

De bescherming van de consument van financiële diensten

Reinhard Steennot (Hoofddocent UGent, Instituut Financieel Recht)

Inleiding

1. De bescherming van de zwakkere partij in de verhouding tot verstrekkers van financiële diensten is de laatste 25 jaar sterk toegenomen. Waar de bescherming zich voor de “geboorte” van het Tijdschrift Consumentenrecht (voor 1988) vooral situeerde op het vlak van het kredietrecht¹ en de colportage, demarchage en uitgifte van effecten², stelt men vast dat de voorbije decennia ook de zichtrekening, de betalingsdiensten en de beleggingsdiensten het voorwerp hebben uitgemaakt van een uitgebreide en specifieke reglementering. Men denke daarbij onder meer aan de regelen inzake de basis-bankdienst, de betalingsdiensten en de beleggingsdiensten³. Het statuut van de laatstgenoemde bepalingen is in die zin bijzonder dat het in eerste instantie gaat over regelen van gedragstoezicht (bevoegdheid FSMA), die evenwel via de bepalingen van het aansprakelijkheidsrecht ook hun weerslag kunnen hebben op de aansprakelijkheid van de gereguleerde ondernemingen⁴.

2. Binnen het bestek van deze korte bijdrage wens ik in te gaan op een aantal evoluties die zich binnen het financieel consumentenrecht hebben voltrokken. Meer concreet zal ik aandacht besteden aan de impact van het Europees recht op het vlak van de bescherming van de zwakkere partij in het financieel recht, de nadruk die door de Europese wetgever wordt gelegd op precontractuele informatieverplichtingen om de consument te beschermen en de afwijkingen die met het oog op de bescherming van de consument worden aangebracht op enkele basisprincipes van het verbintenissenrecht, zoals de contractvrijheid, het consensualisme, de wilsautonomie en de bindende kracht van de overeenkomst. Voorafgaand wordt nog kort ingegaan op de partij die door de bijzondere regelen wordt beschermd.

1. Wie is de zwakkere partij die wordt beschermd in het financieel recht

3. Regelen van financieel consumentenrecht waren in eerste instantie gericht op de bescherming van de consument. Ruw geschetst is dit elke natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die vreemd zijn aan zijn beroepsactiviteit. Waar het bij toepassing van de Wet Marktpraktijken vereist is dat deze natuurlijke persoon handelt voor *uitsluitend* niet-beroepsmatige doeleinden (art. 2, 3° WMPC) is dat niet (langer) vereist voor wat betreft de toepassing van de Wet Consumentenkrediet (art. 1, 1° WCK) en de Wet Hypothecair Krediet (art. 1 WHK). In beide gevallen volstaat het dat de kredietnemer handelt voor *hoofdzakelijk* privé doeleinden opdat de wet toepassing vindt (*accessorium sequitur principale*). Waar dit in artikel 1 van de Wet Hypothecair Krediet in de wettekst zelf is opgenomen (dit sedert 1 januari 2004⁵), blijkt dit inzake consumentenkrediet enkel uit de memorie van toelichting (en de rechtsleer)⁶.

4. Wat betalingsdiensten en beleggingsdiensten betreft, werd gekozen voor een andere aanpak. Inzake betalingsdiensten worden professionele betalingsdienstgebruikers *in principe* op dezelfde wijze beschermd als consumenten (consumentenbegrip waaraan dan weer een klassieke invulling wordt gegeven (art. 2, 23° Wet Betalingsdiensten)). De wetgever laat echter toe dat voor een hele reeks bepalingen uit de wet (vb. precontractuele informatieverplichtingen, aansprakelijkheid bij foutieve uitvoering en niet-toegestane

¹ K.B. nr. 225 van 7 januari 1936 tot reglementering van de hypothecaire leningen en tot inrichting van de controle op de ondernemingen van hypothecaire leningen; Wet van 9 juli 1957 tot regeling van de verkoop op afbetaling en zijn financiering.

² Bv.: K.B. nr. 71 van 30 november 1939 betreffende het leuren met roerende waarden en demarchage met roerende waarden en goederen of eetwaren; K.B. nr. 185 van 9 juli 1935 op de bankcontrole en het uitgifteregime voor titels en effecten.

³ Wet van 24 maart 2003 tot instelling van een basis-bankdienst; Wet van 10 december 2009 betreffende de betalingsdiensten; Wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten (art. 26 ev).

⁴ Zie over de privaatrechtelijke impact van de gedragsregelen: V. COLAERT, “Financiële diensten en de Wet Marktpraktijken. Enkele knelpunten”, in *Financiële regulering in de kering*, Antwerpen, Intersentia, 217-272; E. VANDENDRIESCHE, “Causaliteit en bewijslast in het Belgische financiële aansprakelijkheidsrecht bij beleggingsdienstverlening”, in D. BUSH en C.M.J. KLAASSEN (eds.), *Bundel Financieel Aansprakelijkheidsrecht*, Deventer, Kluwer, 2013, te verschijnen.

⁵ Voorheen vielen enkel hypothecaire kredieten die voor uitsluitend privé-doeleinden werden gesloten onder het toepassingsgebied van de Wet Hypothecair Krediet.

