

Precontractuele informatieverplichtingen als beschermingstechniek bij de bescherming van de zwakkere partij in het financieel recht

Reinhard Steennot

Hoofddocent UGent, Instituut Financieel Recht

Lid Raad van Toezicht en Sanctiecommissie FSMA

Inleiding

1. De zwakkere partij¹ wordt in het financieel recht op verschillende wijzen beschermd. Eén van de technieken bestaat erin de verstreker van financiële diensten of financiële instrumenten te verplichten om voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst bepaalde informatie te verstrekken of ter beschikking te stellen aan de zwakkere partij. Op die manier tracht men tegemoet te komen aan de informatie-asymmetrie die tussen de partijen bestaat. De financiële instelling beschikt immers over veel meer informatie en expertise dan haar wederpartij die (mogelijks) een leek is in de betrokken financiële transacties. Door middel van de verplichting informatie te verstrekken, wil de wetgever er voor zorgen dat ook de zwakkere partij een beslissing kan nemen met kennis van zaken.

Daarnaast bevat bepaalde wetgeving de verplichting om bij de zwakkere partij informatie in te winnen, zodat de financiële instelling kan nagaan of de betrokken dienst of het betrokken product wel geschikt of aangepast is voor haar wederpartij. Men gaat er aldus van uit dat de financiële instelling, mits inwinning van bepaalde informatie, beter geplaatst is dan de zwakkere partij om de opportuniteit van een bepaald product te beoordelen. Men treft dergelijke informatie-inwinningsverplichting aan bij kredieten en beleggingsdiensten.

2. In deze bijdrage zal niet enkel aandacht besteed worden aan de informatieverplichtingen die op een financiële instelling rusten bij toepassing van de financiële wetgeving (consumentenkrediet, betalingsdiensten en beleggingsdiensten), doch tevens aan de informatieverplichtingen uit de Wet Marktpraktijken en de wetgeving betreffende de elektronische handel (Wet Informatiemaatschappij). Vooraf wordt zeer kort ook de gemeenrechtelijke informatieverplichting geschetst.

Hoofdstuk I. Informatieverplichtingen in het gemeen recht

3. Het uitgangspunt van het gemeen verbintenissenrecht bestaat erin dat een partij die behoefte heeft aan informatie deze informatie zelf moet inwinnen (*caveat emptor*)². Dit mag niet

¹ Behoudens waar het gaat over de bespreking van wetgeving verkiezen wij het gebruik van de term “zwakkere partij” boven die van “consument”, aangezien de bescherming van heel wat regelen van financieel recht zich niet beperkt tot de consument in de traditionele betekenis van het woord.

² A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten: grondslagen, draagwijdte en sancties*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 429-432; D. FRERIKS, “Onderzoeks- en

verwonderen, aangezien het gemeen recht uitgaat van de gelijkheid van de partijen. In de verhouding tussen een financiële instelling en een consument is van een dergelijke gelijkheid echter meestal geen sprake. De financiële instelling beschikt over meer en betere informatie dan haar wederpartij en een veel grotere expertise. Daarom mag de zwakkere partij er ook bij toepassing van het gemeen recht op vertrouwen dat de financiële instelling haar informatie zal verstrekken³. De financiële instelling moet daarbij de informatie verstrekken waarvan zij weet of moet weten dat zij van belang is voor haar wederpartij. Een miskenning van deze informatieverplichting kan enkel gesanctioneerd worden op grond van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht (art. 1382 BW). Bewezen moet worden dat de financiële instelling door het niet verstrekken van bepaalde informatie een fout heeft begaan en dat deze fout een welbepaalde schade heeft veroorzaakt.

4. Daarnaast rijst de vraag of het verschil in expertise ook met zich mee kan brengen dat de financiële instelling haar beslissing in de plaats moet stellen van de beslissing van haar wederpartij. In de praktijk is deze vraag onder meer van belang in het kader van de hypothecaire kredietverlening. In tegenstelling tot de Wet Consumentenkrediet (infra nr. 40 ev), bevat de Wet Hypothecair Krediet niet de verplichting in hoofde van de kredietgever om voorafgaand aan het sluiten van de kredietovereenkomst informatie in te winnen omtrent de financiële situatie van de kredietnemer en om enkel krediet te verstrekken indien er redelijkerwijze mag van uitgegaan worden dat de consument het krediet zal kunnen terugbetalen. Welnu, kan deze laatste verplichting ressorteren uit het gemeen recht?

In de lagere rechtspraak werd deze vraag bevestigend beantwoord, eenmaal op grond van een analogische toepassing van de Wet Consumentenkrediet⁴ en eenmaal op grond van het aansprakelijkheidsrecht⁵. Enkel de toepassing van het gemeen recht kan naar onze overtuiging aanvaard worden. De Wet Consumentenkrediet naar analogie toepassen, lijkt niet mogelijk, in het bijzonder omdat hypothecaire kredieten die onder de Wet Hypothecair Krediet vallen uitdrukkelijk worden uitgesloten van het toepassingsgebied van de Wet Consumentenkrediet. Een toepassing van het gemeen recht is uiteraard steeds mogelijk en vereist in de eerste plaats dat men aantoonst dat de betrokken kredietgever een precontractuele fout heeft gemaakt, hetzij door geen of onvoldoende informatie in te winnen omtrent de financiële situatie van de kredietnemer, hetzij door krediet te verlenen in omstandigheden waarin een redelijk zorgvuldige kredietgever weet of moet weten dat de kredietnemer het krediet niet zal kunnen terugbetalen. Bovendien zal de kredietgever die een dergelijke fout begaat slechts aansprakelijk kunnen zijn voor de schade die uit deze fout resulteert. Men kan in geen geval de sanctie die in de Wet Consumentenkrediet is voorzien naar analogie toepassen.

Wat de aanwezigheid van een fout betreft, is het naar onze overtuiging niet mogelijk om de analogie te maken met de rechtspraak en rechtsleer betreffende de aansprakelijkheid van de kredietgever in de verhouding tot een professionele kredietnemer. Bij toepassing van deze rechtspraak wordt aanvaard dat de kredietgever niet aansprakelijk kan gesteld worden in de verhouding tot de kredietnemer indien hij ten onrechte krediet heeft verstrekt. De beslissing ligt aldus bij de

Mededelingsverplichting in het contractenrecht", *TPR* 1992, 1231. Vb. inzake kredietrecht: Bergen 20 mei 2008, *TBH* 2010, 131, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

³ A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten: grondslagen, draagwijdte en sancties*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 434 ev.

⁴ Kh. Brussel 15 januari 2008, *DCCR* 2008, afl. 80, 90, noot A. VANDOOLAEGHE.

⁵ Vred. Zottegem 25 mei 2000, *Jaarboek Kredietrecht* 2000, 133.

kredietnemer, die de bankier achteraf niet aansprakelijk kan stellen⁶. Van aansprakelijkheid kan hoogstens sprake zijn in de verhouding tot derden, die door het creëren van een schijn van solvabiliteit schade zouden hebben kunnen geleden⁷. Een onverkorte toepassing van deze principes in de verhouding tot de consument lijkt ons niet mogelijk omdat ondernemingen, in tegenstelling tot individuele consumenten, geacht kunnen worden om hun eigen terugbetalingsmogelijkheden beter te kunnen inschatten. Is het niet al te gemakkelijk voor een kredietgever krediet te verlenen, wetende dat de kredietnemer grote moeilijkheden zal ondervinden om het krediet terug te betalen⁸? Moet de kredietgever zijn beslissing niet in de plaats stellen van de consument en aldus vermijden dat de consument in zijn eigen ongeluk loopt? Wij zijn van oordeel dat de kredietgever, die als expert ter zake de situatie veel beter kan inschatten, slechts krediet mag verlenen indien hij er redelijkerwijze kan van uitgaan dat de consument het krediet zal kunnen terugbetalen. In het recente verleden is overigens gebleken dat het belang van deze discussie niet enkel de bescherming van de individuele consument betreft, doch het financiële systeem in het algemeen. Mede op grond van deze overwegingen voorziet ook het voorstel van Richtlijn inzake woningkredietovereenkomsten in dit principe van *responsible lending*.

Hoofdstuk II. Informatieplichten uit de Wet Marktpraktijken

5. Men kan in de Wet Marktpraktijken verschillende informatieverplichtingen onderscheiden. In de precontractuele sfeer kunnen we melding maken van:

- De algemene informatieverplichting uit artikel 4 WMPC;
- De regelen inzake prijsaanduiding, die verder geconcretiseerd werden in het K.B. van 23 maart 1995 betreffende de prijsaanduiding voor homogene financiële diensten⁹;
- De bijzondere informatieverplichtingen uit de bepalingen inzake overeenkomsten op afstand betreffende financiële diensten (art. 50-52 WMPC);
- De informatieverplichtingen die voortvloeien uit het verbod op misleiding door omissie (art. 90 §4 WMPC);
- De informatieverplichting die voortvloeit uit de toepassing van de regelen inzake onrechtmatige bedingen (art. 74, 26° WMPC, infra nr. 7).

Afdeling I. Enkel van toepassing in verhouding tot consumenten

⁶ Cass.(fr) 20 juni 2006, *Banque & Droit* 2006, 24; Luik 8 februari 2005, *TBH* 2007, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX.

⁷ Zie hierover: G. SCHRANS en R. STEENNOT, *Algemeen Deel van het Financieel Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 469-471 en de daar geciteerde rechtspraak en rechtsleer.

⁸ De kredietgever loopt zelf weinig risico bij een wanbetaling, gelet op de hypothecaire waarborg waarover hij beschikt.

⁹ Zie hierover: R. STEENNOT, "K.B. van 23 maart 1995 betreffende de prijsaanduiding voor homogene financiële diensten", in *Artikelsgewijze Commentaar Financieel Recht*, Mechelen, Kluwer, losbl en C. VAN ACKER, "De wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument", in WYMEERSCH, E. (ed.), *Financieel Recht tussen Oud en Nieuw*, Antwerpen, Maklu, 1996, 498-505.

6. De regelen uit de Wet Marktpraktijken kunnen slechts worden toegepast indien de wederpartij van de financiële instelling een consument is in de zin van de Wet Marktpraktijken, i.e. een natuurlijk persoon die uitsluitend voor niet-beroepsmatige doeleinden op de markt gebrachte producten verwerft of gebruikt. Het is genoegzaam bekend dat men toepassing moet maken van het bestemmingscriterium en dat de Wet Marktpraktijken geen toepassing vindt bij gemengd gebruik¹⁰. Benadrukt kan verder nog worden dat de rechtspraak ervan uitgaat dat de borg geen consument is aangezien deze geen producten verwerft of gebruikt¹¹. Deze letterlijke interpretatie is strijdig met het Europees recht, waarin de borg wel als consument wordt beschouwd indien deze een schuld waarborgt die voor niet-professionele doeleinden werd aangegaan¹².

Afdeling II. Algemene informatieverplichting

7. Artikel 4 WMPC impliceert dat de onderneming voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst aan de consument informatie moet verstrekken over de belangrijkste kenmerken en de verkoopsvoorwaarden. In werkelijkheid voegt deze regel weinig toe aan het gemeen recht¹³, waarin wordt aanvaard dat een consument erop mag vertrouwen essentiële informatie te ontvangen, gelet op de expertise en kennis waarover haar wederpartij beschikt.

Artikel 4 WMPC speelt in de praktijk ook een rol op het vlak van de bindende kracht van algemene voorwaarden. Net als het gemeen recht vereist het dat de consument voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst redelijkerwijze de mogelijkheid heeft gehad om kennis te nemen van de algemene voorwaarden en dat de consument deze uitdrukkelijk of stilzwijgend aanvaardt¹⁴. In de praktijk anticiperen financiële instellingen op de moeilijkheden waartoe de toepassing van deze regelen zou kunnen leiden door de consument een verklaring te laten ondertekenen waarin hij erkent een exemplaar van de algemene voorwaarden te hebben ontvangen of de algemene voorwaarden te hebben gelezen en deze uitdrukkelijk te aanvaarden. De geldigheid van dergelijke clause wordt in de rechtspraak erkend¹⁵. Dit impliceert dat zelfs indien de algemene

¹⁰ Zie bv.: Antwerpen 30 november 2004, *RW* 2006-2007, 100, noot; Antwerpen 30 juni 2009, *NjW* 2010, 504, noot R. STEENNOT; Gent 4 april 2007, *NjW* 2008, 174. Zie verder: R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. BRULOOT en D. GOENS, *Wet Marktpraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 10-11.

¹¹ Rb. Brussel 12 november 2003, *JT* 2004, 185.

¹² H.v.J. 17 maart 1998, *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG*, zaak C-45/96, <http://curia.eu.int>.

