevallen gaat het dan immers om een derde-zekerheidsstelling voor alle schulden van de debiteur die in strijd is met artikel VII.147/26 WER en ook als een onrechtmatig beding in de zin van de algemene norm kan worden beschouwd (artikel 1.8.22° WER).

Een contractuele afwijking van artikel 1285 B.W., welke tot gevolg heeft dat de overige schuldenaars op voorhand aanvaarden dat ze gehouden blijven tot het gedeelte van de schuld dat kwijtgescholden was ten aanzien van één van de hoofdelijke medeschuldenaars, is naar de mening van de brc Onrechtmatige bedingen in strijd met de algemene norm onrechtmatige bedingen (art. 1.8.22° WER).

Aanbeveling nr. 14: Compensatie en eenheid van rekening

Bedingen inzake eenheid van rekening dienen minstens aan te geven in welke objectief gerechtvaardigde omstandigheden de kredietgever het recht zou hebben om overdrachten te verrichten van één rekening naar een andere.

Hierbij dient rekening houden met de volgende bijzonderheden:

- 1) de eigen aard van bepaalde rekeningen,
- 2) de verschillende termijnen waaraan die diverse rekeningen onderworpen zijn,

- 3) *de omstandigheid dat een zekerheid uitsluitend aangegaan wordt ter waarborg van een bepaalde overeenkomst.*

Ook compensatiebedingen kunnen de schuldeiser geen discretionair recht tot compensatie toekennen. Bij de formulering van deze bedingen dient altijd rekening gehouden worden met minimale objectieve vereisten, zoals de eigen aard van bepaalde schulden op termijn, of schulden aangegaan onder opschortende voorwaarden. Kent de kredietgever zich het recht tot conventionele compensatie toe, dan volgt uit het vereiste evenwicht tussen de rechten en plichten van de partijen en uit art. VI.83, 16° WER dat ook de consument tot compensatie moet kunnen overgaan met schulden die de kredietgever op hem zou hebben²³³.

Aanbeveling nr. 15: Overdracht van de (rechten uit het) krediet

Hypothecaire kredieten met een roerende bestemming kunnen krachtens de artikelen VII.147/17, VII.147/18, en VII.147/19 WER enkel worden overgedragen aan, of, na indeplaatsstelling verworven door een op grond van boek VII vergunninghoudende of geregistreerde kredietgever of een andere in die bepaling opgesomde specifieke instelling (art. VII.147/17 WER). Clausules die de kredietgever op algemene wijze het recht toekennen om dergelijke kredieten over te dragen zijn bijgevolg reeds in strijd met artikel VII.147/17 WER, en een dergelijke algemeen bedongen mogelijkheid tot overdracht zonder waarborging van het behoud van de verweermiddelen is eveneens in strijd met artikel VII.147/19 WER (en artikel VI.83, 31° WER).

Wat clausules tot overdracht van de rechten uit de kaderovereenkomst inzake krediet bij hypothecaire kredieten met een onroerende bestemming betreft, zijn clausules onrechtmatig waarbij een onderneming zich in het algemeen het recht voorbehoudt om de overeenkomst over te dragen onrechtmatig wanneer hierdoor de garanties voor de consument zonder diens instemming geringer worden (art. VI.83, 31° WER)²³⁴.

Wat de bedongen mogelijkheid tot overdracht van krediet aan order door endossement van de grossen betreft, hebben dergelijke clausules tot gevolg dat de kredietnemer per definitie geen beroep meer kan doen op de excepties en verweermiddelen uit de gesloten kredietovereenkomst, en wordt de consument per definitie de mogelijkheid ontnomen om zijn verweermiddelen in te roepen. Een dergelijke bepaling is bijgevolg in strijd met artikel VI.83, 31° en VII.147/1 WER²³⁵.

Clausules waarbij de kredietgever zich het recht voorbehoudt om bij wanbetaling de schuldvordering aan een derde over te dragen met het oog op een minnelijke invordering van de niet-betaalde schuld, en waarbij de kosten van overdracht van de schuldvordering ten laste van de kredietnemer worden, gaan in tegen het verbod van artikel VII.147/22, § 6 WER en zijn bovendien in strijd met artikel 3, § 2, vijfde streepje, en artikel 5 van de wet van 20 december 2002 betreffende de minnelijke invordering van schulden van de consument.

