

Mystery shopping in het financieel recht

Prof. Dr. Reinhard Steennot

Instituut financieel Recht (UGent), Interuniversitair Centrum voor Consument & Recht (UGent – UA)

Inleiding

1. Mystery shopping houdt in de context van het financieel recht in dat een persoon zich uitgeeft als een cliënt of een potentiële cliënt terwijl hij dat in werkelijkheid niet is, dit om na te gaan hoe een financiële instelling zich concreet gedraagt bij de aanbidding van financiële diensten of instrumenten. Met andere woorden, mystery shoppers maken hun ware hoedanigheid en intenties (opsporen van inbreuken) niet kenbaar.

Waar de techniek van mystery shopping in het verleden vooral door ondernemingen zelf werd gebruikt om inzicht te verwerven in het functioneren van de eigen onderneming in de praktijk en met het oog op kwaliteitsbewaking stelt men vast dat deze techniek vandaag steeds vaker wordt gehanteerd als toezichtsinstrument, i.e. met het oog op de controle van de naleving van wettelijke bepalingen door de daartoe bevoegde toezichthouder¹. De idee is dat de controle op de eerbiediging van bepaalde regelen in de praktijk bijzonder moeilijk is indien men niet kan nagaan hoe ondernemingen daadwerkelijk te werk gaan bij de verkoop van bepaalde goederen of het verstrekken van bepaalde diensten. Indien de toezichthouder zijn hoedanigheid kenbaar moet maken, dan zal men veelal geen goed beeld kunnen krijgen van de wijze waarop goederen of diensten aan de gewone cliënten / consumenten in de dagdagelijkse praktijk worden aangeboden. Het risico is immers reëel dat de gecontroleerde zich anders gaat gedragen ten aanzien van de toezichthouder dan ten aanzien van een normale klant².

2. In het financieel recht heeft de wetgever op twee verschillende domeinen aan de toezichthouder de bevoegdheid toegekend om tot mystery shopping over te gaan. Artikel 87^{quinquies} van de Wet Financieel Toezicht van 2 augustus 2002 (WFT), ingevoegd bij wet van 30 juli 2013 en in werking getreden op 9 september 2013, biedt de FSMA (Autoriteit Financiële Diensten en Markten) de mogelijkheid om in het kader van het toezicht dat zij uitoefent gebruik te maken van mystery shoppers. Artikel XV.17 §1 WER, dat in werking is getreden op 29 mei 2014, biedt deze mogelijkheid aan de ambtenaren van de Economische Inspectie in het kader van het toezicht op de naleving van de regelen uit Boek VII WER (betalings- en kredietdiensten).

Daarnaast moet men rekening houden met het nieuwe artikel XV.3/1 WER, ingevoegd bij wet van 29 juni 2016³, dat in de mogelijkheid voorziet om bij Koninklijk Besluit te bepalen voor welke bepalingen uit het WER (en de uitvoeringsbesluiten ervan) de ambtenaren van de Economische Inspectie de bevoegdheid moeten verkrijgen om tot mystery shopping over te gaan. Aangezien heel wat 'algemene' bepalingen uit

¹ S.M.C. NUYTEN, "De 'mystery shopper' in het bestuursrecht", *Tijdschrift voor sanctierecht & compliance* 2013, 75.

² J.P. BUYLE en L. CLOQUET, "Le mystery shopping s'invite dans le secteur financier", *Forum de l'assurance* 2014, 144.

³ Wet houdende diverse bepalingen inzake economie, BS 6 juli 2016 (art. 37).

het WER (vb. uit Boek VI WER) ook gelden bij de aanbidding van financiële diensten (vb. de algemene precontractuele informatieverplichting, de bijzondere informatieverplichtingen bij overeenkomsten op afstand en buiten verkoopruimte gesloten overeenkomsten), kan ook deze bevoegdheid tot mystery shopping een belangrijke impact hebben op de controles ter zake van de aanbidding van financiële diensten.