¹³ G.L. BALLON, "De verplichting tot voorlichting van de consument en de regeling van de documenten betreffende de verkopen van producten en diensten in de Nieuwe Handelspraktijkenwet", in J. STUYCK en P. WYTINCK (ed.), *De Nieuwe Wet Handelspraktijken*, Brussel, Story-Scientia, 1992, 280; J.L. FAGNART, "Le projet de loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection des consommateurs", *TBH* 1991, 276.

¹⁴ M. BOSMANS, "Chronique de jurisprudence. Les conditions générales en matière contractuelle", *J.T.* 1981, 18; E. DIRIX, "Exoneratiebedingen", *TPR* 1988, 1181; R. KRUIHOF; H. BOCKEN; F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, "Verbintenissen. Overzicht van rechtspraak (1981-1992)", *TPR* 1994, 269; P. VAN OMMESLAGHE, "Examen de Jurisprudence (1974-1982). Les obligations", *RCJB* 1986, 140-146.

¹⁵ Antwerpen 12 januari 2006, *BFR* 2006, 87; Brussel 21 november 2003, *Journ. Proc.* 2004, afl. 492, 25; Rb. Gent 27 maart 2001, *RW* 2003-2004, 671; Rb. Aarlen 7 september 2000, *DAOR* 2003, afl. 66, 33, noot; Kh. Brussel 29 maart 2004, *TBH* 2006, 79, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX. Zie ook: K. VANDERSCHOT, "Instemming met algemene voorwaarden: kennisname en aanvaardingsclausules", in *Contractuele clausules rond de niet-uitvoering en de beëindiging van contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 32-33.

voorwaarden niet werden verstrekt de consument dit niet zal kunnen bewijzen. De consument die deze stijlclausule ondertekent zal aldus verbonden zijn door de algemene voorwaarden.

Ook artikel 74, 26° WMPC verzet zich overigens niet tegen dergelijke stijlclausule. Artikel 74, 26° WMPC verbiedt bedingen die de instemming van de consument op onweerlegbare wijze vaststellen met bedingen waarvan de consument voor het sluiten van de overeenkomst niet daadwerkelijk kennis heeft kunnen nemen. Essentieel voor de toepassing van deze verbodsbepaling is dat de consument geen mogelijkheid heeft gehad tot kennisname. Welnu, door de consument te laten verklaren dat hij kennis heeft genomen van de algemene voorwaarden, is men zeker dat aan de toepassingsvoorwaarde van deze verbodsbepaling niet is voldaan.

Afdeling III. Overeenkomsten op afstand betreffende financiële diensten

8. Wat de overige informatieverplichtingen betreft, willen we hier enkel nog aandacht besteden aan de bepalingen inzake overeenkomsten op afstand betreffende financiële diensten (art. 50 ev WMPC). Voorafgaand aan een korte inhoudelijke bespreking van deze bepalingen benadrukken wij dat de precontractuele informatieverplichtingen die in deze bepalingen vervat liggen cumulatief moeten worden toegepast met informatieverplichtingen die men aantreft in andere financiële wetgeving, tenzij de bijzondere wetgeving de verhouding tussen de regelen uit de Wet Marktpraktijken en de bijzondere wet regelt (zoals dit het geval is bij betalingsdiensten, infra nr. 33).

Afdeling I. Overeenkomst op afstand

9. Vooreerst is het van belang te benadrukken dat de informatieverplichtingen uit artikel 50 ev WMPC slechts gelden bij overeenkomsten op afstand in de zin van de Wet Marktpraktijken. Vereist is dat de overeenkomst wordt gesloten binnen een georganiseerd systeem voor dienstverlening op afstand en dat de partijen tot en met het sluiten van de overeenkomst uitsluitend gebruik maken van één of meer technieken voor communicatie op afstand (vb. website, post, telefoon of een combinatie van deze). De partijen mogen elkaar voorafgaand aan of bij de contractsluiting niet ontmoeten in het kader van de totstandkoming van het contract. Indien een initieel akkoord wordt gevolgd door opeenvolgende verrichtingen van dezelfde aard, vinden de informatieverplichtingen enkel toepassing bij het initieel akkoord (art. 49 WMPC).

Afdeling II. De Informatieverplichting

10. De informatieverplichtingen inzake overeenkomsten op afstand betreffende financiële diensten liggen vervat in de artikelen 50-52 WMPC¹⁶. Artikel 51 WMPC bevat daarbij een bijzonder, i.e.

¹⁶ Zie meer uitgebreid hierover: R. STEENNOT, "Artikelen 83 *ter* – 83 *quinquies* Wet Handelspraktijken", in *Artikelsgewijze Commentaar Handels- en Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, losb.; E. TERRY, N.

soepeler regime voor het geval de contractsluiting via de telefoon geschiedt en de consument ermee instemt minder informatie te verstrekken.

11. Artikel 50 WMPC verplicht de onderneming om aan de consument bepaalde informatie (infra nr. 12) ter beschikking te stellen via een middel dat aangepast is aan de gehanteerde techniek voor communicatie op afstand. De consument moet te gelegener tijd voordat hij gebonden is door het aanbod of door de overeenkomst op afstand ingelicht worden.

Daarnaast bevat artikel 52 WMPC de verplichting om de consument in kennis te stellen van dezelfde informatie en bijkomend van de contractvoorwaarden. Bij toepassing van artikel 52 WMPC moet dit eveneens geschieden te gelegener tijd voor de consument gebonden is door het aanbod of door de overeenkomst op afstand. Enkel de wijze waarop de informatie verstrekt moet worden verschilt. In principe dient de consument immers schriftelijk of op een duurzame drager in kennis gesteld te worden. Slechts indien op verzoek van de consument gebruik wordt gemaakt van een techniek voor communicatie op afstand die niet toelaat dat de informatie voorafgaandelijk op papier of een duurzame drager wordt verstrekt, mag de informatie ook onmiddellijk na het sluiten van de overeenkomst verstrekt worden. Men kan hierbij denken aan de hypothese waarin de overeenkomst wordt gesloten via de telefoon of via sms. Gelet op het feit dat de doelstelling van deze informatieverplichting erin bestaat de consument met kennis van zaken te laten beslissen, kan het verwondering wekken dat de informatie in bepaalde gevallen na de contractsluiting verstrekt kan worden. Men mag het belang van deze vaststelling echter niet overdrijven aangezien de consument nog beschikt over een herroepingsrecht van 14 kalenderdagen, waarvan de termijn pas begint te lopen indien de consument de betrokken informatie op papier of een duurzame drager heeft ontvangen (art. 53 §1 WMPC).

Een duurzame drager is elk hulpmiddel dat de consument in staat stelt om persoonlijk aan hem gerichte informatie op te slaan op een wijze die deze informatie gemakkelijk toegankelijk maakt voor toekomstig gebruik gedurende een periode die is afgestemd op het doel waarvoor de informatie kan dienen, en die een ongewijzigde reproductie van de opgeslagen informatie mogelijk maakt (art. 2, 25° WMPC). Het duurzaam karakter betreft met andere woorden niet de drager, doch wel de mogelijkheid om de inhoud van de informatie, waarvan de integriteit verzekerd is, te allen tijde te raadplegen. Meer concreet kan gedacht worden aan een computerdiskette, cd-rom, dvd, alsook aan de harde schijf van de computer waarop elektronische post kan worden opgeslagen. Een website vormt volgens de meerderheid van de auteurs geen duurzame drager¹⁷. Deze stelling overtuigt, in die zin dat informatie die louter op een website beschikbaar is moeilijk beschouwd kan worden als persoonlijk aan de consument gerichte informatie. Aan het vereiste van een duurzame drager lijkt ons echter wel voldaan indien de consument een mail wordt gestuurd, waarbij hij wordt uitgenodigd kennis te nemen van de op de website geplaatste informatie en uitgenodigd wordt deze te bewaren of te printen¹⁸.

12. Tot slot merken we nog op dat de informatie die verstrekt moet worden bijzonder uitgebreid is. Zij betreft de aanbieder van de dienst, de financiële dienst, de overeenkomst op afstand en de

“Consumentenbescherming bij financiële diensten op afstand”, in *Actualia Vermogensrecht. Liber Alumnorum KULAK als hulde aan professor Macours*, Brugge, Die Keure, 2005, 531 ev.

¹⁷ Vb. J. STUYCK, *Handelspraktijken*, in *Beginnelen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer - Story, 2003, 432.

¹⁸ E. TERRY, “Artikel 79 WHPC”, in *Artikelsgewijze Commentaar Handels- en Economisch Recht*, Kluwer, losbl.

rechtsmiddelen. In de rechtsleer werd reeds herhaaldelijk de kritiek geuit dat deze informatieverplichting te omvangrijk is¹⁹. Het probleem is daarbij niet alleen dat uitgebreide informatieverplichtingen bijkomende kosten creëren voor de financiële instellingen, doch tevens dat de hoeveelheid informatie ontradend werkt voor de consument. De transactiekost om kennis te nemen van deze grote hoeveelheid informatie is eenvoudigweg te groot²⁰. Daarom hebben wij er in het verleden reeds voor gepleit een onderscheid te maken tussen enerzijds essentiële informatie - die voorafgaand aan het tijdstip waarop de consument verbonden is aan de consument verstrekt moet worden, dit op papier of op een duurzame drager – en anderzijds minder essentiële informatie waarvan het volstaat dat ze beschikbaar is voor consumenten die bijkomende informatie wensen²¹. Door de medegedeelde informatie te beperken tot wat de gemiddelde consument belangrijk vindt kan men ertoe bijdragen dat de consument daadwerkelijk met kennis van zaken beslist.

Afdeling III. Sanctionering

13. Artikel 55 WMPC bevat een bijzondere sanctie in het geval waarin bepaalde informatieverplichtingen – het betreft onder meer de informatie die op papier of duurzame drager moet worden verstrekt - niet werden gerespecteerd. Meer concreet heeft de consument de mogelijkheid om zonder kosten de overeenkomst op te zeggen. Dit moet geschieden via een gemotiveerd aangetekend schrijven en binnen een redelijke termijn nadat de consument kennis heeft genomen of had moeten nemen van de miskenning van de door de wet gecreëerde informatieverplichtingen. Indien de consument schade lijdt die niet vergoed wordt door een opzegging, zal hij een beroep moeten doen op de principes van het gemeen aansprakelijkheidsrecht om zijn schade te laten vergoeden. De meerwaarde van deze sanctie is dan ook beperkt.

Hoofdstuk III. Informatieplichten uit de Wet Informatiemaatschappij

14. Indien financiële diensten worden aangeboden langs elektronische weg, zal men tevens rekening moeten houden met de informatieverplichtingen die vervat liggen in de Wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van diensten van de informatiemaatschappij (hierna: Wet Informatiemaatschappij).

Afdeling I. Toepassingsgebied

¹⁹ A. PRÜM, “La future Directive sur les services financiers à distance”, *Revue de Droit Bancaire* 2002, 111; R. STEENNOT, “Offering financial Services on the Internet: What is possible and how to protect consumers?”, *Computer Law Security Report* 2007, 540-541.

²⁰ Zie bijvoorbeeld: R.M. HYNES en E.A. POSNER, ‘The Law and Economics of Consumer Finance’, John. M. Olin Law & Economics Working Paper No. 117, 2nd Series (20 Feb. 2001), <<http://ssrn.com>>.

²¹ R. STEENNOT, “Offering financial Services on the Internet: What is possible and how to protect consumers?”, *Computer Law Security Report* 2007, 540-541.

15. De Wet Informatiemaatschappij vindt toepassing wanneer de financiële dienst beschouwd kan worden als een dienst van de informatiemaatschappij. Dit is het geval indien de financiële dienst langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van de afnemer wordt verstrekt (art. 2, 1° Wet Informatiemaatschappij)²². Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn indien de financiële diensten via het Internet worden verkocht.

16. Vergelijkt men het toepassingsgebied van de Wet Informatiemaatschappij met het toepassingsgebied van de Wet Marktpraktijken, dan valt op dat het toepassingsgebied langs de ene kant ruimer is en langs de andere kant enger²³. Ruimer omdat de informatieverplichtingen in principe niet enkel gelden in de verhouding tot consument, doch in verhouding tot elke afnemer van een dienst van de informatiemaatschappij (dus ook de professioneel). Langs de andere kant enger omdat niet alle types van overeenkomsten op afstand worden gevisieerd. Het gaat immers enkel over diensten die langs elektronische weg worden verstrekt. Hoe dan ook is het mogelijk dat de informatieverplichtingen uit de Wet Marktpraktijken en de Wet Informatiemaatschappij cumulatief moeten worden toegepast. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn indien de financiële dienst (vb. openen van een zichtrekening, sluiten van een kredietovereenkomst), langs elektronische weg aan een consument wordt aangeboden. Indien de financiële dienstverlening slechts gedeeltelijk langs elektronische weg geschiedt, zullen de bepalingen van de Wet Informatiemaatschappij enkel gelden voor het deel van de dienstverlening dat elektronisch plaatsvindt²⁴.