⁶ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 52 2468/001, 11. Zie ook: P. DE VROEDE, “Reclame en promotionele methoden inzake kredietverlening”, in *De nieuwe wet op het consumentenkrediet*, Brussel, Créadif, 1992, 40; P. LETTANY, *Het consumentenkrediet. De wet van 12 juni 1991*, Deurne, Kluwer, 1993, 5-6.

betalingstransacties) de partijen contractueel erin voorzien dat deze regelen geen toepassing vinden indien de betalingsdienstgebruiker geen consument is (zie artt. 27 en 55 Wet Betalingsdiensten). De Belgische wetgever heeft ervoor geopteerd geen gebruik te maken van de door de Richtlijn Betalingsdiensten geboden mogelijkheid om micro-ondernemingen op dezelfde wijze te beschermen als consumenten. In de praktijk is de bescherming die de Wet Betalingsdiensten biedt dan ook veelal beperkt tot de consument.

5. Inzake beleggingsdiensten werd gekozen voor een resoluut andere aanpak. De meest uitgebreide bescherming is weggelegd voor de niet-professionele belegger, dit is elke belegger die niet als een professionele belegger kan worden beschouwd⁷. Het begrip “niet-professionele belegger” is heel wat uitgebreider dan het traditionele consumentenbegrip⁸, aangezien het ook kleine en middelgrote ondernemingen omvat. Ook het doel van de belegging, i.e. of deze al dan niet kadert in de beroepsactiviteit van de belegger, is irrelevant. Aldus wordt geen toepassing gemaakt van het bestemmingscriterium, zoals dit het geval is in de andere genoemde wetgeving⁹. Centraal staat de kennis en ervaring van de belegger, zoals ook kan blijken uit de mogelijkheden die geboden worden aan niet-professionele beleggers om zich te laten behandelen als professionele beleggers. Daartoe is onder meer vereist dat zij de nodige deskundigheid bezitten om met kennis van zaken beleggingsbeslissingen te nemen en dat zij de risico's kunnen inschatten die aan beleggingsbeslissingen zijn verbonden¹⁰.

2. De impact van het Europees recht

6. De Europese wetgever heeft zich de voorbije decennia steeds vaker ingelaten met de bescherming van de consument (van financiële diensten, zoals betalingsdiensten, kredieten, beleggingsdiensten). Dit betekent echter niet dat de bescherming die de consument vandaag in België geniet een loutere kopie vormt van de regelen die door de Europese wetgever werden uitgevaardigd.

7. Vooreerst stelt men vast dat bepaalde reglementering geen Europese oorsprong heeft. Men denke daarbij bijvoorbeeld aan de Wet Basis-bankdienst, die elke consument die zijn gewone verblijfplaats in België heeft, een recht biedt op één zichtrekening en een daaraan verbonden minimale dienstverlening (*infra*), alsook aan de Wet Hypothecair Krediet¹¹. Ten tweede, ziet men dat in een aantal gevallen België reeds over een hele reeks bepalingen beschikte op het ogenblik dat de Europese wetgever verbindende regelen uitvaardigde ter bescherming van de consument van financiële diensten¹². Ten derde, de Belgische wetgever heeft er in het verleden regelmatig voor geopteerd om bovenop de bescherming die door de Europese wetgever werd voorzien in een bijkomende bescherming te voorzien voor de consument. Deze laatste mogelijkheid komt de laatste jaren evenwel enigszins in het gedrang, aangezien de Europese wetgever bij de uitvaardiging van regelen van consumentenbescherming steeds vaker gebruik maakt van de techniek van maximale harmonisatie¹³.

Maximale harmonisatie houdt in dat de lidstaten geen regelen mogen invoeren of behouden die aan de consument een bijkomende bescherming bieden, althans niet binnen het specifiek door de Richtlijn geharmoniseerde gebied¹⁴. Maximale harmonisatie onderscheidt zich op dit vlak van minimale harmonisatie, waar de mogelijkheid om te voorzien in een additionele bescherming wel aanwezig is¹⁵.

⁷ Worden onder meer als professionele beleggers aangemerkt: kredietinstellingen, beleggingsonderneming, verzekeringsondernemingen en andere ondernemingen die als een “grote” onderneming beschouwd kunnen worden.

⁸ R. STEENNOT, “Informatieverplichtingen als beschermingstechniek bij de verwerving van beleggingsdiensten door consumenten”, in *Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 784-785.

⁹ Bv. in de Wet Marktpraktijken: Antwerpen 30 november 2004, *RW* 2006-2007, 100, noot V. WELLENS; *NjW* 2005, 91, *Jaarboek Handelspraktijken* 2004, 699; Gent 4 april 2007, *NjW* 2008, 174; P. WÉRY, “Les clauses abusives relative à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002”, *JT* 2003, 800.

¹⁰ Zie hierover Bijlage A, Mifid K.B., alsook: F. TANGE en W. VAN DE WIELE, “MiFID en categorisatie van cliënten”, *Bank Fin.* 2007, 404-406; V. COLAERT, “Welke bescherming voor welke belegger?”, *BFR* 2007, 406-408.

¹¹ De Wet Hypothecair Krediet dateert van 4 augustus 1992, dit terwijl de Europese wetgever voorlopig nog niet verder is geraakt dan een ontwerp van Richtlijn.

¹² Zo beschikte België reeds in 1997 over een wettelijke regeling met betrekking tot de valutadatum van bankverrichtingen (Wet van 10 juli 1997). Op 17 juli 2002 zag de wet betreffende transacties verricht met instrumenten voor de elektronische overmaking van geldmiddelen reeds het licht (op dat ogenblik was er in Europa enkel een aanbeveling met vergelijkbare regels). Intussen zijn beide wetten opgeheven en de erin vervatte bepalingen in een licht gewijzigde vorm opgenomen in de Wet Betalingsdiensten, dit ter omzetting van de Richtlijn Betalingsdiensten.

¹³ Zo ook buiten het financieel recht: zie bv. de Richtlijn Consumentenrechten en de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.