3. De handhaving van regelen van financieel recht geschiedt zowel lang privaatrechtelijke als langs publiekrechtelijke weg. Wat de privaatrechtelijke handhaving betreft, kan vooreerst gewezen worden op de mogelijkheid voor consumenten om te ageren tegen een onderneming die bij het verstrekken van financiële diensten de toepasselijke wetgeving heeft miskend. In bepaalde gevallen voorziet de wetgeving in specifieke civielrechtelijke sancties waarop de consument zich kan beroepen (vb. consumentenkrediet⁴), in andere gevallen zal de consument zich op de gemeenrechtelijke regelen van aansprakelijkheidsrecht (moeten) steunen met het oog op het verkrijgen van een schadevergoeding (vb. bij een miskenning van de gedragsregelen die gelden bij de aanbidding van beleggingsdiensten (MiFID)⁵). Daarnaast kunnen ook concurrenten bijdragen tot de handhaving van regelen die erop gericht zijn de zwakkere partij te beschermen via het instellen van een vordering tot staken⁶. Dergelijke stakingsvordering kan uiteraard ook worden gehanteerd door consumentenverenigingen (mits aan bepaalde voorwaarden voldaan)⁷.

Wat de publiekrechtelijke handhaving betreft, moet men een onderscheid maken tussen de strafrechtelijke en de administratiefrechtelijke sanctionering. Hoewel heel wat regelen van financieel recht strafrechtelijk worden gesanctioneerd (zie o.m. Boek XV WER), stelt men vast dat het aantal strafsancties in de praktijk beperkt is. De publiekrechtelijke handhaving geschiedt in de praktijk dan ook hoofdzakelijk door de toezichthouders, i.e. enerzijds de FSMA, anderzijds de FOD Economie (Economisch Inspectie). De bevoegdheid waarin de Belgische wetgever heeft voorzien om over te gaan tot mystery shopping moet in het kader van deze administratieve handhaving worden gezien. In het licht van de privaatrechtelijke handhaving kan zij geen rol spelen, aangezien de vaststellingen die door de toezichthouders worden gedaan vertrouwelijk zijn.

⁴ Zie de artikelen VII.194 e.v. WER. De meest bekende en in de rechtspraak meest toegepaste sanctie bestaat erin dat de verplichtingen van de consument worden gereduceerd tot het ontleende bedrag, dit met behoud van termijnen, hetgeen in feite impliceert dat de consument die het slachtoffer wordt van een miskenning van een hele reeks bepalingen, kosteloos krediet verkrijgt. De consument moet daarbij niet bewijzen dat hij schade heeft geleden. Zie bv. Brussel 26 maart 2012, *RABG* 2012, 1152, noot F. BONNARENS; R. STEENNOT, G. STRAETMANS, E. TERRY, B. KEIRSBILCK en B. WYSEUR, "Overzicht van rechtspraak Consumentenbescherming (2008-2014) en Marktpraktijken (2011-2014)", *TPR* 2015, 1730.

⁵ M. KRUIJTHOF, "Privaatrechtelijke remedies tegen inbreuken op reglementaire gedragsregels inzake beleggingsdiensten: zorgplicht, *know your customer* en *best execution*", in *Bescherming van de consument in het financieel recht. Cahiers AEDBF*, Limal, Anthémis, 2012, 155 ev.

⁶ Immers, de miskenning van een wettelijke bepaling is een praktijk die in strijd is met de eerlijke marktpraktijken, hetgeen impliceert dat zodra deze miskenning de beroepsbelangen van de concurrent kan schaden, de concurrent over het noodzakelijke belang beschikt om op grond van artikel VI.104 WER een vordering tot staken in te stellen.

⁷ Vereist is dat de consumentenorganisatie rechtspersoonlijkheid bezit en in de Raad voor het Verbruik vertegenwoordigd is of door de minister erkend is (art. XVII.7, 4° WER).

4. Deze bijdrage heeft tot doel om na te gaan in welke mate en onder welke voorwaarden de financiële toezichthouders gebruik kunnen maken van de techniek van mystery shopping. Daarbij zal onder meer aandacht worden besteed aan de vraag ten aanzien van welke wettelijke bepalingen de naleving geverifieerd kan worden via mystery shopping en ten aanzien van welke entiteiten mystery shopping toegepast kan worden. Verder komen aan bod: de voorwaarden die gelden bij het gebruik van mystery shopping en de gevolgen die aan de door de mystery shoppers gedane vaststellingen gekoppeld kunnen worden. Onderzocht wordt tevens in welke concrete gevallen mystery shopping reeds wordt toegepast of al dan niet tot de mogelijkheid behoort en waar het een nuttige bijdrage kan leveren tot de daadwerkelijke bescherming van de consument.