Indien bepaalde types van financiële diensten via Internet aan consumenten worden verstrekt, zal de financiële instelling ook nog rekening moeten houden met de bijzondere vereisten die in de betrokken wetgeving liggen vervat, dit tenzij die wetgeving anders bepaalt (infra nr. 33).

Afdeling II. De informatieverplichtingen

17. De Wet Informatiemaatschappij maakt een onderscheid tussen de informatie die permanent beschikbaar moet zijn en de informatie die enkel verstrekt moet worden indien het daadwerkelijk mogelijk is om langs elektronische weg een order te plaatsen.

18. Artikel 7 §1 Wet Informatiemaatschappij creëert in hoofde van de dienstverlener de verplichting om de volgende informatie gemakkelijk, rechtstreeks en permanent toegankelijk te maken voor de afnemers van de dienst en de bevoegde autoriteiten: de naam of handelsnaam van de dienstverlener, zijn geografisch adres, zijn ondernemingsnummer, *gegevens die een snel contact en een rechtstreekse en effectieve communicatie met de dienstverlener mogelijk maken, met inbegrip van zijn elektronisch postadres*²⁵, in voorkomend geval het BTW-identificatienummer, de gedragscodes die hij desgevallend²⁶ heeft onderschreven, alsook de informatie over de manier

²² In de definitie van dienst van de informatiemaatschappij wordt tevens vereist dat de dienst gewoonlijk tegen vergoeding wordt verleend. Aan dit vereiste zal voldaan zijn bij financiële diensten.

²³ E. TERRY, "Nieuwe informatieplichten voor de dienstverlener", in *Elektronische Handel. Commentaar bij de wetten van 11 maart 2003*, Brugge, Die Keure, 2003, 57-59.

²⁴ R. STEENNOT, *Financiële Diensten op Afstand*, Brussel, Larcier, 2006, 9.

²⁵ De vermelding van het e-mail adres is steeds verplicht. Facultatief kunnen andere kanalen, zoals fax en telefoonnummer vermeld worden.

²⁶ De Wet Informatiemaatschappij bevat op zich niet de verplichting om een gedragscode te onderschrijven.

waarop die codes langs elektronische weg kunnen worden geraadpleegd²⁷. De cursief vermelde elementen betreffen informatie die bij toepassing van de Wet Marktpraktijken niet verschuldigd is.

Aan de voorwaarde dat de informatie steeds gemakkelijk, rechtstreeks en permanent toegankelijk moet zijn, kan de dienstverlener bijvoorbeeld voldoen door middel van een icoon, logo of hyperlink, die zichtbaar is op alle pagina's van de site en die verwijst naar een pagina met die informatie. Er hoeft dus geen gebruik te worden gemaakt van een geschrift of duurzame drager. Informatie die zowel bij toepassing van de Wet Informatiemaatschappij als bij toepassing van de Wet Marktpraktijken verschuldigd is, moet uiteraard wel schriftelijk of via duurzame drager verstrekt te worden. De meer strenge vorm verdient te worden toegepast

19. Bij toepassing van artikel 8 §1 Wet Informatiemaatschappij, dat enkel nageleefd moet worden wanneer er langs elektronische weg een order kan worden geplaatst – i.e. wanneer de dienstverlener een transactionele site bezit - moet de dienstverlener, voordat de afnemer zijn order langs elektronische weg plaatst, op duidelijke, begrijpelijke en ondubbelzinnige wijze tenminste de volgende informatie verstrekken: de talen waarin het contract kan worden gesloten²⁸; de verschillende technische stappen om tot de sluiting van de overeenkomst te komen²⁹; de technische middelen waarmee invoerfouten (bedoeld worden materiële vergissingen³⁰) kunnen worden opgespoord en gecorrigeerd voordat de order wordt geplaatst³¹ en uitsluitel omtrent de vraag of de dienstverlener het gesloten contract zal archiveren en of het toegankelijk zal zijn.

Deze in vergelijking met de Wet Marktpraktijken additionele informatie moet verstrekt worden op een duidelijke, begrijpelijke en ondubbelzinnige wijze. Volgens de voorbereidende werken impliceert dit dat de informatie gemakkelijk toegankelijk moet zijn en even zichtbaar moet worden opgesteld als de promotionele informatie³² (vb. hyperlink die duidelijk naar deze informatie verwijst). De informatie moet ook verstrekt worden voordat de afnemer zijn order³³ langs elektronische weg plaatst, hetgeen niet betekent dat de informatie moet worden gegeven telkens een order wordt geplaatst (vb. telkens wanneer een protonkaart moet worden opgeladen). Een algemene

²⁷ In de praktijk zullen dienstverleners die een gedragscode hebben onderschreven een label of keurmerk op hun site aanbrengen, dit onder de vorm van een logo. Veelal verbergt dit logo een hyperlink naar de webpagina van het relevante keurmerk, waar de voorwaarden om het logo te mogen affichereren, worden uiteengezet. Volgens Terryn voldoet de dienstverlener in een dergelijk geval aan zijn verplichting om informatie te verstrekken over de manier waarop de code langs elektronische weg kan worden geraadpleegd: E. TERRY, "Nieuwe informatieplichten voor de dienstverlener", in *Elektronische handel. Commentaar bij de wetten van 11 maart 2003*, Brugge, Die Keure, 2003, 63.

²⁸ De Wet Informatiemaatschappij verplicht de dienstverlener niet het contract in een bepaalde taal te stellen. Deze verplichting kan voortvloeien uit andere wetgeving (vb. art. 4 WMPC).

²⁹ Het moet met andere woorden voor de afnemer van de dienst duidelijk zijn wanneer het contract precies tot stand komt.

³⁰ Memorie van Toelichting, *Parl. St.*, Kamer, Doc. 50, 2001/1, 33.

³¹ In toepassing van artikel 9 Wet Informatiemaatschappij is de dienstverlener ertoe gehouden om, voordat de afnemer zijn order plaatst, aan de afnemer passende technische middelen ter beschikking te stellen waarmee hij invoerfouten kan opsporen en corrigeren.

³² Memorie van toelichting, *Parl. St.*, Kamer, Doc. 50, 2001/1, 32.

³³ Opdat sprake zou zijn van een order moet het niet noodzakelijk gaan over een aanbod of een aanvaarding in de klassieke civielrechtelijke betekenis van het woord.

informatiepagina kan volstaan op voorwaarde dat deze voldoet aan de vermelde transparantievereisten³⁴.

20. Artikel 7 §1, 8° (betreffende gedragscodes) en 8 §1 (supra nr. 19) zijn niet van toepassing op contracten die uitsluitend via uitwisseling van elektronische post gesloten zijn (art. 11 Wet Informatiemaatschappij). De wet definieert elektronische post zeer ruim, met name als elk tekst-, spraak-, geluids- of beeldbericht dat over een openbaar communicatienetwerk wordt verzonden en in het netwerk of in de eindapparatuur kan worden opgeslagen tot het door de ontvanger wordt opgehaald (art. 2, 2°). Met elektronische post bedoelt men dus niet allen e-mail, doch evenzeer vocale telefonie op internet en SMS-berichten³⁵. Opdat deze uitzondering toepassing zou kunnen vinden, is het noodzakelijk dat het volledige contractuele proces via individuele elektronische communicatie is verlopen. Gemengde processen, die bijvoorbeeld de raadpleging van de website van de aanbieder van financiële diensten vergen, vallen dus niet onder deze uitzondering.

Partijen die niet als consument handelen, kunnen bij middel van overeenkomst afwijken van de bepalingen van artikel 7, § 1, 8°, en van de artikelen 8, § 1 en 9 Wet Informatiemaatschappij.

21. De Wet Informatiemaatschappij bevat geen bijzondere privaatrechtelijke sanctie in het geval waarin deze informatieverplichtingen niet worden gerespecteerd. De sanctionering kan derhalve enkel via het gemeen recht geschieden³⁶. Zo kan de consument die schade lijdt door de miskenning van deze informatieverplichtingen een schadevergoeding verkrijgen, voor zover hij uiteraard de omvang van de geleden schade kan bewijzen.

Hoofdstuk IV. Informatieverplichtingen in financiële wetgeving

Afdeling I. Verplichting informatie te verstrekken

§1 Consumentenkrediet

22. De informatie- en toelichtingsverplichting inzake consumentenkrediet ligt vervat in artikel 11 WCK³⁷. Deze informatieverplichting kan niet los gezien worden van de adviesverplichting uit artikel 15, lid 1 WCK. In wat volgt, schetsen we kort deze informatieverplichting.

Vooraf merken we nog op dat enkel de consument in de zin van de Wet Consumentenkrediet zich op deze bescherming kan beroepen, en dit enkel voor kredietovereenkomsten die onder het

³⁴ E. TERRY, "Nieuwe informatieplichten voor de dienstverlener", in *Elektronische handel. Commentaar bij de wetten van 11 maart 2003*, Brugge, Die Keure, 2003, 63.

³⁵ Memorie van Toelichting, *Parl. St.*, Kamer, Doc. 50, 2100/001, 17-18.

³⁶ C. BIQUET-MATHIEU en J. DECHARNEUX, "Contrats par voie électronique et protection des consommateurs", in *Contrats à distance et protection des consommateurs*, Luik, Cup, 2003, 52.

³⁷ Artikel 11ter WCK bepaalt dat leveranciers van goederen of aanbieders van diensten die "bij wijze van nevenactiviteit als kredietbemiddelaar optreden" worden vrijgesteld van de in artikel 11 WCK bepaalde informatieverplichtingen. Artikel 11ter WCK houdt enkel een vrijstelling in voor de kredietbemiddelaar, zodat de kredietgever er nog steeds moet voor zorgen dat de consument de door de wet vereiste informatie daadwerkelijk ontvangt.

toepassingsgebied van de wet vallen³⁸. Consument is elke natuurlijke persoon die een kredietovereenkomst sluit die geacht kan worden buiten zijn beroepsactiviteit te vallen. Nagegaan moet worden welke de bestemming is van het krediet. In tegenstelling tot hetgeen geldt bij toepassing van de Wet Marktpraktijken, is niet vereist dat de natuurlijke persoon het krediet aangaat voor uitsluitend private doeleinden. Het volstaat dat dit geschiedt voor hoofdzakelijk niet-professionele doeleinden³⁹.

A. De Informatieverplichting

23. Artikel 11 WCK verplicht de kredietgever (en/of kredietbemiddelaar) de consument op papier of op een andere duurzame drager informatie te verstrekken die hem toelaat verschillende aanbiedingen te vergelijken om zodoende een geïnformeerd besluit te kunnen nemen over het al dan niet sluiten van de kredietovereenkomst. De informatie moet in principe verstrekt worden vooraleer de consument verbonden is door de kredietovereenkomst of een aanbod. Wordt de kredietovereenkomst echter op verzoek van de consument gesloten via een middel van communicatie op afstand dat niet toelaat de informatie voorafgaandelijk op papier of duurzame drager te verstrekken, kan de standaardinformatie ook onmiddellijk na het sluiten van de overeenkomst worden overgemaakt. Deze regel is analoog aan deze die men aantreft in de Wet Marktpraktijken voor overeenkomsten op afstand betreffende financiële diensten (supra nr. 11).

De informatie die verstrekt moet worden, wordt gedetailleerd opgesomd in artikel 11 WCK. Wij verwijzen ter zake naar de tekst van de wet en beperken ons 1) tot de vaststelling dat artikel 11 WCK wel degelijk additionele informatieverplichtingen bevat in vergelijking met de lijst van informatie-elementen uit artikel 50/52 WMPC (vb. de geldende rentevoet ingeval van betalingsachterstand alsmede de wijzigingsmodaliteiten ervan en, in voorkomend geval, de kosten van niet-nakoming van de kredietovereenkomst, een waarschuwing betreffende de gevolgen van wanbetaling) en 2) tot de mededeling dat voor bepaalde kredietovereenkomsten, met name de geoorloofde debetstanden op rekening en de overschrijdingen, afwijkende regelen bestaan, die inhouden dat minder informatie moet worden verstrekt (art. 11 *bis* WCK). Welke informatie precies verstrekt moet worden hangt dan weer af van de modaliteiten van de geoorloofde debetstand op rekening (terugbetaalbaar binnen de maand of op drie maanden)⁴⁰.

24. Net zoals de Wet Marktpraktijken vereist ook de Wet consumentenkrediet dat de informatie op papier of een andere duurzame drager wordt verstrekt. Bijzonder is echter dat de informatie verstrekt moet worden via het Europese Standaardinformatieformulier, i.e. volgens een vast model. Het model van dit formulier vindt men in bijlage bij de wet. De kredietgever mag de plaats van de rubrieken, vermeld op het formulier, niet wijzigen, aangezien een verplaatsing van de informatie de

³⁸ Wat de toepassing op kredietovereenkomsten betreft: R. STEENNOT, "Toepassingsgebied van de Wet Consumentenkrediet", verschijnt in het verslagboek van de IFR-dagen 2011, Antwerpen, Intersentia, 2012.