¹⁴ V. MAK, “Review of the Consumer Acquis: Towards Full Harmonization?”, *European Review of Private Law Volume* 2009, 58-59; C. TWIGG-FLESNER, “No sense of purpose or direction? The modernization of European Consumer Law”, *European Review of Contract Law*

Meer concreet, waar bijvoorbeeld de eerste Richtlijn Consumentenkrediet gesteund was op minimale harmonisatie en lidstaten aldus de mogelijkheid hadden om in een bijkomende bescherming te voorzien, is de tweede Richtlijn Consumentenkrediet gebaseerd op maximale harmonisatie¹⁶. Onder de eerste Richtlijn had de Belgische wetgever uitgebreid gebruik gemaakt van de mogelijkheid om in een bijkomende bescherming te voorzien. Voortaan is een additionele bescherming inzake consumentenkrediet enkel nog mogelijk buiten het door de Richtlijn geharmoniseerde gebied (vb. kredietovereenkomsten die onder het toepassingsgebied vallen, zaken die niet door de Richtlijn worden geregeld, zoals de ontbinding van de kredietovereenkomst)¹⁷.

8. In geval van maximale harmonisatie ontstaan ook vaak moeilijkheden wat de bepaling van het geharmoniseerde gebied betreft. Dit was niet anders bij de omzetting van de Richtlijn Consumentenkrediet. Meer concreet is de vraag gerezen of de bepalingen uit het huidige artikel 15 WCK verenigbaar zijn met de Richtlijn. In tegenstelling tot artikel 15 WCK bevat de Richtlijn immers geen algemene verplichting in hoofde van de kredietgever 1) om binnen de kredieten die hij aanbiedt op zoek te gaan naar het voor de consument best aangepaste krediet, daarbij rekening houdend met het doel van het krediet en de financiële situatie van de consument (art. 15, lid 1 WCK) en 2) om slechts een kredietovereenkomst te sluiten met een consument indien de kredietgever er gelet op de van de consument verkregen informatie en de raadpleging van de Centrale voor Kredieten aan Particulieren mag van uitgaan dat de consument redelijkerwijze in staat zal zijn om het verleende krediet terug te betalen (art. 15, lid 2 WCK).

Omtrent de verenigbaarheid van deze bepalingen met de Richtlijn bestaat heel wat discussie. Naar mijn overtuiging is (enkel) artikel 15, lid 1 WCK onverenigbaar met de Richtlijn¹⁸. Kort geschetst, artikel 15, lid 1 WCK is strijdig met de Richtlijn omdat de Richtlijn een bijkomende adviesverplichting in hoofde van de kredietgever slechts toelaat in bepaalde omstandigheden (vb. centralisatie kredieten), voor bepaalde kredietvormen (vb. kredietopening) of in de verhouding tot bepaalde personen (vb. consumenten die bijzondere behoeften hebben). Wat artikel 15, lid 2 WCK betreft, kan men daarentegen stellen dat deze gedragsregel, die overigens essentieel is om overmatige schuldenlast te vermijden te realiseren, niet onder het specifiek door de Richtlijn geharmoniseerde gebied valt¹⁹.

Wat er ook van zij, de Richtlijn Consumentenkrediet kan niet als een groot succes beschouwd worden. Enerzijds stelt men immers vast dat de doelstelling van de interne markt niet wordt gerealiseerd aangezien het aantal grensoverschrijdende consumentenkredietovereenkomsten bijzonder beperkt blijft²⁰ (hetgeen ook niet kan verwonderen gelet op het beperkte aantal gebieden van consumentenkrediet die uiteindelijk door de Richtlijn werden geharmoniseerd), anderzijds leidt de Richtlijn ertoe - of minstens kan hij ertoe leiden - dat de bestaande bescherming moet worden afgebouwd (zie bv. artikel 15, lid 1 WCK). Eerder een verliessituatie dan een win-win situatie!

9. Ook naar aanleiding van de omzetting van de eveneens op maximale harmonisatie gebaseerde Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken zijn de moeilijkheden die resulteren uit de afbakening van het geharmoniseerde gebied reeds herhaaldelijk aan bod gekomen²¹. **Wat financiële diensten betreft, stelt dit probleem zich echter niet**

2007, 204; C. VERDURE, "L'Harmonisation des Pratiques Commerciales Déloyales dans le Cadre de la Directive 2005/29/CE: Premier Bilan Jurisprudentiel", *Cahiers de Droit Européen* 2010, 321-322.

¹⁵ V. MAK, *o.c.*, 58-59; C. TWIGG-FLESNER, *o.c.*, 204.

¹⁶ M. DE MUYNCK, "Consumentenkrediet. De wet van 13 juni 2010 gewikt en gewogen", *Cahiers RABG* 2011, 7. Een tweede voorbeeld van een op maximale harmonisatie gebaseerde Richtlijn is de Richtlijn Betalingsdiensten. Daarbij moet meteen wel worden opgemerkt dat de Richtlijn zelf een aantal uitzonderingen bevat op het principe van de maximale harmonisatie.

¹⁷ H.v.J. 12 juli 2012, zaak C-602/10, *Volksbank România v. Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor*, nog niet gepubliceerd in *Jur.* 2012. Zie also: M. HESSELINK, "Towards a Sharp Distinction between b2b and b2c? On Consumer, Commercial and General Contract Law after the Consumer Rights Directive", *European Review of Private Law* 2010, 90; B. KEIRSBILCK, *The new European Law of unfair commercial Practices and competition law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, 183; A. VERHOEVEN, "Consument en interne markt – beschouwingen bij het Voorstel van Richtlijn Consumentenrechten", *Het EG-Consumentenacquis: nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 51.