I. Artikel XV.17 §1 WER: de handhaving van de bepalingen van Boek VII WER via mystery shopping

A. Bevoegdheid voor de ambtenaren van de Economische Inspectie

5. Artikel XV.17 §1, lid 1 WER bepaalt dat de in artikel XV.2 WER bedoelde ambtenaren (dit zijn de ambtenaren van de Economische Inspectie) de bevoegdheid bezitten om ondernemingen te benaderen door zich voor te doen als cliënten of potentiële cliënten, zonder dat zij hun hoedanigheid moeten meedelen. Evenmin moeten zij de omstandigheid dat de bij deze gelegenheid gedane vaststellingen kunnen worden aangewend voor de uitoefening van het toezicht vermelden. Aldus bevat artikel XV.17 §1 WER de bevoegdheid tot mystery shopping.

Wat opvalt is dat de bevoegdheid tot mystery shopping uitsluitend wordt toegekend aan de ambtenaren van de Economische Inspectie zelf. In tegenstelling tot hetgeen het geval is bij de bevoegdheid tot mystery shopping toegekend aan de FSMA in artikel 87^{quinquies} WFT (*infra* nr. 29), wordt niet in de mogelijkheid voorzien om in het kader van de uitvoering van mystery shopping een beroep te doen op derden. Men moet er dan ook van uitgaan dat de Economische Inspectie geen beroep kan doen op derden om als mystery shopper aan te treden.

Eenzijds houdt dit in dat vragen die zouden kunnen rijzen bij de inschakeling van derden (*infra* nr. 29) hier niet aan de orde zijn, anderzijds impliceert dit meteen ook dat inspecteurs er zullen moeten over waken dat zij niet als mystery shopper worden herkend. Traditioneel wordt immers geargumenteed dat de anonimiteit van de mystery shopper veronderstelt dat er op een voldoende aantal mystery shoppers een beroep kan worden gedaan⁸. De vraag rijst of dit het geval is, mede gelet op het feit dat wellicht niet op alle inspecteurs een beroep kan worden gedaan om in het kader van de naleving van de regelen inzake betalings- en kredietdiensten tot mystery shopping over te gaan. Een ander aandachtspunt bestaat erin dat de inspecteurs van de Economische Inspectie op heden geen bijzondere expertise hebben wat de uitvoering van mystery shopping als dusdanig betreft. Zij zullen daartoe dan ook een opleiding moeten ontvangen, dit onder meer om ervoor te zorgen dat zij zich correct gedragen en opstellen en zich niet schuldig maken aan provocatie (*infra* nr. 10).

⁸ Vgl. J.P. BUYLE en L. CLOQUET, *o.c.*, 147.

B. Enkel voor inbreuken op Boek VII WER

6. Van belang is vooreerst te benadrukken dat artikel XV.17 §1 WER een bepaling is die specifiek geldt voor inbreuken op Boek VII WER. Meer concreet, kan de bevoegdheid tot mystery shopping waarin artikel XV.17 §1 WER voorziet enkel worden aangewend met het oog op de vaststelling van inbreuken op de regelen inzake betalingsdiensten (met inbegrip van de regeling omtrent de basis-bankdienst), alsook op de regelen inzake consumentenkrediet en hypotheckrediet. Artikel XV.17 §1 WER onderscheidt zich van het nieuw ingevoerde artikel XV.3/1 WER enerzijds doordat het artikel XV.3/1 WER in de theoretische mogelijkheid tot mystery shopping voorziet voor de controle op de naleving van alle regelen van het Wetboek van Economisch Recht (en dus niet enkel van deze uit Boek VII WER), doch anderzijds ook doordat er nog een Koninklijk Besluit wordt vereist voor de vaststelling ten aanzien van welke concrete bepalingen de bevoegdheid tot mystery shopping daadwerkelijk wordt toegekend aan de ambtenaren van de Economische Inspectie. Artikel XV.17 §1 WER vereist geen bijkomend Koninklijk Besluit en houdt in dat, althans theoretisch, *alle* inbreuken op Boek VII WER via mystery shopping kunnen worden opgespoord. Zoals later zal blijken (*infra* nr. 17), is mystery shopping evenwel slechts mogelijk / nuttig voor de vaststelling van bepaalde inbreuken op Boek VII WER.