³⁹ M. DE MUYNCK, "Consumentenkrediet: de wet van 13 juni 2010 gewikt en gewogen", *RABG* 2011, 10-11.

⁴⁰ Zie: M. DE MUYNCK en R. STEENNOT, "De nieuwe wet consumentenkrediet en kredietopeningen: een afdoende bescherming voor de consument?", *TBH* 2011, 203 ev.

vergelijkbaarheid zou bemoeilijken⁴¹. De informatieverplichting wordt derhalve bij toepassing van de Wet Consumentenkrediet verder geformaliseerd.

Indien de kredietgever naast de in wet vermelde informatie, die in het Standaardinformatieformulier moet worden opgenomen, bijkomende informatie wenst te verstrekken, dan moet deze aanvullende informatie in een afzonderlijk, aan het Standaardinformatieformulier gehecht document worden opgenomen.

25. Indien de kredietovereenkomst op afstand wordt gesloten rijst de vraag of de regelen uit artikel 11 WCK en de bepalingen inzake overeenkomsten op afstand betreffende financiële diensten uit de Wet Marktpraktijken cumulatief moeten worden gehanteerd. Artikel 11 WCK bevat hieromtrent twee bepalingen: 1) Artikel 11 §1 WCK bepaalt dat de kredietgever wordt geacht te hebben voldaan aan de informatieverplichting uit artikel 50 WMPC wanneer hij de Europese standaardinformatie inzake consumentenkrediet heeft verstrekt; 2) Artikel 11 §2 WCK bepaalt dat bij communicatie via spraaktelefonie, als bedoeld in artikel 51 WMPC, de beschrijving van de belangrijkste kenmerken van de financiële dienst bedoeld in artikel 51, tweede lid, b) van die wet ten minste de informatie bedoeld in § 1, tweede lid, 3° tot 6° en 8°, alsmede het jaarlijkse kostenpercentage weergegeven aan de hand van een representatief voorbeeld en het totale door de consument te betalen bedrag moet bevatten.

Wat derhalve niet wordt geregeld, is de verhouding tussen artikel 11 WCK en artikel 52 WMPC dat eveneens een verplichting bevat om bepaalde informatie op papier of duurzame drager te verstrekken. In de mate waarin artikel 52 WMPC voorziet in een bijkomende informatieverplichting rijst de vraag of ook deze informatie moet worden verstrekt. Wij zijn van oordeel dat de informatieverplichtingen uit artikel 52 WMPC en artikel 11 WCK cumulatief moeten worden toegepast. De informatie die daarbij enkel door artikel 52 WMPC wordt voorgeschreven mag daarbij niet opgenomen worden in het SECI, maar moet via een afzonderlijk document, gehecht aan het SECI, verstrekt worden. Hetzelfde geldt overigens voor de informatie die op grond van de Wet Informatiemaatschappij bijkomend nog verschuldigd is indien het krediet langs elektronische weg wordt aangeboden.

B. Verplichting passende toelichting te verstrekken

26. De kredietgever is er niet enkel toe gehouden informatie te verstrekken. Hij moet tevens aan de consument een passende toelichting geven, dit om de consument toe te laten te oordelen of de kredietovereenkomst aan zijn behoeften en financiële situatie beantwoordt (artikel 11 §4 WCK). De wetgever verduidelijkt dat dergelijke toelichting de voornaamste kenmerken van de voorgestelde kredietovereenkomsten alsook de gevolgen van (het niet nakomen van) de daarin opgenomen verbintenissen dient te omvatten.

Bij de invulling van deze toelichtingsverplichting dient onder meer rekening te worden gehouden met de financiële geletterdheid van de kandidaat-kredietnemer⁴². Indien de kredietnemer niet over de

⁴¹ Indien echter blijkt dat bepaalde elementen niet van toepassing zijn op het aangeboden krediet, dan kunnen ze worden weggelaten.

financiële capaciteit beschikt om op basis van de in het Standaardinformatieformulier opgenomen informatie een weloverwogen besluit te nemen in verband met het al dan niet aangaan van een bepaalde kredietovereenkomst, zal het aan de kredietgever of kredietbemiddelaar zijn om deze informatie op individuele basis toe te lichten, dit in een voor de betrokken consument begrijpelijke taal.

27. Indien het krediet wordt aangeboden op afstand zal de kredietgever er derhalve moeten over waken dat zijn website toelaat om de passende toelichting te verstrekken aan consumenten die daar behoefte aan hebben. Daartoe zou de kredietgever op de website een informatiepagina kunnen opnemen die enerzijds, voor zover noodzakelijk, een passende toelichting bevat voor de gemiddelde consument en die anderzijds minder geletterde consumenten uitnodigt om individueel bijkomende informatie te vragen (vb. via e-mail, telefonisch) op die punten waar de verstrekte informatie voor de betrokken consument onvoldoende duidelijk is⁴³.

Indien men te maken heeft met een kredietopening die wordt aangeboden op afstand (bijvoorbeeld via Internet, per SMS of via de telefoon)⁴⁴, en indien naast de kredietopening ook leningen op afbetaling of verkopen op afbetaling worden aangeboden, moet de kredietgever⁴⁵ bovendien toelichting verstrekken omtrent de voor- en nadelen van een kredietopening in vergelijking met de verkoop op afbetaling of lening op afbetaling (vb. over de hogere kost van een kredietopening) (art. 11 §4, lid 2 WCK). De wijze waarop de kredietovereenkomst wordt verstrekt, leidt aldus tot een specifieke informatieplicht. De kredietgever zal er moeten voor zorgen dat de gehanteerde techniek voor communicatie op afstand dit toelaat.

C. De zoektocht naar het best aangepaste krediet

28. Artikel 15, lid 1 WCK bepaalt dat de kredietgever en de kredietbemiddelaar verplicht zijn om voor de kredietovereenkomsten die zij gewoonlijk aanbieden of waarvoor zij gewoonlijk bemiddelen, het krediet te zoeken dat qua soort en bedrag het best aangepast is, rekening houdend met de financiële situatie van de consument op het ogenblik van het sluiten van de kredietovereenkomst en met het doel van het krediet.

Deze adviesverplichting houdt uiteraard niet in dat de kredietgever de consument moet verwijzen naar het bestaan van voor de consument meer voordelige formules bij de concurrentie⁴⁶. Immers, de kredietgever moet enkel zoeken naar het best aangepaste krediet binnen de kredieten die hij gewoonlijk aanbiedt. Uit de regel van artikel 15 WCK resulteert daarentegen wel dat de kredietgever die helemaal geen gepast krediet kan aanbieden zich ervan moet onthouden om een kredietovereenkomst te sluiten.

⁴² M. DE MUYNCK, "Consumentenkrediet: de wet van 13 juni 2010 gewikt en gewogen", *CABG* 2011, 48-49.

⁴³ Vgl. M. TISON, "Virtuele financiële dienstverlening: een transactionele benadering", *Privaatrecht in de reële en virtuele wereld*, Mechelen, Kluwer, 2002, 305.

⁴⁴ Dezelfde regel geldt bij een verkoop buiten de onderneming.

⁴⁵ In voorkomend geval de kredietbemiddelaar.

⁴⁶ Vred. Kortrijk 29 juni 2004, *Jaarboek Kredietrecht 2004*, 55.

De adviesverplichting uit artikel 15, lid 1 WCK maakt duidelijk dat de wetgever van oordeel is dat de consument, zelfs indien hij informatie en een passende toelichting verkrijgt, mogelijks niet in staat is om zelf te beslissen welk krediet het best aangepast is voor hem. Immers, aan de kredietgever en kredietbemiddelaar wordt de verplichting opgelegd om te zoeken naar het meest aangepaste krediet. De wetgever lijkt aldus de mening te zijn toegedaan dat informatie niet steeds kan garanderen dat de consument zelf kiest voor de juiste kredietvorm. De Belgische wetgever heeft duidelijk minder vertrouwen in de consument dan de Europese wetgever die in de Richtlijn Consumentenkrediet de verplichting van de kredietgever beperkt tot het verstrekken van informatie en passende toelichting. Gelet op het feit dat de Richtlijn gesteund is op het principe van volledige harmonisatie, kan betwijfeld worden of de Belgische wetgever deze verplichting wel kon behouden⁴⁷.

29. Uit de rechtspraak blijkt duidelijk dat de verplichting te zoeken naar het krediet dat het best is aangepast aan de behoeften van de consument inhoudt dat de kredietgever een grotere voorzichtigheid aan de dag moet leggen wanneer een krediet bestemd is om andere kredieten aan te zuiveren⁴⁸. Dit betekent evenwel niet dat een kredietgever er steeds toe gehouden is te weigeren dergelijke kredietovereenkomsten te sluiten⁴⁹. Meer concreet, zou het aangaan van een krediet, dat bestemd is voor de herfinanciering van één of meerdere andere kredieten, gerechtvaardigd kunnen worden door de mogelijkheid voor de consument om een nieuwe overeenkomst onder meer voordelige voorwaarden te sluiten (vb. lager jaarlijks kostenpercentage, lagere mensualiteiten). Omgekeerd werd geoordeeld dat een kredietgever artikel 15, lid 1 WCK miskent wanneer blijkt dat het jaarlijkse kostenpercentage voor het oude en het nieuwe krediet bijna identiek is en het bedrag van de maandelijkse afkortingen van de nieuwe lening nauwelijks lager is dan dat van de termijnen die op grond van de bestaande lening terugbetaald dienden te worden. Dergelijk krediet is niet interessant voor de consument. Ofwel ondervindt de consument immers geen problemen bij de terugbetaling van het lopende krediet en dan heeft het geen zin een nieuw krediet onder de genoemde voorwaarden tot stand te brengen, ofwel waren er wel betalingsmoeilijkheden en dan had de kredietgever het krediet moeten weigeren⁵⁰.

30. Indien een consumentenkredietovereenkomst langs elektronische weg wordt aangeboden aan een consument zal de kredietgever er moeten over waken dat hij ook langs elektronische weg kan voldoen aan zijn adviesverplichting. Zo zal hij bij een centralisatie van kredieten moeten nagaan of dit wel nuttig is voor de consument. In het verleden werd in de rechtsleer reeds geargumenteed dat het gebruik van het Internet de naleving van deze adviesverplichting niet onmogelijk maakt⁵¹.

⁴⁷ Zie hierover: R. STEENNOT, "Protecting borrowers through information and advice: the Belgian Consumer Credit Act", in *Law across Nations: Governance, Policy & Statutes*, IATL, 2011, 312; E. TERRY en J. VANEROM, "De implicaties van de nieuwe Richtlijn consumentenkrediet voor het Belgisch recht", in *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2009, 34.

⁴⁸ Vred. Sint-Niklaas 28 maart 2001, *Jaarboek Kredietrecht 2001*, 124, noot G. STRAETMANS; DCCR 2001, 170; Vred. Grâce-Hollogne 13 februari 2001, *Jaarboek Kredietrecht 2001*, 176; T. Vred. 2002, 143; Vred. Oudenaarde 15 januari 2001, T. Vred. 2002, 138; Vred. Oostrozebeke 31 maart 1998, *Jaarboek Kredietrecht 1998*, 106

⁴⁹ Vred. Sint-Niklaas 4 december 2001, *Jaarboek Kredietrecht 2001*, 161; AJT 2001-2002, 1030.

⁵⁰ Rb. St.-Niklaas 17 april 2002, *Jaarboek Kredietrecht 2002*, 133.

⁵¹ M. TISON, "Virtuele financiële dienstverlening: een transactionele benadering", *Privaatrecht in de reële en virtuele wereld*, Mechelen, Kluwer, 2002, 305.

31. Indien de kredietgever of kredietbemiddelaar de informatie-, toelichtings- en adviesverplichting uit de Wet Consumentenkrediet niet naleeft, moet rekening gehouden worden met de in artikel 92 WCK bepaalde sanctie. De rechter kan de consument vrijstellen van de betaling van (een deel van) de nalatigheidsinteressen of kan – en dit is de sanctie die in de praktijk meestal wordt toegepast – de verplichtingen van de consument verminderen tot het ontleende bedrag of bedrag bij contante betaling, waarbij de consument het voordeel behoudt van de betaling in termijnen⁵². De consument wordt aldus vrijgesteld om kosten of interesten te verkrijgen, doch behoudt de mogelijkheid om gespreid terug te betalen overeenkomstig het oorspronkelijke tijdschema (gratis krediet).

De sanctie waarin wordt voorzien in artikel 92 WCK verschilt duidelijk van de sanctie waarin de Wet Marktpraktijken voorziet (mogelijkheid tot opzegging). Het verschil met de Wet Informatiemaatschappij springt nog meer in het oog aangezien de Wet Informatiemaatschappij geen specifieke privaatrechtelijke sanctie bevat. Zodra bepaalde informatie niet enkel door de Wet Marktpraktijken of de Wet Informatiemaatschappij wordt vereist, doch tevens door de Wet Consumentenkrediet, kan de strengere sanctie uit de Wet Consumentenkrediet worden toegepast.