¹⁸ In die zin ook: M. DE MUYNCK, *o.c.*, 51-52; E. TERRYEN en J. VANNEROM, "De implicaties van de nieuwe richtlijn consumentenkrediet voor het Belgische recht", in *Recht in Beweging*, Antwerpen, Maklu, 2009, 34.

¹⁹ Zie meer uitgebreid: R. STEENNOT, "Protecting borrowers through information and advice", *International Journal of Private Law* 2012, 132 ev.

²⁰ DG Internal Policies Policy Department Europees Parlement, Rapport over implementatie Richtlijn 2008/48/EG.

²¹ Zie bv. rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot het gezamenlijk aanbod (H.v.J. 23 april 2009, zaken C-261/07 en C-299/07, *VTB-VAB NV versus Total Belgium NV and Galatea BVBA versus Sanoma Magazines Belgium NV*, *Jur.* 2009, I-2949, de sperperiode (H.v.J.

omdat het principe van maximale harmonisatie bij toepassing van de Richtlijn niet geldt voor financiële diensten²². Recent besliste het Hof van Justitie ter zake dat het verbod van gezamenlijk aanbod uit artikel 72 van de Wet Marktpraktijken, dat een gezamenlijk aanbod reeds verbiedt zodra één van de bestanddelen een financiële dienst is, verenigbaar is met de Richtlijn²³.

10. In geval van minimale harmonisatie, bij afwezigheid van harmonisatie, alsook in geval van maximale harmonisatie voor de gebieden die niet tot het geharmoniseerde gebied behoren, dienen regelen die in een additionele bescherming voorzien verenigbaar te zijn met de principes inzake vrij verkeer van diensten. In deze context is het van belang op te merken dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is op financiële diensten zodat de verenigbaarheid beoordeeld moet worden op grond van het verdragsrecht²⁴. Meer concreet, kunnen inperkingen op het vrij verkeer van diensten²⁵ gerechtvaardigd worden door redenen van algemeen belang, daarin begrepen de bescherming van de consument. Vereist is wel dat de betrokken maatregelen noodzakelijk zijn om de nagestreefde doelstelling te bereiken, alsook dat zij proportioneel zijn, i.e. dat hetzelfde doel niet bereikt kan worden door maatregelen die een minder verregaande beperking van het vrij verkeer inhouden²⁶.

3. De nadruk op informatieverplichtingen

11. De (Europese) wetgever heeft in het verleden sterk de nadruk gelegd op de bescherming van de consument via het verstrekken van informatie aan de consument. Verwezen kan bijvoorbeeld worden naar de informatie die opgenomen moet worden in het SECI (dat verstrekt moet worden aan de consument voorafgaand aan het sluiten van een kredietovereenkomst (art. 11 WCK)), de informatie die verstrekt moet worden aan een consument voorafgaand aan het sluiten van een zichtrekeningovereenkomst die de mogelijkheid biedt gebruik te maken van betalingsdiensten (zgn. raamcontract (art. 14 Wet Betalingsdiensten)) en de informatie die gegeven moet worden aan beleggers (zgn. *inform your customer* (art. 27 Wet Financieel Toezicht)). De bedoeling van deze informatieverplichtingen bestaat erin het gebrek aan informatie in hoofde van de consument of belegger weg te werken, zodanig dat deze de verschillende aanbieders van financiële diensten met elkaar kan vergelijken en met kennis van zaken een beslissing kan nemen.

12. In heel wat gevallen moeten informatieverplichtingen cumulatief worden toegepast. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer financiële diensten via Internet worden aangeboden. In een dergelijk geval moet men in de verhouding tot consumenten bijkomend rekening houden met de regelen inzake overeenkomsten op afstand betreffende financiële diensten uit de Wet Marktpraktijken (art. 50 ev WMPC), alsook met de informatieverplichtingen uit de Wet Informatiemaatschappij (art. 7 ev). Wanneer een zichtrekening, waaraan een kredietopening is verbonden die niet terugbetaalbaar is binnen de drie maanden, via Internet wordt gesloten, moet men rekening houden met 1) de Wet Betalingsdiensten (art. 14), 2) de Wet Consumentenkrediet (art. 11), 3) de Wet Marktpraktijken (art. 50 en 52), 4) de Wet Informatiemaatschappij (art. 7 ev) en het K.B. homogene financiële diensten. Enkel de verhouding tussen de Wet Betalingsdiensten en de Wet Marktpraktijken werd door de wetgever *gedeeltelijk* geregeld (zie art. 24 Wet Betalingsdiensten). Aanbieders van dergelijke zichtrekeningen (via Internet) moeten dus op zoek gaan in welke mate de ene of de andere regeling additionele informatie-elementen bevat!

15 december 2011, zaak C-126/11, *Inno versus Unizo*, nog niet gepubliceerd in *Jur.*, alsook H.v.J. 30 juni 2011, zaak C- 288/10, *Wamo versus JBC*, *Jur.* 2011, I- 5835) en de verkoop met verlies (H.v.J. 7 maart 2013, zaak C-343/12, *Euronics Belgium CVBA versus Kamera Express*, nog niet gepubliceerd in *Jur.* 2013. Wat de sperperiode betreft, zie ook Cass. 2 november 2012, *DAOR* 2013, 205, noot H. JACQUEMIN.

²² B. KEIRSBILCK, *The new European Law of unfair commercial Practices and competition law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, 191.