C. Vrij van straf voor strikt noodzakelijke strafbare feiten

7. Artikel XV.17 §1, lid 1 WER bepaalt uitdrukkelijk dat de ambtenaren van de Economische Inspectie vrij blijven van straf voor de strikt noodzakelijke strafbare feiten die ze bij de uitoefening van hun toezicht via mystery shopping plegen. De wetgever gaat er dus van uit dat de ambtenaren van de Economische Inspectie in hun hoedanigheid van mystery shopper in situaties kunnen terecht komen waarin zij genoodzaakt zullen zijn om strafbare feiten te plegen en heeft ten stelligste willen vermijden dat de ambtenaren van de Economische Inspectie strafrechtelijk gesanctioneerd zouden kunnen worden voor inbreuken op de strafwet die zij bij de uitoefening van het toezicht “moeten” begaan. Aldus worden bijvoorbeeld artikel 231 van de Strafwet dat het gebruik van een valse naam (het gaat enkel om de familienaam) strafrechtelijk sanctioneert, alsook artikel 193 e.v. van de Strafwet die valsheid in geschrifte (vb. het gebruik van een valse handtekening) strafbaar stellen, buiten spel gezet.

De “toelating” om strafbare feiten te plegen is evenwel beperkt tot strafbare feiten die strikt noodzakelijk zijn. Met andere woorden, de vrijstelling van straf geldt enkel indien de bevoegdheid tot mystery shopping op geen andere wijze kan worden uitgeoefend dan met het plegen van strafbare feiten. Bij wege van voorbeeld kan hier reeds melding gemaakt worden van een controle via mystery shopping op de naleving door kredietinstellingen van de regelen inzake de basisbankdienst (*infra* nr. 20). Bij een aanvraag van de basisbankdienst zal de betrokken ambtenaar van de Economische Inspectie, die zich als mystery shopper aandient, een aanvraagformulier moeten invullen waarin hij in strijd met de werkelijkheid verklaart nog niet in het bezit te zijn van een basisbankdienst of zichtrekening⁹. Dit kwalificeert als valsheid in geschrifte¹⁰, maar de ambtenaar zal hier niet strafrechtelijk voor gesanctioneerd kunnen worden omwille

⁹ Men kan er immers van uitgaan dat alle ambtenaren van de Economische Inspectie in het bezit zijn van een zichtrekening.

¹⁰ Valsheid in geschrifte bestaat erin in een door de wet beschermd geschrift, met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden, de waarheid te vermommen op een bij de wet bepaalde wijze, terwijl hieruit een nadeel

van het feit dat het om een misdrijf gaat dat noodzakelijk is om het toezicht op de naleving van de regelen inzake de basisbankdienst via mystery shopping te kunnen uitoefenen.

D. Beperkingen op het gebruik van mystery shopping

8. Artikel XV.17 §1 , lid 3 en lid 4 WER formuleren twee belangrijke beperkingen ten aanzien van de mogelijkheid om tot mystery shopping over te gaan. Mystery shopping is slechts mogelijk indien het voor de uitoefening van het toezicht noodzakelijk is om de reële omstandigheden die gelden voor gewone cliënten of potentiële cliënten te kunnen vaststellen (lid 4) en de persoon of personen waarbij vaststellingen worden gedaan mogen niet worden geprovoceerd (lid 3).

Vooraf kan worden opgemerkt dat beide beperkingen van een geheel andere aard zijn. Waar de eerste beperking (mystery shopping moet noodzakelijk zijn om de reële omstandigheden te kennen) een voorwaarde inhoudt om de techniek van mystery shopping te kunnen hanteren, betreft de tweede beperking (geen provocatie) de wijze waarop de ambtenaren van de Economische Inspectie zich moeten gedragen wanneer zij tot mystery shopping overgaan.

1) Noodzakelijkheid

9. Mystery shopping is, zoals reeds werd vermeld, slechts mogelijk indien het voor de uitoefening van het toezicht noodzakelijk is om de reële omstandigheden die gelden voor gewone cliënten of potentiële cliënten te kunnen vaststellen (art. XV, lid 4 WER). Met andere woorden, mystery shopping behoort slechts tot de mogelijkheid indien andere controletechnieken niet toelaten vast te stellen hoe betalingsdianstaaubieders en kredietgevers zich daadwerkelijk gedragen bij het verstrekken van betalingsdiensten en kredieten. De loutere vaststelling dat het gebruik van andere controletechnieken meer tijd zal vergen om een eventuele inbreuk vast te stellen, is aldus niet voldoende om het gebruik van mystery shopping te rechtvaardigen. Het noodzakelijkheidsvereiste ligt in de lijn van één van de belangrijke beginselen van behoorlijk bestuur, i.e. het subsidiariteitsbeginsel¹¹.