§2 Betalingsdiensten

32. De Wet Betalingsdiensten maakt een onderscheid tussen informatie die ter beschikking gesteld moet worden of verstrekt moet worden in het kader van een eenmalige betalingstransactie en in het kader van een raamcontract (resp. art. 8-9 en art. 13-14). Wij beperken ons in deze bijdrage tot de hypothese van het raamcontract. Vooraf merken we op dat deze regeling in beginsel zowel de consument in de traditionele betekenis van het woord als de professioneel beschermt. Evenwel bestaat de mogelijkheid om in de verhouding tot betalingsdienstgebruikers die geen consument zijn te bepalen dat de in de wet bepaalde informatieverplichting geen toepassing vindt (art. 27 Wet Betalingsdiensten).

Meer concreet moet de in artikel 14 Wet Betalingsdiensten opgenomen informatie door de betalingsdistaanbieder verstrekt worden te gelegener tijd voordat de betalingsdienstgebruiker gebonden is, hetzij door het raamcontract, hetzij door het aanbod. Enkel indien het contract op verzoek van de betalingsdienstgebruiker is gesloten met een techniek die het onmogelijk maakt om de informatie te verstrekken vooraleer de betalingsdienstgebruiker verbonden is, kan de informatie onmiddellijk na de uitvoering van de betalingstransactie gegeven worden (art. 13 Wet Betalingsdiensten). Opnieuw is de regel analoog aan deze die werd uitgewerkt in artikel 52 WMPC betreffende overeenkomsten op afstand inzake financiële diensten (supra nr. 11).

De informatie moet in gemakkelijk te begrijpen bewoordingen en in duidelijke en bevattelijke vorm worden voorgesteld (art. 8 §1, lid 3 Wet Betalingsdiensten). De informatieverplichting kan worden nagekomen door een exemplaar van het ontwerp-raamcontract te verstrekken waarin de door de

⁵² Voor een toepassing van art. 92 WCK: Vred. Gent 6 januari 2005, *RABG* 2005, 345; Vred. Kortrijk 28 juni 2005, *Jaarboek Kredietrecht* 2005, 34; Vred. Ronse 27 juli 2004, *Jaarboek Kredietrecht* 2004, 18; Vred. Sint-Niklaas 22 oktober 2003, *Jaarboek Kredietrecht* 2003, 29.

wet vereiste informatie is opgenomen (art. 13 §3 Wet Betalingsdiensten). Het gaat hier over een mogelijkheid en niet om een verplichting. De betalingsdienstaanbieder kan de door de wet vereiste informatie dus ook op een andere manier vertrekken. Vereist is wel, net als bij toepassing van de Wet Marktpraktijken en de Wet Consumentenkrediet, dat de informatie op papier of op een duurzame drager wordt verstrekt. In tegenstelling tot de Wet Consumentenkrediet vereist de Wet Betalingsdiensten niet dat gebruik wordt gemaakt van een vast model.

Bekijkt men de informatie die verstrekt moet worden, zal men merken dat deze bijzonder uitgebreid is. Ook met betrekking tot betalingsdiensten werd in de rechtsleer reeds geopperd dat de hoeveelheid informatie die verstrekt moet worden te omvangrijk is⁵³.

33. In bepaalde gevallen zal de betalingsdienstaanbieder niet enkel rekening moeten houden met de informatieverplichtingen die vervat liggen in de Wet Betalingsdiensten. Dit is onder meer het geval wanneer de overeenkomst betreffende de betalingsdienst tevens een kredietovereenkomst vormt die onder de toepassing van de Wet Consumentenkrediet ressorteert, alsook indien de overeenkomst betreffende de verwerving van een betalingsdienst op afstand (al dan niet via Internet) werd gesloten. De Wet Betalingsdiensten regelt de verhouding met de Wet Consumentenkrediet en de Wet Marktpraktijken.

Artikel 5, lid 2 Wet Betalingsdiensten bepaalt uitdrukkelijk dat de informatieverplichtingen, die in de Wet Betalingsdiensten werden opgenomen, geen afbreuk doen aan de toepassing van informatieverplichtingen die vervat liggen in de Wet Consumentenkrediet⁵⁴. Met andere woorden, de naleving van de informatieverplichtingen uit de Wet Betalingsdiensten stelt de betalingsdienstaanbieder niet vrij van de informatieverplichtingen die vervat liggen in de Wet Consumentenkrediet. In het bijzonder kan daarbij melding gemaakt worden van de verplichtingen in de artikelen 10 en 11 van de Wet Consumentenkrediet. Deze betreffen respectievelijk de verplichting bij de consument informatie in te winnen omtrent zijn financiële situatie en zijn terugbetalingmogelijkheden en de verplichting om de in de wet bepaalde informatie te verstrekken, dit op papier of een andere duurzame drager via het Europese Standaardinformatieformulier.

Wat overeenkomsten op afstand betreffende financiële diensten betreft, moet rekening worden gehouden met artikel 24 Wet Betalingsdiensten dat stelt dat bepaalde regelen uit de Wet Betalingsdiensten betreffende informatieverplichtingen, bepaalde (doch zeker niet alle) informatieverplichtingen betreffende overeenkomsten op afstand vervangen. Met andere woorden, voor bepaalde informatieplichten, met name voor de informatieplichten uit artikel 50 §1, 1°, 2°, a-b, 3°, b-c en f-g en 4°, a WMPC is de Wet Betalingsdiensten de *lex specialis*, voor het overige geldt er een cumulatieve toepassing. Artikel 52 WMPC dat in de verplichting voorziet om in de wet bepaalde informatie te verstrekken op papier of op duurzame drager, dit te gelegener tijd voordat de consument verbonden is, blijft integraal van toepassing.

Wordt de betalingsdienst via het Internet verstrekt, dan dient bijkomend nog rekening te worden gehouden met de informatieverplichtingen die men aantreft in de Wet Informatiemaatschappij. Indien een betalingsdienstcontract met een consument via Internet wordt gesloten en deze

⁵³ R. STEENNOT en T. BAES, "Wet op de Betalingsdiensten: bescherming of overbescherming?", *BFR* 2010, 222.

⁵⁴ Uiteraard voor zover de informatieverplichtingen uit de artikelen 10-15 WCK op de betrokken kredietovereenkomst van toepassing zijn (vb. kredietopening van onbepaalde duur). Zie artikel 3 WCK.

overeenkomst bovendien de mogelijkheid biedt om krediet te verwerven, dient dus rekening te worden gehouden met de informatieverplichtingen uit de Wet Betalingsdiensten, de Wet Marktpraktijken, de Wet Consumentenkrediet (voor zover van toepassing) en de Wet Informatiemaatschappij.

34. De Wet Betalingsdiensten bevat twee verschillende sancties voor het geval waarin de door de wet bepaalde informatieverplichtingen niet worden gerespecteerd. In het geval waarin de betaler niet wordt geïnformeerd over de risico's van een betaalinstrument en de aansprakelijkheid bij niet-toegestane betalingstransacties, kan de betaler niet aansprakelijk gesteld worden voor de niet-toegestane betalingstransacties die met zijn instrument hebben plaats gevonden (art. 62 Wet Betalingsdiensten). Bij niet-naleving door de betalingsdienstaanbieder van de informatieverplichtingen voortvloeiend uit de artikelen 13, 14, 2° tot 6° Wet Betalingsdiensten kan de betalingsdienstgebruiker de raamovereenkomst met een gemotiveerd ter post aangetekend schrijven zonder kosten of boete onmiddellijk opzeggen vanaf het ogenblik dat hij kennis had of hoorde te hebben van de niet-nageleefde verplichtingen. Men kan deze sanctie vergelijken met deze die door de Wet Marktpraktijken is voorzien voor een schending van bepaalde informatieverplichtingen bij overeenkomsten op afstand betreffende financiële diensten.

Deze sanctie doet geen afbreuk aan de toepassing van het gemeen recht. De consument die kan bewijzen dat hij door de miskennen van de informatieverplichtingen schade heeft geleden die niet wordt vergoed ingevolge de sancties voorzien in de Wet Betalingsdiensten, zal deze schade op grond van het gemeen recht kunnen verhalen.

§ 3 Beleggingsdiensten

35. Artikel 27 §3 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten (hierna Wet Financieel Toezicht) bepaalt dat aan cliënten en potentiële cliënten in een begrijpelijke vorm passende informatie moet worden verstrekt over de gereguleerde onderneming en haar diensten, de financiële instrumenten en voorgestelde beleggingsstrategieën (met inbegrip van een passende toelichting en waarschuwing over de risico's), de plaatsen van uitvoering en de kosten en bijbehorende lasten. De verstrekte informatie moet de belegger redelijkerwijze in staat stellen de aard en de risico's van de aangeboden beleggingsdienst en van de specifiek aangeboden categorie van financiële instrumenten in te schatten en derhalve met kennis van zaken een beleggingsbeslissing te nemen. Deze informatieverplichting wordt verder uitgewerkt in het MiFID-KB, meer bepaald in de artikelen 9 tot 14⁵⁵. De informatie die gegeven moet worden is bijzonder ruim, hetgeen ook hier in de rechtsleer werd bekritiseerd.

36. De informatie mag bij toepassing van artikel 27§3 WFT in gestandaardiseerde vorm worden verstrekt. De vraag rijst of dit betekent dat aan elke belegger dezelfde informatie gegeven kan worden? Het K.B. beperkt er zich toe te bepalen dat bij het verstrekken van informatie over de aard en de risico's van financiële instrumenten rekening gehouden moet worden met het feit of men te

⁵⁵ Zie hierover: V. COLAERT en T. VAN DYCK, "Mifid en de gedragsregels. Een nieuw juridisch kader voor beleggingsdiensten", *T.B.H.* 2008, 255-258.

maken heeft met professionele of niet-professionele cliënten (art. 12 §1). Hieruit mag men naar onze overtuiging echter niet afleiden dat aan elke niet-professionele cliënt dezelfde informatie in gestandaardiseerde vorm verstrekt mag worden. Artikel 27 §3 WFT vereist dat de informatie duidelijk is en in begrijpelijke vorm wordt medegedeeld. Wat begrijpelijk is voor de ene belegger, bijvoorbeeld een bestuurder van een KMO, is dat niet voor de andere, bijvoorbeeld een laaggeschoolde. Handelt een gereguleerde onderneming met een potentiële cliënt met een zeer beperkte opleiding en beperkte kennis aangaande financiële instrumenten, dan moet zij ervoor zorgen dat de medegedeelde gestandaardiseerde informatie, in het bijzonder betreffende de risico's, daaraan aangepast is en derhalve voor die subcategorie van beleggers begrijpelijk is. Wil men niet aan elke niet-professionele belegger informatie geven aangepast aan de belegger met de minste kennis, dan zal de onderneming gebruik moeten maken van verschillende gestandaardiseerde informatieformulieren of aan de minst ervaren belegger een bijkomende toelichting moet verstrekken.

Tegen deze redenering zou men kunnen inbrengen dat het volstaat dat de informatie begrijpelijk is voor de gemiddelde niet-professionele belegger. Ook artikel 8 §2 MiFID-K.B. vereist enkel dat de informatie begrijpelijk is voor het gemiddelde lid van de groep tot wie zij is gericht. Artikel 8 kan echter niet de toepassing van het criterium van de gemiddeld consument rechtvaardigen. Artikel 8 betreft immers informatie, met inbegrip van reclame, die gericht is aan een groep potentiële beleggers, alsook informatie die vrijwillig wordt verstrekt⁵⁶. De artikelen 10 e.v. handelen daarentegen enkel over informatie die aan een *bepaalde* belegger voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst of het verrichten van de dienst verstrekt *moet* worden, dit om hem toe te laten met kennis van zaken een beleggingsbeslissing te nemen. In een dergelijk geval weet men dus met welk soort belegger men te maken heeft.

37. Wat het tijdstip betreft waarop de informatie moet worden medegedeeld, wordt een onderscheid gemaakt tussen enerzijds de verplichting om de contractuele voorwaarden en informatie over de gereguleerde onderneming mee te delen en anderzijds de informatie betreffende de aard en de risico's van financiële instrumenten en de kosten en bijbehorende lasten. Eerstgenoemde informatie moet tijdig verstrekt worden voor dat de cliënt gebonden is aan een contract om bepaalde beleggings- of nevendiensten af te nemen (of vooraleer de dienst wordt verricht indien de dienst wordt verricht vooraleer de consument gebonden is aan een contract). Laatstgenoemde informatie moet tijdig verstrekt worden voordat beleggings- of nevendiensten worden verricht (het kan dus ook nadat de overeenkomst tot stand is gekomen). Dit onderscheid betreffende het tijdstip waarop de informatie verstrekt moet worden, mag niet verwonderen nu het bij het sluiten van een raamcontract waarbinnen later verrichtingen met betrekking tot verschillende financiële instrumenten zullen plaatsvinden nog niet mogelijk is informatie te verstrekken over de risico's en de kosten verbonden aan concrete verrichtingen die later zullen plaatsvinden. In ieder geval moet de informatie tijdig verstrekt worden, i.e. op een tijdstip waarop zij door de belegger nog verwerkt kan worden vooraleer hij een beslissing neemt. Rekening moet ter zake worden gehouden

⁵⁶ V. COLAERT en T. VAN DYCK, "MiFID en de gedragsregels. Een nieuw juridisch kader voor diensten van vermogensbeheer, beleggingsadvies en orderuitvoering", *TBH* 2008, 249.

met de urgentie van de situatie en de tijd die de cliënt nodig heeft om informatie in zich op te nemen en daarop te reageren⁵⁷.