²³ H.v.J. 18 juli 2013, zaak C- 265/12, *Citroën Benelux versus Federatie voor Verzekerings- en Financiële Tussenpersonen*, nog niet gepubliceerd in *Jur.* Zie verder: G. STRAETMANS en J. STUYCK, “De wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming – een onvoldoende stap in de goede richting”, *RW* 201-2011, 419; F. LONGFILS, “L’offre conjointe de services financiers: une interdiction légale peu justifiée?” (noot onder Voorz. Kh. Brussel 13 april 2011), *DCCR* 2012, 159, die in het verleden argumenteerden dat het Belgische verbod strijdig was met de Richtlijn.

²⁴ See also: R. STEENNOT, “Case Volksbank România: Limits of the full harmonization approach of the Consumer Credit Directive”, *European Journal of Consumer Law* 2013, 97.

²⁵ Zie over de vraag wanneer er sprake is van een inperking van het vrij verkeer: H.v.J. 5 oktober 2004, zaak C-442/02, *Caixa-Bank France versus Ministère de l’Économie, des Finances et de l’Industrie*, *Jur.* 2004, I-8961; H.v.J. 28 april 2009, zaak C-518/06, *Commission versus Italy*, *Jur.* 2009, I-3491.

²⁶ Zie bv. H.v.J. 26 mei 2005, zaak C-20/03, *Burmanjer*, *Jur.* 2005, -4133 (minimale harmonisatie); H.v.J. 12 juli 2012, zaak C-602/10, *Volksbank România v. Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor*, nog niet gepubliceerd in *Jur.* 2012 (maximale harmonisatie).

Het principe van de cumulatieve toepassing creëert bovendien problemen waar verschillende bepalingen andere vereisten stellen aangaande de wijze waarop de informatie moet worden verstrekt. Zo laten de bepalingen inzake beleggingsdiensten de mogelijkheid om de informatie ter beschikking te stellen via de website (mits de belegger daarmee instemt)²⁷, terwijl artikel 52 WMPC voor overeenkomsten op afstand vereist dat de informatie steeds op papier of een duurzame drager wordt verstrekt. Een website kan daarbij niet als een duurzame drager worden beschouwd, zoals kan blijken uit de rechtspraak van het Hof van Justitie²⁸.

13. Los nog van deze problemen wordt het nu toch dringend tijd dat de Europese wetgever gaat inzien dat dergelijke uitgebreide informatieverplichtingen geen enkel nut hebben. Enerzijds leiden zij immers tot een toename van de kosten voor de sector²⁹, anderzijds – zo is gebleken uit studies – dragen zij nauwelijks bij tot de bescherming van de consument³⁰. Consumenten laten immers in de praktijk na om kennis te nemen van een dergelijke hoeveelheid informatie. Daarom hebben wij er in het verleden reeds voor gepleit om de informatie die op papier of duurzame drager verstrekt moet worden tot een minimum te beperken, zodat de kans toeneemt dat consumenten kennis nemen van deze beperkte, doch essentiële informatie-elementen. Voor andere bijkomende informatie kan de consument naar de website worden verwezen³¹.

4. *De afwijking van basisprincipes uit het verbintenissenrecht*

14. Contractvrijheid, consensualisme, wilsautonomie en de bindende kracht van de overeenkomst zijn enkele basisprincipes van het Belgische verbintenissenrecht. Met het oog op de bescherming van de consument (van financiële diensten) wordt echter regelmatig afgeweken van deze basisprincipes uit het verbintenissenrecht. Wij illustreren dit aan de hand van enkele voorbeelden.

a) Contractvrijheid

15. De contractvrijheid houdt in dat partijen vrij zijn om al dan niet met elkaar te contracteren³². Verschillende bepalingen van financieel consumentenrecht wijken af van dit principe, enerzijds doordat zij de verplichting creëren in hoofde van de kredietinstelling om een bepaalde overeenkomst te sluiten, anderzijds omdat zij in bepaalde gevallen in hoofde van de aanbieder van de dienst een onthoudingsverplichting opleggen.

16. Meer concreet, houdt de wet van 2003 tot instelling van een basis-bankdienst de verplichting in om een overeenkomst te sluiten met een consument die nog niet in het bezit is van een basis-bankdienst of een zichtrekening, noch van bepaalde zogenaamde gebonden producten (zoals bv. een spaarrekening waarop op jaarbasis gemiddeld meer dan 6000 euro staat)³³. Slechts in welbepaalde gevallen kan dergelijke basis-bankdienst geweigerd of opgezegd worden (vb. indien consument zich schuldig heeft gemaakt aan bepaalde misdrijven, zoals valsheid in geschrifte en misbruik van vertrouwen). De doelstelling van deze afwijking op het principe van de contractvrijheid bestaat erin sociale uitsluiting te vermijden, met name door kredietinstelling te verplichten een zichtrekening te openen, waar zij dit misschien uit commerciële overwegingen anders niet spontaan zouden doen.

17. Langs de andere kant creëerde de wetgever onthoudingsverplichtingen. In geval van vermogensbeheer en beleggingsadvies moet de gereguleerde onderneming zich onthouden indien zij 1) niet de vereiste informatie ontvangt van de belegger aangaande zijn kennis en ervaring, zijn financiële situatie en zijn beleggingsdoelstellingen, alsook 2) indien zij op grond van de ontvangen informatie van oordeel is dat zij geen

²⁷ Zie artikel 5 §3 MiFID-K.B. Zie ook: R. STEENNOT, *o.c.*, 793.

²⁸ H.v.J. 5 juli 2012, zaak C-49/11, *Content Services Ltd v Bundesarbeitskammer*, nog niet gepubliceerd in *Jur.* 2012.