Het noodzakelijkheidsvereiste dient naar onze overtuiging wel met de nodige redelijkheid te worden ingevuld. Dit impliceert dat men van de toezichthouder niet mag vereisen dat hij het bewijs levert van een *absolute* onmogelijkheid om via andere technieken hetzelfde resultaat te bereiken. Dit bewijs zal immers vaak moeilijk geleverd kunnen worden en dreigt bovendien de mogelijkheid om mystery shopping te gebruiken als toezichtsinstrument in het gedrang te brengen. Het moet naar mijn overtuiging dan ook

kan ontstaan. Een door de wet beschermd geschrift is een geschrift dat in zekere mate tot bewijs kan strekken, dit is zich aan het openbare vertrouwen opdringt, zodat de overheid of particulieren die ervan kennis nemen of aan wie het wordt voorgelegd, kunnen overtuigd zijn van de waarachtigheid van de rechtshandeling of van het juridisch feit in dat geschrift vastgelegd of kunnen gerechtigd zijn daaraan geloof te hechten: Cass. 25 februari 2015, *JT* 2015, 339, noot S. HENROTTE.

¹¹ Vgl. R. SABBÉ, "De inzet van mystery shoppers bij de handhaving van de Drank- en Horecawet", in *Factsheets van het Nederlands Instituut voor Alcoholbeleid*, 2016, p. 2, te raadplegen via <http://www.lokaalmiddelenbeleid.nl/sites/default/files/media/pdf/Factsheet%20inzet%20mystery-shoppers%20bij%20het%20lokale%20toezicht%20op%20de%20Drank-%20en%20Horecawet.pdf>.

volstaan dat het redelijkerwijze onmogelijk is om aan de hand van andere controletechnieken tot dezelfde vaststellingen te komen.

2) Geen provocatie

10. Artikel XV.17 §1, lid 3 WER bepaalt dat de betrokken persoon of personen waarbij vaststellingen worden gedaan niet geprovoceerd mogen worden in de zin van het artikel 30 van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering. Er is volgens deze bepaling sprake van provocatie wanneer in hoofde van de dader het voornemen om een misdrijf te plegen rechtstreeks is ontstaan of versterkt, of is bevestigd terwijl hij dit wilde beëindigen¹², door de tussenkomst van een politieambtenaar of van een derde handelend op het uitdrukkelijk verzoek van deze ambtenaar. Meer concreet oordeelt het Hof van Cassatie dat er geen sprake is van provocatie wanneer het opzet om het misdrijf te plegen is ontstaan buiten enig optreden van de overheidsagent en dat deze zich dan heeft beperkt tot het scheppen van de gelegenheid om vrij een strafbaar feit te plegen in zodanige omstandigheden dat hij de uitvoering ervan kan vaststellen en dat aan de dader ruimte gelaten wordt om vrij met zijn misdadig voornemen te breken¹³.

Er wordt wel eens beweerd dat mystery shopping gelijk staat aan provocatie¹⁴. Dit is echter geenszins het geval. Of er sprake is van provocatie wordt uitsluitend bepaald door de wijze waarop de mystery shopper te werk gaat, zoals ook kan blijken uit de vermelde rechtspraak van het Hof van Cassatie. De mystery shopper moet er concreet over waken dat zijn gedrag niet tot gevolg heeft dat bij de gecontroleerde het voornemen om de wet te schenden rechtstreeks ontstaat (of wordt versterkt). Dit voornemen moet reeds aanwezig zijn. In strafzaken wordt daarbij nagegaan of door de politionele ambtenaar een normale situatie wordt gecreëerd. Zo blijkt uit de rechtspraak van het Belgische Hof van Cassatie dat het observeren van een gestolen wagen op de openbare weg met het oog op het betrappen van de dief, geen provocatie inhoudt omdat het achterlaten van een wagen op de openbare weg een normale situatie is¹⁵. In de Nederlandse rechtspraak werd het gebruik van een lokfiets toegestaan. Het argument dat de dief wordt geprovoceerd indien de fiets niet op slot wordt achtergelaten, werd niet aanvaard¹⁶.