In bepaalde gevallen is het toegelaten om in afwijking van de basisregel informatie te verstrekken onmiddellijk nadat de consument gebonden is of nadat de dienst werd verstrekt. De regel is intussen gekend. Het betreft het geval waarin het contract op verzoek van de cliënt is gesloten met behulp van een techniek voor communicatie op afstand die niet toelaat alle vereiste informatie op de door de wet voorgeschreven wijze voorafgaandelijk te communiceren. Het is dan wel vereist dat ook tegenover niet-professionele beleggers de regelen inzake overeenkomsten op afstand betreffende financiële diensten uit de Wet Marktpraktijken worden nageleefd. Deze verplichting geldt dus zelfs indien de belegger geen consument is in de zin van de Wet Marktpraktijken (art. 10 §5 MiFID-K.B.). Dit impliceert in het bijzonder dat de informatieplichten uit artikel 51 WMPC (informatie die verstrekt moet worden bij communicatie via spraaktelefonie)⁵⁸ zullen moeten worden gerespecteerd, zelfs indien de wederpartij geen consument is.

38. De informatie moet in principe verstrekt worden op een duurzame drager⁵⁹ (art. 10 §4 MiFID-K.B.), die slechts onder bepaalde voorwaarden een andere duurzame drager dan papier mag zijn. Wil men de informatie op een niet papieren duurzame drager (vb. e-mail) meedelen, is vooreerst vereist dat de verstrekking van deze informatie op de desbetreffende drager in de context past waarin de onderneming met de cliënt zaken doet of zaken gaat doen. De verstrekking van informatie via elektronische mededelingen wordt geacht te passen in de context waarin de onderneming met de cliënt zaken doet of zaken gaat doen als bewezen is dat de cliënt regelmatig toegang tot internet heeft. Dit wordt als bewezen aangemerkt als de cliënt een e-mailadres als communicatiemiddel opgeeft om zaken te kunnen doen (art. 5 §4 MiFID-K.B.). Aangezien in de praktijk bij het aangaan van een relatie de consument veelal wordt gevraagd zijn e-mail adres op te geven, zal deze voorwaarde in de meeste gevallen vervuld zijn⁶⁰. Er is evenwel nog een tweede vereiste die erin bestaat dat de persoon aan wie de informatie moet worden verstrekt specifiek voor deze andere drager moet hebben gekozen wanneer hij voor de keuze wordt gesteld tussen informatie op papier of op deze andere duurzame drager (art. 5 §2 MiFID-K.B.).

Hoewel een website in de regel niet kan worden beschouwd als een duurzame drager (supra nr. 11), laat het K.B. de mogelijkheid om onder bepaalde voorwaarden de informatie die niet persoonlijk aan de cliënt gericht is via de website ter beschikking te stellen. Vereist is dat 1) de verstrekking van deze informatie op de desbetreffende drager past in de context waarin de onderneming met de cliënt zaken doet of zaken gaat doen; 2) de cliënt specifiek instemt met de verstrekking van informatie in deze vorm; 3) de cliënt elektronisch op de hoogte gebracht wordt van het adres van de website en de plaats op de website waar toegang kan worden verkregen tot de informatie; 4) de

⁵⁷ V. COLAERT en T. VAN DYCK, "MiFID en de gedragsregels. Een nieuw juridisch kader voor diensten van vermogensbeheer, beleggingsadvies en orderuitvoering", *TBH* 2008, 253.

⁵⁸ Zie: R. STEENNOT, "Artikel 83 quater WHPC", in *Artikelsgewijze Commentaar Handels- en Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer.

⁵⁹ Over dit begrip: M. DEMOULIN, "La notion du support durable dans les contrats à distance: une contrefaçon de l'écrit?", *R.E.D.C.* 2000, 361 e.v. ; R. STEENNOT mmv S. DEJONGHE, *o.c.*, 252.

⁶⁰ V. COLAERT en T. VAN DYCK, "MiFID en de gedragsregels. Een nieuw juridisch kader voor diensten van vermogensbeheer, beleggingsadvies en orderuitvoering", *TBH* 2008, 255.

informatie actueel is en 5) de informatie via deze website onafgebroken toegankelijk blijft gedurende de tijd die de cliënt redelijkerwijs nodig heeft om deze in te zien (art. 5 §3 Mifid-K.B.).

In het geval waarin de beleggingsdiensten op afstand worden aangeboden aan consumenten rijst de vraag hoe deze regel zich verhoudt tot de bepalingen inzake overeenkomsten op afstand betreffende financiële diensten. Artikel 52 WMPC vereist immers dat de voorgeschreven informatie altijd middels een duurzame drager wordt verstrekt en een website is in de regel dus geen duurzame drager. Wij zijn van oordeel dat artikel 5 MiFID-K.B. geen afwijking kan inhouden van de bepalingen uit de Wet Marktpraktijken (dit omwille van de hiërarchie der rechtsnormen). Vereist de Wet Marktpraktijken voor bepaalde informatie een duurzame drager, dan kan artikel 5 §3 Mifid-K.B. deze verplichting niet opzij zetten. Men mag de gevolgen van deze vaststelling echter niet overdrijven indien men aanvaardt dat een website wel een duurzame drager is indien de consument via een mail van het adres van de website op de hoogte wordt gebracht en wordt uitgenodigd de webpagina te printen (supra nr. 11). Men treft het vereiste dat de consument elektronisch op de hoogte gebracht moet worden van de website immers ook aan in de MiFID-reglementering.

Afdeling II. Verplichting informatie in te winnen

39. Zowel inzake consumentenkrediet als inzake bepaalde beleggingsdiensten wordt aan de financiële dienstverlener de verplichting opgelegd om bij de zwakkere partij informatie in te winnen. De bedoeling bestaat er daarbij in te kunnen nagaan of de betrokken dienst wel geschikt is voor de wederpartij. De wijze waarop de informatie-inwinningsverplichting wordt georganiseerd en de gevolgen die eraan gekoppeld worden, verschillen echter.

§1 Consumentenkrediet

40. Artikel 10 WCK bevat de verplichting om bij de consument informatie in te winnen die toelaat om de financiële situatie van de consument en diens terugbetalingsmogelijkheden te beoordelen. Bijkomend moet de kredietgever de Centrale voor Kredieten aan Particulieren raadplegen. Aan deze informatieverplichting wordt een onthoudingsverplichting gekoppeld (infra nr. 44).

A. De informatieverplichting

41. Artikel 10 WCK creëert in hoofde van de kredietgever of kredietbemiddelaar een actieve ondervragingsverplichting⁶¹. Het is aan de kredietgever of de kredietbemiddelaar om het initiatief te

⁶¹ Vred. Arendonk 29 september 2009, zal verschijnen in *T. Vred.* 2011; Vred. Berchem 5 januari 1999, *Jaarboek Kredietrecht* 1999, 49; *DCCR* 1999, 88; *RW* 1999-2000, 1345; *T. Vred.* 2000, 109; Vred. Sint-Niklaas 4 december 2001, *Jaarboek Kredietrecht* 2001, 161; *AJT* 2001-2002, 1030; A. DE BOECK, "De aansprakelijkheid van de kredietverlener en de informatieverplichting van de consument", noot onder Vred. Gent 18 juli 1995, *RW* 1995-1996, 1272.

nemen om informatie in te winnen. In de praktijk zal de kredietgever of de kredietbemiddelaar de consument veelal een vragenlijst laten invullen (of samen met de consument invullen). Het is aan de kredietgever om te bepalen welke informatie van belang is. De wet bepaalt immers niet welke informatie minimaal moet worden gevraagd. De consument moet de gestelde vragen uiteraard juist en ook volledig beantwoorden⁶².

42. Het Hof van Cassatie besliste dat de bewijslast inzake de niet-naleving van deze bepaling op de consument rust⁶³. De consument moet aantonen dat niet alle vereiste informatie werd gevraagd. De kredietgever heeft evenwel de verplichting mee te werken op het niveau van de bewijsvoering. Dit impliceert dat van de kredietgever verlangd kan worden dat hij een document aanreikt waaruit blijkt dat de noodzakelijke informatie werd ingewonnen, in het bijzonder indien de situatie laat vermoeden dat de kredietgever zijn actieve ondervragingsverplichting niet heeft vervuld⁶⁴. Indien belangrijke informatie op het document ontbreekt (vb. geen vermelding van het bedrag van de huur), kan een schending van artikel 10 WCK worden vermoed.

43. Indien de kredietgever deze informatieverplichting niet nakomt dan kan de rechter, onverminderd andere gemeenrechtelijke sancties, de consument ontslaan van het geheel of van een gedeelte van de nalatigheidsinteressen en zijn verplichtingen verminderen tot de prijs bij contante betaling of tot het ontleende bedrag. De consument behoudt daarbij het voordeel van de betaling in termijnen (art. 92 WCK). Ook de borg kan zich op deze sanctie beroepen indien de kredietgever zijn informatieplicht tegenover de kredietnemer of de borg heeft miskend. Indien de consument verkeerde of onvolledige informatie verstrekt, kan de kredietovereenkomst in het nadeel van de consument worden ontbonden (art. 95 WCK). De consument moet dan het nog verschuldigd blijvend saldo onmiddellijk terugbetalen aan de kredietgever. Bijkomend zal de consument veelal een schadevergoeding verschuldigd zijn. Deze vergoeding mag de in artikel 27bis WCK bepaalde grenzen niet overschrijden.

B. De onthoudingsverplichting

44. Artikel 15, lid 2 WCK bepaalt dat de kredietgever slechts een kredietovereenkomst mag sluiten indien hij, gelet op de gegevens waarover hij beschikt of zou moeten beschikken, onder meer op basis van de raadpleging van de Centrale voor Kredieten aan Particulieren en op basis van de informatie bedoeld in artikel 10 WCK, redelijkerwijze moet aannemen dat de consument in staat zal zijn om aan zijn verplichtingen te voldoen. Artikel 15, lid 2 WCK legt de kredietgever de verplichting op, alvorens het krediet toe te staan op nauwgezette wijze de kredietwaardigheid van een aspirant-kredietnemer te onderzoeken⁶⁵. Stelt de kredietgever vast dat de kredietnemer normaal het krediet niet zal kunnen terugbetalen, dan moet hij weigeren de kredietovereenkomst te sluiten. Het volstaat

⁶² Rb. Brugge 31 januari 2003, *T. Vred.* 2003, 224.

⁶³ Cass. 10 december 2004, *Jaarboek Kredietrecht* 2005, 19, noot F. DE PATOUL.

⁶⁴ In die zin ook: *Vred. Diksmuide* 8 januari 2007, *Jaarboek Kredietrecht* 2007, 39; *Vred. Gent* 28 juni 2007, *Jaarboek Kredietrecht* 2007, 43.

⁶⁵ Rb. Oudenaarde 4 december 2002, *Jaarboek Kredietrecht* 2002, 104; Rb. Kortrijk 11 september 1998, *Jaarboek Kredietrecht* 1998, 95; *Vred. Oudenaarde* 15 januari 2001, *T. Vred.* 2002, 138; *Vred. Izegem* 6 januari 1999, *Jaarboek Kredietrecht* 1999, 53, noot J. T'JAMPENS.

daarbij niet de kredietnemer te waarschuwen. De kredietgever moet zijn beslissing in de plaats stellen van de consument. De onthoudingsverplichting maakt meteen duidelijk dat de wetgever hier van oordeel is dat informatie en zelfs advies op zich niet volstaat om de consument te beschermen tegen overmatige schuldenlast.

Artikel 15, lid 2 WCK impliceert dat de kredietgever de kredietwaardigheid van de consument op zich moet beoordelen. Het is niet omdat de kredietgever in het bezit is van voldoende zekerheden dat hij zonder probleem de kredietovereenkomst kan sluiten⁶⁶. Dit betekent ook dat de kredietgever geen rekening mag houden met de inkomsten van de borg.

45. De verplichting uit artikel 15, lid 2 WCK vormt een inspanningsverbintenis en geen resultaatsverbintenis (met uitzondering van de verplichting tot raadpleging van de Centrale voor Kredieten aan Particulieren). Dit betekent dat enkel wanneer de kredietgever een krediet toekent in omstandigheden waarin een normaal, redelijke en voorzichtige kredietgever zich zou hebben onthouden om krediet te verlenen, de kredietgever aansprakelijk gesteld kan worden⁶⁷. Het loutere feit dat de consument zijn kredietschulden niet kan terugbetalen volstaat niet. De consument draagt de bewijslast.