²⁹ Zie: M. DE MUYNCK en J. SPOONER, "Responsible lending: A new Legal Concept Coming of Age", in Proefschrift UGent, 2013, artikel 1, p. 38, met verwijzing naar: "Warning: Too much information can harm. A final report by the Better Regulation Executive and National Consumer Council on maximizing the positive impact of regulated information for consumers and markets", November 2007, p. 6, waarin de kost van informatieverplichtingen voor ondernemingen in het Verenigd Koninkrijk wordt geschat op 1.5 miljoen Britse Pond.

³⁰ Zie bv. Met betrekking tot informatieverplichtingen in het kredietrecht: M. DE MUYNCK en J. SPOONER, *o.c.*, p. 42; L.E. WILLIS, "Decisionmaking and the Limits of Disclosure", *Maryland Law Review* 2006, 759-762.

³¹ R. STEENNOT, "Offering financial services over the Internet: What is possible and how to protect consumers?", *Computer Law and Security Report* 2007, 540-541.

³² R. KRUIHOF, "Leven en dood van het contract", *RW* 1985-1986, k. 2737; W. VAN GERVEN m.m.v. S. COVEMAEKER, *Verbindenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 71; I. VEROUGSTRAETE, "Wil en vertrouwen bij het totstandkomen van overeenkomsten", *TPR* 1990, 1165.

³³ Zie over deze wet o.m.: R. STEENNOT, "Wet Basis-bankdienst", in *Artikelsgewijze Commentaar Financieel Recht*, Mechelen, Kluwer, losbl, alsook de aldaar geciteerde auteurs.

geschikt vermogensbeheer of beleggingsadvies kan aanbieden (geschiktheidstest of *suitability*-test) (art. 27 §4 Wet Financieel Toezicht). Inzake consumentenkrediet bestaat, zoals reeds werd vermeld, een onthoudingsverplichting indien de kredietgever er niet redelijkerwijze mag van uitgaan dat de consument het krediet zal kunnen terugbetalen (art. 15, lid 2 WCK). In deze beide gevallen bestaat het doel van deze gedragsregel, die duidelijk afwijkt van het principe van de contractvrijheid, erin de consument “tegen zichzelf” te beschermen. Men gaat ervan uit dat de consument zelf niet in staat is om de juiste beslissing te nemen en daarom wordt aan de gereguleerde onderneming/kredietgever de verplichting opgelegd om in de plaats van de consument een beslissing te nemen³⁴.

b) Consensualisme

18. Het principe van het consensualisme houdt in dat overeenkomsten tot stand komen door loutere wilsovereenstemming³⁵. Het is slechts voor het bewijs van de overeenkomst dat tegen niet-handelaren een geschrift noodzakelijk is (boven 375 euro). In het financieel recht wordt regelmatig afgeweken van het principe van het consensualisme door voor de rechtsgeldige totstandkoming van de overeenkomst een geschrift, duurzame drager of een handtekening te vereisen³⁶. De bedoeling van deze vormvereisten bestaat erin de consument attent te maken op de verbintenissen die hij onderschrijft. Dit komt nog duidelijker naar voor bij het sluiten van een consumentenkredietovereenkomst, waar bijkomend wordt vereist dat de consument zijn handtekening laat voorafgaan door de vermelding “Gelezen en goedgekeurd voor ... euro terug te betalen” (art. 14 WCK)³⁷.

Het vereiste van een geschrift, handtekening of geschreven vermelding, belet doorgaans niet dat de overeenkomst elektronisch tot stand komt. Artikel 16 Wet Informatiemaatschappij bepaalt immers dat aan elke wettelijke of reglementaire vormvereiste voor de totstandkoming van contracten langs elektronische weg kan worden voldaan door om het even welke techniek die de functionele kwaliteiten van deze vereisten vrijwaart³⁸.

19. Daarnaast kunnen ook de reeds geciteerde informatieverplichtingen als een afwijking of minstens een nuancering van het principe van het consensualisme worden beschouwd. Weliswaar kan de afwezigheid van deze informatie op papier of duurzame drager niet leiden tot de nietigheid van de overeenkomst, doch een “perfecte” totstandkoming van het contract vereist dat zekere formaliteiten worden gerespecteerd in het totstandkomingproces.

c) Wilsautonomie

20. De wilsautonomie houdt in dat partijen vrij zijn om de inhoud van de overeenkomst te bepalen³⁹. Het principe van de wilsautonomie vindt zijn rechtvaardiging in het feit dat partijen bij het onderhandelen over de inhoud van de overeenkomst op voet van gelijkheid staan en er zelf moeten en kunnen over waken dat de inhoud van het contract aan hun wensen beantwoordt.

Aangezien kredietinstellingen in de praktijk een veel sterkere onderhandelingspositie hebben en om te vermijden dat ze de inhoud van het contract al te zeer in hun eenzijdig voordeel zouden bepalen, heeft de wetgever tal van

³⁴ Inzake beleggingsdiensten: W. VANDEVOORDE, “De bescherming van de belegger herbekeken”, *BFR* 2007, 383.

³⁵ A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in het contracten- en verbintenissenrecht”, in *Algemene Rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 104.

³⁶ Een geschrift of duurzame drager is bijvoorbeeld vereist voor overeenkomsten betreffende beleggingsdiensten gesloten met nieuwe cliënten (uitgezonderd beleggingsadvies) (art. 27 §7 Wet Financieel Toezicht). Ook de Wet Hypothecair Krediet vereist dat het door de kredietgever gedane schriftelijk aanbod door de kredietnemer wordt ondertekend (art. 14).