In de context van het financieel recht is het bijzonder interessant te verwijzen naar een Nederlandse zaak waarin het ging om een medewerkster van de Nederlandse financiële toezichthouder AFM (Autoriteit Financiële Markten) die zonder zich als zodanig bekend te maken via e-mail informatie opvroeg bij een financiële onderneming over een financieel product dat via de website markplaats.nl werd aangeboden. Op grond van de toepasselijke regelgeving mocht de betrokken onderneming zonder vergunning in het desbetreffende product geen deelnemingen van minder dan 50.000 euro aanbieden. Na de ontvangst van de informatie mailde de medewerkster van de AFM nog een tweede maal, opnieuw zonder haar hoedanigheid kenbaar te maken, met de vraag of het bedrag waarvoor ingetekend kon worden,

¹² Het betreft de hypothese waarin de betrokkene wenst af te zien van het plegen van een misdrijf, doch ertoe wordt aangezet om het misdrijf toch te plegen.

¹³ Cass. 17 december 2002, *Pas.* 2002, 675; Cass. 1 oktober 2008, *A.C.* 2008, 516; A. DE NAUW, "Provocatie", in *Artikelsgewijze Commentaar Strafrecht en Strafvordering*, Mechelen, Kluwer, 2012, 101.

¹⁴ <http://www.knack.be/nieuws/belgie/is-mystery-shopping-een-verboden-vorm-van-uitlokking/article-opinion-584967.html>

¹⁵ Cass. 4 maart 2014, *RABG* 2014, 936, noot. V. VEREECKE.

¹⁶ HR 28 oktober 2008, *NJ* 2009, 224.

bespreekbaar was, aangezien zij slechts 25.000 euro kon investeren. De onderneming antwoordde dat hierover overeenstemming kon worden bereikt en bood een vrijblijvend gesprek aan om hierover van gedachten te wisselen. Kort daarna werd op grond van deze vaststellingen een boete van 87.125 euro opgelegd. Zowel de Rechtbank te Rotterdam als het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) oordeelden dat er geen sprake was van provocatie, aangezien uit de omstandigheden bleek dat ook zonder het optreden van de AFM-medewerkster het reeds mogelijk was een lager bedrag dan 50.000 euro in te leggen¹⁷.

Samengevat kan aldus worden gesteld dat er enkel sprake is van provocatie indien blijkt dat de gecontroleerde personen die aanvankelijk niet van plan waren de wet te overtreden, dit wel doen door toedoen van de mystery shopper (bv. ingevolge het blijvend aandringen van de mystery shopper¹⁸). Het loutere feit dat de mystery shopper de gelegenheid creëert tot het overtreden van de wet volstaat niet, dit voor zover het gaat om normale situaties waarmee de gecontroleerde in zijn dagelijkse praktijk geconfronteerd word.

E. Bevoegdheden van de ambtenaren van de Economische Inspectie

11. Artikel XV.17 §1 lid 2 WER bepaalt dat de ambtenaren van de Economische Inspectie in het kader van de mystery shopping beschikken over de bevoegdheden uit de artikelen XV.3, 2° en XV.4 WER. Concreet betekent dit dat deze ambtenaren via het gebruik van de techniek van mystery shopping vooreerst alle nuttige vaststellingen kunnen doen, alsook dat zij alle onderzoeken, controles en opsporingen kunnen uitvoeren en alle informatie kunnen verzamelen die zij noodzakelijk achten voor het verzekeren van een daadwerkelijke naleving van de gecontroleerde bepalingen. Uiteraard zal de mystery shopper er moeten over waken deze bevoegdheden niet uit te oefenen op een wijze dat het voor de gecontroleerde duidelijk wordt dat hij in feite met een ambtenaar van de Economische Inspectie te maken heeft¹⁹.

12. Daarnaast beschikken de ambtenaren van de Economische Inspectie ook over de bevoegdheid om vaststellingen te doen door middel van het maken van beeldmateriaal, ongeacht de drager ervan, en geluidsmateriaal van openbare communicatie of telecommunicatie, of van private communicatie of telecommunicatie waaraan de ambtenaar zelf deelneemt. De ambtenaren van de Economische Inspectie beschikken aldus over de mogelijkheid om van hetgeen tijdens de mystery shopping geschiedt beeld- en/of geluidsmateriaal te maken. Het spreekt voor zich dat dergelijk materiaal in een latere fase van groot belang kan zijn, onder meer om te weten wat er precies werd gezegd, alsook om na te gaan of er in een bepaald geval al dan niet sprake is van provocatie.