Aanbeveling nr. 16: Uitwinning en uitvoerend beslag

Ook tijdens de uitwinningsprocedure moet de consument het onrechtmatig karakter van clausules in de kredietakte voor de beslagrechter kunnen opwerpen. Bedingen die de consument verbieden dergelijke

²³³ Il faut réserver l'application de l'article 6 de la loi du 3 août 2012 relative à des mesures diverses pour faciliter la mobilisation de créances dans le secteur financier mais sous réserve de sa conformité aux articles 10 et 11 de la Constitution.

²³⁴ Il faut réserver, sous réserve de leur constitutionnalité, l'application des articles 3bis, 3ter et 6 de la loi du 3 août 2012 relative à des mesures diverses pour faciliter la mobilisation de créances dans le secteur financier.

²³⁵ Pour les crédits hypothécaires à destination immobilière, il faut réserver l'application de l'article 6 de la loi du 3 août 2012 relative à des mesures diverses pour faciliter la mobilisation de créances dans le secteur financier mais sous réserve de sa conformité aux articles 10 et 11 de la Constitution.

betwistingen op te werpen tijdens de uitwinningprocedure ontnemen de consument elk middel van verhaal tegen de kredietgever.

Aanbeveling nr. 17: Schadebedingen

Schadebedingen moeten vooreerst duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd (artikel VI.37, § 1 WER). Dit houdt in dat ze dermate moeten geformuleerd zijn dat de consument weet wat hij kan verwachten en zijn contractuele rechten en plichten kan inschatten. Bedingen waarbij op algemene wijze allerlei mogelijk verschuldigde kosten worden opgesomd, ongeacht op welke basis deze verschuldigd zouden kunnen zijn, zijn in strijd met deze transparantievereiste.

De artikelen VII.147/22WER (kredieten met roerende bestemming) en VII.147/23WER (kredieten met onroerende bestemming) sommen op exhaustieve wijze op welke bedragen kunnen worden gevorderd van de consument bij wanbetaling. Kosten die niet uitdrukkelijk opgesomd zijn in artikel VII.147/22 (hypothecair krediet met roerende bestemming) of artikel VII.147/23 (hypothecair krediet met onroerende bestemming), worden als verboden en als niet geschreven beschouwd (art. VII.147/22, § 6 en art. VII.147/23, § 4 WER).

Kosten voor overdracht van het krediet aan een derde met het oog op minnelijke invordering vallen daar niet onder, en kunnen bijgevolg niet op de consument worden verhaald. Kosten inzake minnelijke invordering door gerechtsdeurwaarders of advocaten kunnen evenmin contractueel ten laste van de consument worden gelegd. De term “wettelijk getarifeerde kosten van minnelijke invordering” is overigens fout en misleidt de consument: er bestaan geen wettelijk getarifeerde kosten van minnelijke invordering, en de activiteit van minnelijke invordering behoort niet tot de wettelijke opdracht van gerechtsdeurwaarders.

Schadebedingen bij hypothecair krediet dienen aan de wederkerigheids- en gelijkwaardigheidsvereiste van artikel VI.83, 17° WER te voldoen.

Dit houdt in dat indien er in de overeenkomst schadebedingen zijn opgenomen die de vergoedingen voorzien verschuldigd door de consument die zijn verplichtingen niet nakomt, er ook schadebedingen voorzien moeten worden die in een gelijkwaardige vergoeding voorzien ten laste van de onderneming die in gebreke blijft. Wordt, met inachtnaam van artikel 1907 B.W. in een schadebeding voorzien voor niet-tijdige betaling vanwege de consument, dan dient hiertegenover een schadebeding te staan voor de hypothese van niet-tijdige terbeschikkingstelling van de geleende som door de kredietverstrekker.

Aanbeveling nr. 18: Bevoegdheidsbedingen

Het waarborgen van een effectieve toegang tot de rechter is een essentiële vereiste bij consumentengeschillen. Een duidelijke weergave van de overeenkomstig artikel VI.83, 23° WER bevoegde rechter is dan ook een eerste essentiële vereiste inzake transparantie.

Gezien de belangrijke financiële inzet en de omstandigheid dat het krediet in veel gevallen de woning van de consument betreft, zal bij bevoegdheidsbedingen bij hypothecair krediet niet enkel met de aansluitingscriteria van artikel VI.83, 23° WER rekening gehouden moeten worden, maar zal teneinde een effectieve toegang tot de rechter te waarborgen in veel gevallen minstens de rechter van de woonplaats van de consument of, in geval van een krediet tot financiering van de woning of waar de hypotheek de woning betreft, de rechter van de plaats waar dit onroerend goed gelegen is bevoegd moeten kunnen zijn.