³⁷ Zie ook art. 2043*quinquies* §3 B.W. inzake kosteloze borgtocht, waar in hoofde van de borg eveneens een eigenhandig geschreven vermelding wordt vereist.

³⁸ Dit geldt niet voor overeenkomsten waarbij een natuurlijke persoon een zekerheid verstrekt, dit buiten zijn beroepsactiviteit (art. 17 Wet Informatiemaatschappij). Meer concreet impliceert dit dat een kosteloze borgtocht niet langs elektronische weg kan tot stand komen: C. BIQUET-MATHIEU en S. NOTARNICOLA, “La protection des sûretés personnelles dites faibles. Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit”, in C. BIQUET-MATHIEU (ed.), *Sûretés et procédures collectives*, CUP, nr. 100, Luik, Anthemis, 2008, 56; M. VANMEENEN, “Kosteloze borgtocht: (een) nieuwe zekerheid?”, *TBH* 2008, 849. Zie over artikel 16 en 17 van de Wet Informatiemaatschappij bv.: J. DUMORTIER en H. DE KEYSER, “Ruimen van juridische obstakels bij contracten langs elektronische weg”, in *Elektronische Handel. Commentaar bij de wetten van 11 maart 2003*, Brugge, Die Keure, 2003, 161-185; P. VAN EECCKE, “De nieuwe wetgeving inzake elektronische handel. Een eerste commentaar”, *RW* 2003-2004, 334-336.

³⁹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 1934, 402; W. VAN GERVEN m.m.v. S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 71; I. VEROUGSTRAETE, o.c., 1165 en 1168.

regelen uitgevaardigd die de mogelijkheid om de inhoud van het contract vrij te bepalen sterk aan banden leggen (vooral in de verhouding tot de consument in de traditionele betekenis van het woord).

21. Rekening moet daarbij vooreerst worden gehouden met de algemene bepalingen inzake onrechtmatige bedingen die vervat liggen in de Wet Marktpraktijken (art. 73-75 WMPC). Dit kan bijvoorbeeld blijken uit een arrest van het hof van beroep te Luik waarin het hof oordeelde dat een aantal clausules die vervat lagen in de algemene bankvoorwaarden een kennelijk onevenwicht creëerden tussen de rechten en plichten van de partijen. Van belang is onder meer dat door kredietinstellingen aandacht wordt besteed aan de wederkerigheid van rechten en plichten, alsook dat bedingen duidelijk zijn. Zijn ze voor een leek vatbaar voor verschillende interpretaties, dan kan dit leiden tot de onrechtmatigheid van een beding⁴⁰.

22. Daarnaast bevatten specifieke wetten tal van voorbeelden van onrechtmatige bedingen. Verwezen kan bijvoorbeeld worden naar de Wet Consumentenkrediet, die een eigen lijst bevat van bedingen die niet in de overeenkomst mogen worden opgenomen en die onder meer een belangrijke rol spelen ter zake van de ontbinding van een kredietovereenkomst (art. 27bis – 33bis WCK)⁴¹. Niet enkel wordt de mogelijkheid beperkt tot het opnemen van uitdrukkelijk ontbindende bedingen (art. 29 WCK). Tevens wordt gedetailleerd bepaald welke vergoedingen in geval van ontbinding maximaal van de consument kunnen worden gevraagd (art. 27bis WCK). De wet laat de rechter bovendien ook nog toe om zelfs ambtshalve deze conform de wet bedongen schadevergoedingen alsnog te matigen of de consument er zelfs volledig van te ontslaan indien de bedongen vergoedingen overdreven of onverantwoord zijn (art. 90, lid 2 WCK). Dit laatste impliceert dat de kredietinstelling niet de mogelijkheid heeft om de contractueel voorziene en rechtmatig bedongen schadevergoedingen (volledig) te bekomen enkel en alleen omdat de consument, die ter goeder trouw is, in een ongelukkige situatie is terecht gekomen⁴².

Een ander voorbeeld vindt men in de Wet Betalingsdiensten. Deze wet verbiedt alle bedingen die de rechten van de betalingsdienstgebruiker inperken of diens verplichtingen verzwaren (art. 61). Dit impliceert meteen dat ook alle contractuele bedingen die ten nadele van de consument afwijken van de in de wet vervatte aansprakelijkheidsregelen (aansprakelijkheid voor niet-toegestane betalingstransacties en de principiële risicoaansprakelijkheid van de betalingsdienst bij foutieve uitvoering van een betaalopdracht) nietig zijn.

Verder wil ik melding maken van de regelen inzake beleggingsdiensten waar met betrekking tot vermogensbeheer exoneratiebedingen uitdrukkelijk worden uitgesloten (art. 20 §4 MiFID-K.B.). De regel houdt een verstrenging in van zowel de gemeenrechtelijke als de consumentenrechtelijke benadering inzake exoneratiebedingen, waar respectievelijk een exoneratie voor zware fout⁴³ en een exoneratie voor lichte fout zijn toegelaten (art. 74, 13° WMPC).