Een miskenning van artikel 15 WCK leidt tot dezelfde sanctie als een miskenning van artikel 10 WCK.

§ 2 Beleggingsdiensten

46. Artikel 27 §4 Wet Financieel Toezicht omvat de verplichting voor gereguleerde ondernemingen om bij de niet-professionele belegger informatie in te winnen. De achterliggende gedachte is dat een gereguleerde onderneming de belegger slechts op een goede manier kan bedienen indien zij de belegger kent. In wat volgt, wordt een onderscheid gemaakt tussen drie categorieën diensten: 1) vermogensbeheer en beleggingsadvies, 2) execution-only diensten en 3) de diensten die zich tussen deze beide categorieën bevinden. De mate waarin de gereguleerde onderneming informatie moet inwinnen en derhalve de mate waarin de belegger beschermd is, verschilt immers grondig.

A. Categorieën diensten

47. Execution-only diensten betreffen diensten waarbij de gereguleerde onderneming zich uitsluitend beperkt tot het uitvoeren van orders van cliënten en/of het ontvangen en doorgeven van deze orders⁶⁸. Het betreft bijvoorbeeld de hypothese waarin een belegger een kredietinstelling

⁶⁶ Vred. Leuven 19 maart 2002, *T. Vred.* 2003, 220.

⁶⁷ Rb. Dendermonde 10 februari 1998, *T. Vred.* 2000, 128; Rb. Kortrijk 11 september 1998, *Jaarboek Kredietrecht* 1998, 95; Vred. Gent 23 juni 2000, *DAOR* 2001, 178; *Jaarboek Kredietrecht* 2000, 64, noot J. VAN LYSEBETTENS; Vred. Gent 18 april 2000, *AJT* 2000-2001, 745; J. T'JAMPENS, noot onder Vred. Izegem 6 januari 1999, *Jaarboek Kredietrecht* 1999, 62

⁶⁸ V. COLAERT en T. VAN DYCK, "MiFID en de gedragsregels. Een nieuw juridisch kader voor diensten van vermogensbeheer, beleggingsadvies en orderuitvoering", *TBH* 2008, 264. De term "execution-only diensten"

binnen stapt en er vraagt om een bepaald aantal effecten te kopen of te verkopen en de onderneming zich beperkt tot het doorgeven of uitvoeren van het order.

Vermogensbeheer wordt omschreven als het per cliënt op discretionaire basis beheren van portefeuilles op grond van een door de cliënten gegeven opdracht, voor zover die portefeuilles één of meer financiële instrumenten bevatten (art. 46, 8° Wet van 6 april 1995 inzake het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen). Essentieel bij vermogensbeheer is dat de beheerder in het kader van het beheer de mogelijkheid heeft daden van beschikking te stellen, zonder dat hij daarbij voor die concrete transactie de toestemming nodig heeft van de belegger⁶⁹.

Beleggingsadvies wordt gedefinieerd als het doen van gepersonaliseerde aanbevelingen aan een cliënt, hetzij op diens verzoek hetzij op initiatief van de beleggingsonderneming, met betrekking tot één of meer verrichtingen die betrekking hebben op financiële instrumenten (art. 48, 9° Wet van 6 april 1995)⁷⁰. Opdat sprake kan zijn van beleggingsadvies moet het dus gaan om een gepersonaliseerde aanbeveling. Het betreft een aanbeveling die wordt voorgesteld als een aanbeveling die geschikt is voor de betrokken persoon, of berust op een afweging van diens persoonlijke omstandigheden en als oogmerk heeft dat 1) een *bepaald* financieel instrument wordt gekocht, verkocht, geruild, te gelde gemaakt, gehouden, overgenomen of er wordt daarop ingetkend of 2) een aan een *bepaald* financieel instrument verbonden recht wordt uitgeoefend of juist niet uitgeoefend om een financieel instrument te kopen, te verkopen, te ruilen, te gelde te maken of daarop in te tekenen (art. 46, 10° Wet 6 april 1995)⁷¹. Opdat de gedragsregelen in geval van beleggingsadvies toepassing vinden, is niet vereist dat het advies wordt geformaliseerd in een overeenkomst. Het is ook niet noodzakelijk dat een vergoeding voor het advies wordt betaald.

Voorbeelden van diensten die geen beleggingsadvies of vermogensbeheer inhouden, doch ook niet beschouwd kunnen worden als execution-only diensten betreffen de hypothese waarin de belegger op grond van een gesprek met de gereguleerde onderneming in een bepaalde richting wordt gestuurd of er op grond van bepaalde reclame (die in algemene termen een bepaald product voor een bepaalde soort niet-professionele beleggers als gepast suggereert⁷²) toe wordt gebracht te beleggen in een bepaalde dienst.

wordt in bepaalde rechtsleer ook gebruikt in een andere betekenis, met name wanneer men verwijst naar de hypothese waarin de informatie-inwinningsverplichting geen toepassing vindt. Daartoe is evenwel vereist dat aan een aantal bijkomende voorwaarden is voldaan. Beleggingsdiensten die bestaan uit het louter uitvoeren van orders, maar die niet voldoen aan die bijkomende voorwaarden, worden bij gebruik van deze terminologie dan niet als execution-only diensten beschouwd.

⁶⁹ Zie ook: B. FERON, "La gestion de fortune en droit belge", in *Aspects juridiques de la gestion de fortune, Cahiers AEDBF*, Brussel, Bruylant, 1999, 86-87. Vgl. L. CORNELIS en J. PEETERS, "De bankier als raadgever, vermogensbeheerder en beleggingsadviseur: inhoud en draagwijdte van zijn informatie- en adviesverplichtingen", Centrum voor Beroepsvervolmaking in de Rechten (ed.), *Actuele ontwikkelingen in de rechtsverhouding tussen bank en consument*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1994, 194.

⁷⁰ Het onderscheid tussen beleggingsadvies en vermogensbeheer is dus duidelijk. In geval van beleggingsadvies wordt enkel advies (persoonlijke aanbeveling) verstrekt met betrekking tot één of meer transacties in financiële instrumenten. De beleggingsadviseur is niet bevoegd om zonder daartoe concreet de opdracht te hebben verkregen de betrokken transactie ook door te voeren.

⁷¹ Er is dus geen sprake van een gepersonaliseerde aanbeveling indien de aanbeveling uitsluitend via distributiekanaalen of aan het publiek wordt gedaan.

⁷² W. VANDEVOORDE, "De bescherming van de belegger herbekeken", *BFR* 2007, 383.

B. Inhoud van de informatie-inwinningsverplichting

1. Vermogensbeheer en beleggingsadvies: suitability-test

48. Bij het verstrekken van vermogensbeheer of het verrichten van beleggingsadvies dient de gereglementeerde onderneming van de cliënt of de potentiële cliënt informatie in te winnen betreffende de kennis en ervaring van de potentiële cliënt op beleggingsgebied met betrekking tot het specifieke soort product of dienst, zijn financiële situatie en zijn beleggingsdoelstellingen (art. 27 §4). De ingewonnen informatie moet de gereglementeerde onderneming toelaten om geschikte beleggingsdiensten of financiële instrumenten te kunnen aanbevelen of om geschikt vermogensbeheer te kunnen verstrekken. Met andere woorden, de onderneming moet onderzoeken of rekening houdend met de financiële situatie, de beleggingservaringen en beleggingsdoelstellingen van de belegger een bepaalde dienst voor hem wel geschikt is. In het bijzonder zal daarbij door de gereglementeerde onderneming moeten worden onderzocht of de belegger de aan de beleggingsdienst verbonden risico's begrijpt (waarbij de beleggingservaring van de cliënt een cruciale rol speelt) en financieel kan dragen (art. 15 §1 MiFID-K.B.). Hieruit vloeit voort dat de onderneming geen beleggingsdiensten kan aanbevelen en zich in het kader van haar mandaat als vermogensbeheerder moet onthouden van een welbepaalde transactie indien deze niet strookt met het profiel van de belegger. Het is dus de beleggingsonderneming, en niet de belegger, die oordeelt of een transactie in het belang is van de belegger⁷³. Een waarschuwing dat een bepaalde transactie niet in het belang is van de cliënt volstaat niet. Uitgangspunt van deze regeling is duidelijk dat zelfs de geïnformeerde niet-professionele belegger volgens de wetgever niet in staat is om zelf te beslissen. De gereglementeerde onderneming moet haar beslissing immers in de plaats stellen van deze van de belegger.

Opnieuw wordt deze informatieverplichting verder uitgewerkt in het MiFID-K.B (art. 15 §§ 3 en 4 en art. 17). Op dit punt onderscheidt de regeling zich van de regelen uit de wet consumentenkrediet, die aan de kredietgever evenzeer de verplichting opleggen om bij de consument informatie in te winnen. Artikel 10 WCK beperkt er zich echter toe te bepalen dat informatie moet worden ingewonnen over de financiële situatie en de terugbetalingsmogelijkheden van de consument, zonder evenwel te concretiseren welke informatie gevraagd moet worden of met welke criteria rekening gehouden moet worden bij het inwinnen van de informatie.

49. Wanneer de gereglementeerde onderneming de door de wet en het K.B. bepaalde informatie niet ontvangt, mag zij geen diensten van vermogensbeheer of beleggingsadvies aanbieden. Het volstaat dus niet de belegger te waarschuwen dat het niet verstrekken van bepaalde informatie voor hem nadelige gevolgen kan hebben. Eenzelfde beslissing zou zich overigens opdringen bij de toepassing van de Wet Consumentenkrediet. Verstrekt de consument geen informatie over zijn financiële situatie, dan moet de kredietgever weigeren om krediet te verstrekken.

Wanneer onjuiste informatie wordt verstrekt, mag de onderneming die beleggingsdiensten aanbiedt zich op de betrokken informatie steunen, tenzij wanneer zij wist of diende te weten dat deze

⁷³ W. VANDEVOORDE, "De bescherming van de belegger herbekeken", *BFR* 2007, 383.

informatie kennelijk verouderd, onnauwkeurig of onvolledig is⁷⁴. De verificatieverplichting lijkt hier minder streng te zijn dan deze die geldt bij consumentenkrediet. In de rechtspraak werd immers al herhaaldelijk geoordeeld dat de kredietgever de correctheid van bepaalde informatie, zoals het loon en de verklaringen omtrent bestaande kredieten moet verifiëren (aan de hand van loonfiche, raadpleging Centrale voor Kredieten aan Particulieren)⁷⁵. Doet hij dit niet, dan begaat naast de consument ook de kredietgever een fout die een impact kan hebben op zijn aansprakelijkheid⁷⁶.

2. Appropriateness

50. Worden beleggingsdiensten aangeboden die geen vermogensbeheer of beleggingsadvies uitmaken en die evenmin bestaan uit het uitsluitend uitvoeren of doorgeven van orders (execution-only)⁷⁷, dan moet rekening gehouden worden met artikel 27 §5 Wet Financieel Toezicht. Deze bepaling verplicht de gereguleerde onderneming om bij dergelijke beleggingsdiensten bij de cliënt of potentiële cliënt informatie in te winnen over zijn ervaring en kennis op beleggingsgebied met betrekking tot het specifieke soort product of dienst die men voornemens is aan te bieden of die wordt verlangd. Op grond van deze informatie moet de onderneming oordelen of het aangeboden product of te verrichten beleggingsdienst passend is voor die cliënt, i.e. of deze cliënt over de nodige ervaring en kennis beschikt om te begrijpen welke risico's verbonden zijn aan het product of de beleggingsdienst die aangeboden of gevraagd wordt (art. 16 MiFID-K.B.).

De verplichting na te gaan of een product of dienst passend is, reikt minder ver dan de verplichting na te gaan of het advies of het vermogensbeheer geschikt is, die inhoudt dat men als ware een pak op maat moet maken voor de belegger. Bij de *suitability*-test moet elke voorgenomen transactie worden afgetoetst in functie van de gehele portefeuille. Zo is het mogelijk dat een bepaalde transactie op zich wel geschikt is, doch niet mag worden aanbevolen omdat zij tot gevolg heeft dat de samenstelling van de portefeuille niet langer aansluit bij het profiel van de cliënt⁷⁸. Bovendien moet in het kader van de gepastheidstest geen informatie worden ingewonnen omtrent de financiële situatie van de belegger en zijn beleggingsdoelstellingen. Onderzocht moet derhalve niet worden of de belegger in staat zal zijn de risico's van de belegging te dragen. Het volstaat dat hij deze begrijpt.