23. Tot slot nog dit, ook met de prijs van bepaalde financiële diensten heeft de wetgever zich ingelaten. Vermeldenswaard is het maximale tarief dat mag worden aangerekend voor de basis-bankdienst (art. 3 §3 en art. 5 K.B. van 7 september 2003 houdende bepaalde uitvoeringsmaatregelen van de wet van 24 augustus 2003 tot instelling van een basis-bankdienst) en het maximale jaarlijkse kostenpercentage voor consumentenkredietovereenkomsten (art. 21 WCK en K.B. van 4 augustus 1992 betreffende de kosten, de percentages, de duur en de terugbetalingsmodaliteiten van het consumentenkrediet). In deze context vermelden we ook nog de Europese Verordening die kredietinstellingen verbiedt om voor een hele reeks grensoverschrijdende betalingstransacties (tot 50.000 euro) meer kosten aan te rekenen dan voor binnenlandse betalingstransacties⁴⁴.

d) Bindende kracht van de overeenkomst

⁴⁰ Luik 26 januari 2007, *BFR* 2007, 344, noot E. VAN DEN HAUTE. Zie ook: P. CAMBIE, *Onrechtmatige Bedingen*, Brussel, Larcier, 2009, 201.

⁴¹ Zie: R. STEENNOT, "Consumentenkredietovereenkomsten. Ontbinding in geval van wanprestatie van de consument", *NjW* 2006, 50-58.

⁴² Cass. 5 maart 2004, *Jaarboek Kredietrecht* 2004, 89, noot M. DAMBRE; *T. Vred.* 2006, 56, noot F. EVERS.

⁴³ Cass. 25 september 1959, *RCJB* 1960, 5, noot J. DABIN.

⁴⁴ Art. 3 Verordening 924/2009 van 16 september 2009 betreffende grensoverschrijdende betalingen in de Gemeenschap en tot intrekking van Verordening 2560/2001 (*P.B.L.* 9 oktober 2009, afl. 266/11). Zie ook: M. AVELLA SHAW, "Les techniques de paiement existantes et futures: tour d'horizon et réglementation", in *Betalingsdiensten. De nieuwe regelgeving onder de loep genomen*, Brussel, Anthemis, 2011, 68.

24. In het consumentenrecht wordt aan de consument in bepaalde gevallen het recht toegekend om de overeenkomst te herroepen. Dergelijk herroepingsrecht kan worden beschouwd als een correctie op de bindende kracht van de overeenkomst⁴⁵.

25. Meer concreet heeft de consument bijvoorbeeld het recht om een kredietovereenkomst die onder de toepassing van de Wet Consumentenkrediet ressorteert, zonder kosten te herroepen (art. 18 WCK). Hij beschikt daarbij over een termijn van veertien kalenderdagen te rekenen vanaf het sluiten van de kredietovereenkomst. Ook voor overeenkomsten op afstand betreffende financiële diensten beschikt de consument in principe over een herroepingsrecht (art. 53 WMPC). Dit impliceert dat de consument die een zichtrekening op afstand opent wel en een consument die een zichtrekening opent aan het loket niet over een herroepingsrecht zal beschikken.

26. Het herroepingsrecht is een gekende techniek ter bescherming van de consument. Een herroepingsrecht kan om verschillende redenen gerechtvaardigd zijn⁴⁶: 1) omdat de consument bij het sluiten van de overeenkomst niet over voldoende informatie beschikte, zoals bijvoorbeeld bij een verkoop van een goed op afstand (informatie-asymmetrie), 2) omdat de consument werd overdonderd of agressief benaderd (psychische zwakte, vb. bij een verkoop buiten de onderneming) of 3) omdat de verkregen dienst bijzonder complex is.

Waar het bestaan van een herroepingsrecht nog gerechtvaardigd kan worden voor consumentenkredieten, omwille van hun complex karakter, lijkt een bestaan van een herroepingsrecht voor overeenkomsten op afstand betreffende financiële diensten niet gerechtvaardigd⁴⁷. Bij het sluiten van bijvoorbeeld een zichtrekeningovereenkomst op afstand zijn er geen goede redenen om de consument het recht te bieden om de overeenkomst te herroepen. Hij zal immers over dezelfde informatie beschikken als een consument die aan het loket een rekening opent, het is geen complexe dienst en van enige psychische zwakte in hoofde van de consument kan geen sprake zijn. Er wordt door de (Europese) wetgever met andere woorden wat te kwistig omgesprongen met het herroepingsrecht.

5. Toekomstperspectieven

25. In de nabije toekomst zijn opnieuw wijzigingen op til. Het wetboek economisch recht zal een boekdeel bevatten over financiële diensten. Mogelijks gaat het daarbij niet over een loutere codificatie van de bestaande regelen, doch zullen een aantal wijzigingen worden aangebracht, in het bijzonder in het kredietrecht waar wellicht zal worden geanticipeerd op de toekomstige Richtlijn Hypothecair Krediet. Mogelijks zou men er ook voor opteren om de regelen die gelden voor consumentenkrediet en hypothecair krediet zoveel als mogelijk gelijk te schakelen. In ieder geval zou het een goede zaak zijn indien in de toekomst de wetgever uitdrukkelijk zou voorzien in een verplichting om voorafgaand aan de toekenning van een hypothecair krediet de terugbetalingsmogelijkheden van de consument te onderzoeken en in een daaruit voortvloeiende onthoudingsverplichting (voor zover de toekomstige Richtlijn Hypothecair Krediet dit toelaat). Het spreekt voor zich dat de miskennis van dergelijke verplichting op civielrechtelijk vlak op een efficiënte wijze gesanctioneerd moet kunnen worden. Een loutere toepassing van het gemeen recht volstaat daartoe niet.

⁴⁵ B. STAUDER, "Pacta sunt servanda et le droit de repentir", *La Semaine Juridique* 1982, 481-500.

⁴⁶ P. REKAITI en R. VAN DEN BERGH, "Cooling-off periods in the consumer laws of the EC Member States. A comparative law and economics approach", *Journal of Consumer Policy* 2000, 371 ev.

⁴⁷ E. TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 563 en 565-566.