51. In tegenstelling tot hetgeen het geval is bij beleggingsadvies en vermogensbeheer mag de onderneming de betrokken beleggingsdienst ook verstrekken indien zij van de potentiële cliënt niet alle gevraagde informatie heeft verkregen. Wel moet de potentiële cliënt daarbij gewaarschuwd worden dat de onderneming, doordat zij niet beschikt over alle informatie, niet kan vaststellen of de

⁷⁴ V. COLAERT en T. VAN DYCK, "MiFID en de gedragsregels. Een nieuw juridisch kader voor diensten van vermogensbeheer, beleggingsadvies en orderuitvoering", *TBH* 2008, 259; F. TANGE en W. VAN DE WIELE, "MiFID en categorisatie van cliënten", *Bank Fin.* 2007, 415.

⁷⁵ Vred. Gent 6 januari 2005, *RABG* 2005, 345; Vred. Ronse 27 juli 2004, *Jaarboek Kredietrecht* 2004, 18.

⁷⁶ Rb. Antwerpen 16 januari 2004, *NjW* 2004, 1065.

⁷⁷ Of die niet voldoen aan de voorwaarden om onder dit regime te vallen. Zie *infra* nr. 52.

⁷⁸ V. COLAERT en T. VAN DYCK, "MiFID en de gedragsregels. Een nieuw juridisch kader voor diensten van vermogensbeheer, beleggingsadvies en orderuitvoering", *TBH* 2008, 261; F. TANGE en W. VAN DE WIELE, "MiFID en categorisatie van cliënten", *Bank Fin.* 2007, 416.

aangeboden dienst of het aangeboden product passend is⁷⁹. Deze waarschuwing mag in een gestandaardiseerde vorm worden gegeven, doch niet worden opgenomen in de vragenlijst die aan de cliënt wordt voorgelegd, aangezien dergelijke mededeling in de vragenlijst de cliënt er zou kunnen toe aanzetten bepaalde informatie niet te verstrekken⁸⁰.

Een ander onderscheid met vermogensbeheer en beleggingsadvies bestaat erin dat ook wanneer de onderneming oordeelt dat de betrokken beleggingsdienst of het betrokken product niet passend is, de dienst of het product toch kan worden verstrekt of aangeboden. Het volstaat daarbij de cliënt erop te wijzen dat de betrokken beleggingsdienst of het betrokken product voor hem niet passend is. Ook deze waarschuwing mag in gestandaardiseerde vorm worden verstrekt.

De wetgever heeft hier duidelijk voor een ander systeem gekozen dan in het geval van de geschiktheidstest. Een waarschuwingsverplichting gaat minder ver dan een onthoudingsverplichting die inhoudt dat de onderneming haar beslissing in de plaats stelt van die van de belegger. De waarschuwingsverplichting kan in feite als een bijkomende informatieverplichting worden beschouwd, die het resultaat is van het voorafgaand inwinnen van informatie bij de belegger. Maar de uiteindelijke beslissing blijft bij de belegger.

3. Execution-only

52. Wanneer gereguleerde ondernemingen beleggingsdiensten verrichten die enkel bestaan in het uitvoeren van orders van cliënten en / of het ontvangen en doorgeven van orders (execution-only diensten), dan dienen zij, voor zover aan een aantal voorwaarden is voldaan, geen informatie in te winnen, noch over de financiële situatie van de belegger, noch over zijn beleggingservaringen en beleggingsdoelstellingen. Het spreekt voor zich dat er in een dergelijk geval ook geen verplichting bestaat om na te gaan of de betrokken beleggingsdienst passend is voor de belegger. De vrijstelling van de verplichting tot inwinnen van de informatie geldt enkel indien aan een aantal voorwaarden cumulatief wordt voldaan (art 27 §6 Wet): 1) de beleggingsdienst moet verband houden met aandelen die tot de handel op een gereguleerde markt of een gelijkwaardige markt in een derde land zijn toegelaten of geldmarktinstrumenten, obligaties of schuldmarktinstrumenten of icb's of andere niet-complexe financiële instrumenten⁸¹; 2) de dienst moet worden verricht op initiatief van de cliënt of de potentiële cliënt⁸²; 3) de cliënt moet ervan worden verwittigd dat de gereguleerde onderneming er niet toe gehouden is de passendheid van de dienst te beoordelen en dat hij derhalve niet de bescherming van de gedragsregels bezit (deze waarschuwing mag in een gestandaardiseerde vorm worden gegeven); 4) de gereguleerde onderneming dient de belangenconflictheregeling te respecteren. De derde voorwaarde houdt opnieuw een bijzondere

⁷⁹ V. COLAERT en T. VAN DYCK, "MiFID en de gedragsregels. Een nieuw juridisch kader voor diensten van vermogensbeheer, beleggingsadvies en orderuitvoering", *TBH* 2008, 260.

⁸⁰ V. COLAERT en T. VAN DYCK, "MiFID en de gedragsregels. Een nieuw juridisch kader voor diensten van vermogensbeheer, beleggingsadvies en orderuitvoering", *TBH* 2008, 260.

⁸¹ In artikel 18 MiFID-K.B. wordt bepaald wat onder niet-complexe producten dient te worden verstaan. Afgeleide instrumenten zijn steeds als complex aan te merken.

⁸² Aan deze voorwaarde is niet voldaan indien de cliënt om een dienst vraagt in antwoord op een *gepersonaliseerde* aan hem gerichte mededeling die een uitnodiging behelst of bedoeld is om het te beïnvloeden: F. TANGE en W. VAN DE WIELE, "MiFID en categorisatie van cliënten", *Bank Fin.* 2007, 417.

informatieverplichting in, met name over het niet van toepassing zijn van de informatie-inwinningsverplichting.

Is aan deze voorwaarden niet voldaan (vb. betreft het een complex financieel instrument, zoals een afgeleid product), dan zal toch onderzocht moeten worden of de concreet aangeboden beleggingsdienst of het concrete financiële instrument passend is voor de belegger, dit rekening houdend met de kennis en ervaring van de belegger op beleggingsgebied met betrekking tot het specifieke soort van product of dienst.

C. Bewijslast

53. Net zoals dit het geval is bij consumentenkrediet kan men ook bij beleggingsdiensten concluderen dat er op de gereguleerde onderneming slechts een inspanningsverbintenis rust, in het bijzonder omdat de informatie die de onderneming moet opvragen in de praktijk kan variëren. Een aandachtige lezing van de wet en het K.B. maakt immers duidelijk dat de wetgever niet op alle punten een lijst heeft opgenomen van minimaal op te vragen informatie. Meer concreet is dan voorzien in criteria die het de onderneming mogelijk moeten maken te beoordelen welke informatie in bepaald geval moet worden bekomen⁸³.

De vaststelling dat de verplichting om bepaalde informatie in te winnen een inspanningsverbintenis is, verhindert echter niet dat men van de gereguleerde onderneming kan vragen dat zij een document voorlegt waaruit blijkt dat zij de vereiste informatie heeft ingewonnen. Immers, op de gereguleerde onderneming rust de verplichting om mee te werken op het vlak van de bewijsvoering. Contractuele clausules die in algemene bewoordingen de consument laten verklaren dat bij hem alle door de wet voorgeschreven informatie werd ingewonnen, creëren in de verhouding tot consumenten een kennelijk onevenwicht tussen de rechten en de plichten van de partijen (art. 2, 28°, juncto 73 WMPC), omdat zij zouden kunnen leiden tot een volledige uitholling van één van de basisverplichtingen uit de gedragsregelen. Dergelijke bedingen zijn dan ook nietig (art. 75 WMPC). Gereguleerde ondernemingen zullen er dus moeten voor zorgen dat zij een document kunnen voorleggen waaruit blijkt dat zij de vereiste informatie hebben ingewonnen.

D. Sanctionering

54. De Wet Financieel Toezicht voorziet niet in specifieke civielrechtelijke sancties in het geval waarin de informatie-inwinningsverplichting wordt miskend, zodat de sanctionering in de verhouding tussen de gereguleerde onderneming en de belegger dient te geschieden aan de hand van het gemeen aansprakelijkheidsrecht. Fout, schade en causaal verband zullen dus moeten worden aangetoond. De aansprakelijkheid is extracontractueel van aard indien de gereguleerde onderneming niet alle vereiste informatie heeft ingewonnen (miskenning precontractuele informatieverplichting), zij is

⁸³ V. COLAERT en T. VAN DYCK, "MiFID en de gedragsregels. Een nieuw juridisch kader voor diensten van vermogensbeheer, beleggingsadvies en orderuitvoering", *TBH* 2008, 260.

contractueel van aard indien bij de uitvoering van de overeenkomst wordt gehandeld in strijd met de verkregen informatie (vb. betreffende de beleggingsdoelstellingen)⁸⁴.

Hoofdstuk V. Rol van de FSMA in de vorming van de spaarder en belegger

55. In deze context kan ook kort melding gemaakt worden van de nieuwe bevoegdheid van de FSMA om bij te dragen tot de financiële vorming van spaarders en beleggers (art. 45 §1, lid 1, 6° Wet Financieel Toezicht)⁸⁵. Concrete initiatieven werden vooralsnog niet genomen. De diensten van de FSMA zijn momenteel nog druk bezig met de noodzakelijke aanwervingen. Wel werd al geïnformeerd naar de wijze waarop de vorming van de spaarder en belegger in andere landen wordt georganiseerd. Ook de website van de FSMA bevat reeds een aantal elementen van spaardersinformatie⁸⁶.

In deze bijdrage wil ik mij beperken tot één belangrijk vaststelling. De uitoefening door de FSMA van haar taak kan niet tot gevolg hebben dat de financiële instellingen ook maar gedeeltelijk worden vrijgesteld van de informatieverplichtingen die bij toepassing van de wet op hen worden gelegd.

Besluit

56. Het moge duidelijk zijn dat de wetgever veel belang hecht aan informatieverplichtingen. Uitgangspunt van de redenring is dat enkel een geïnformeerde consument met kennis van zaken een beslissing kan nemen. De cumulatieve toepassing van verschillende regelen kan echter voor moeilijkheden zorgen. Zo zal een aanbieder van financiële diensten bij het controleren of hij voldoet aan de informatieverplichtingen in bepaalde gevallen rekening moeten houden met verschillende wetgeving. Daarbij zal hij vooreerst moeten overgaan tot de bepaling van het precieze toepassingsgebied van de betrokken regelen. Voor de aanbieder vormt dit een waar kluwen.

Bovendien zorgt de omvang van de informatieverplichting dat in de praktijk de consument niet beter is geïnformeerd. Er moet eenvoudigweg te veel informatie aan de consument gegeven worden. De transactiekost om kennis te nemen van deze informatie is in hoofdte van de consument danig groot, zodat vele consumenten beslissen de informatie niet door te nemen. Op die manier ontsnappen ook de meest essentiële elementen aan hun aandacht. De te uitgebreide informatieverplichting ondergraaft de doelstelling om de consument met kennis van zaken te laten beslissen.

⁸⁴ E. WYMEERSCH, "Les règles de conduite relatives aux opérations sur instruments financiers – l'article 36 de la loi du 6 avril 1995", *Bank Fin.* 1995, 585.

⁸⁵ Zie hierover meer uitgebreid: R. STEENNOT, "De bescherming van de consument door de Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten en het vrijwillig moratorium op de commercialisering van bijzonder ingewikkelde gestructureerde producten", *Tijdschrift Verzekeringen* 2011, xxx.

⁸⁶ Zie het document: Financiële diensten nader toegelicht, een consumentengids over de MiFID-Richtlijn: http://www.fsma.be/nl/Consumers/Savings%20and%20investments%20and%20insurance/~media/Files/publications/bro/nl/cbfa_mifid.ashx.

Bij dit alles komt dat de niet-naleving van vele informatieverplichtingen op privaatrechtelijk vlak zeer beperkt wordt gesanctioneerd. De opzeggingsmogelijkheid die de Wet Marktpraktijken biedt bij overeenkomsten op afstand betreffende financiële diensten en de opzeggingsmogelijkheid die de Wet Betalingsdiensten biedt, bieden slechts een beperkte meerwaarde, zodat de consument in de praktijk zijn toevlucht moet zoeken tot het gemeen recht. Het is niet evident de omvang van de schade die men geleden heeft door het ontbreken van bepaalde informatie aan te tonen. Enkel de Wet Consumentenkrediet voorziet in een nuttige specifieke sanctie.

Op bepaalde punten heeft de wetgever ingezien dat louter informeren niet werkt. De meest vergaande interventie vindt men waar de dienstverlener zijn beslissing in de plaats moet stellen van de consument. Dit is het geval inzake consumentenkrediet waar de kredietgever het krediet slechts mag verstrekken indien de consument redelijkerwijze in staat zal zijn om het krediet terug te betalen, alsook bij vermogensbeheer en beleggingsadvies, waar voorafgaand moet onderzocht worden of de betrokken transactie wel geschikt is. In andere gevallen beperkt de wetgever zich tot de creatie van een bijzondere adviesverplichting. Dit is het geval voor de gereguleerde onderneming bij de uitvoering van de gepastheidstest (waar een waarschuwing moet gegeven worden).