De vaststellingen die de ambtenaren hebben gedaan door middel van het door hen gemaakte beeldmateriaal, gelden tot bewijs van het tegendeel, doch enkel voor zover voldaan is aan een aantal voorwaarden: de vaststellingen moeten het voorwerp uitmaken van een proces-verbaal tot vaststelling van een inbreuk door middel van beeldmateriaal, dat bepaalde gegevens moet bevatten²⁰ en de originele

¹⁷ S.M.C. NUYTEN, o.c., 75, met verwijzing naar Rb. Rotterdam 27 april 2006, *LJN* AW9671 en CBB 7 juni 2007, *LJN* BA7443.

¹⁸ Zie ook: R. SABBÉ, o.c., p. 4.

¹⁹ S.M.C. NUYTEN, o.c., 76.

²⁰ Zie hiervoor de tekst van artikel XV.4 WER.

drager van het beeldmateriaal moet worden bewaard door de administratie waartoe de ambtenaar behoort die het beeldmateriaal heeft gemaakt tot het door de wet bepaalde tijdstip²¹.

F. Vaststellingen en sancties

13. De ambtenaren van de Economische Inspectie kunnen een proces-verbaal van waarschuwing of een proces-verbaal (van vaststelling) opstellen of een administratieve sanctie voorstellen die onder meer gesteund is op de in het kader van mystery shopping gedane vaststellingen (art. XV.17 §1, lid 5 WER). Twee punten verdienen aandacht.

14. Ten eerste, de ambtenaren van de Economische Inspectie kunnen volgens de tekst van de wet slechts maatregelen nemen die *onder meer* gesteund zijn op de in het kader van de mystery shopping gedane vaststellingen. De vraag rijst wat precies met onder meer wordt bedoeld. Onder meer, wil dat zeggen dat de ambtenaren van de Economische Inspectie niet de mogelijkheid bezitten om maatregelen te nemen wanneer de schending van een wettelijke bepaling uitsluitend blijkt uit vaststellingen die tijdens een (of meerdere) bezoek(en) van mystery shopper(s) werd(en) gedaan en dat er dus minstens nog andere elementen moeten zijn die wijzen op een schending van een wettelijke bepaling²²? Of, houdt onder meer hier in dat onder meer in het geval waarin tijdens mystery shopping inbreuken op de wetgeving worden vastgesteld, kan worden opgetreden? Wellicht sluit de laatste interpretatie het best aan bij de door de wetgever nagestreefde doelstellingen. Immers, als mystery shopping slechts mogelijk is indien het noodzakelijk is om de reële omstandigheden te kunnen vaststellen en inbreuken dus niet aan de hand van andere controletechnieken kunnen worden opgespoord, dan moet het mogelijk zijn om inbreuken, die enkel via mystery shopping kunnen worden opgespoord, te sanctioneren op grond van de vaststellingen die tijdens de mystery shopping werden gedaan.

In dit kader is het van belang te benadrukken dat feitelijke vaststellingen die tijdens mystery shopping worden gedaan naar mijn overtuiging in vele gevallen slechts waardevol zullen zijn, indien vooraf een duidelijk protocol wordt uitgewerkt, zodat elk bezoek op dezelfde manier wordt uitgevoerd. Enkel indien men werkt met een vooraf bepaald en duidelijk afgelijnd scenario, leidt mystery shopping tot betrouwbare onderzoeksresultaten²³.

15. Ten tweede, volgens de tekst van de wet kunnen de ambtenaren van de Economische Inspectie drie maatregelen nemen.

Vooreerst kunnen zij een proces-verbaal van waarschuwing opstellen. Dergelijk proces-verbaal stelt het bestaan van een inbreuk vast en verleent de betrokken onderneming een termijn om zich te regulariseren²⁴. Hoewel de waarschuwing op zich geen sanctie is, loopt de onderneming die de

²¹ Zie hiervoor de tekst van artikel XV.4 WER.

²² Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan verklaringen van cliënten of (interne) documenten van de kredietgever / kredietbemiddelaar.

²³ R. SABBÉ, *o.c.*, p. 2.

²⁴ Zie art. XV.31 WER.

waarschuwing negeert, uiteraard het risico dat de normale procedures worden hervat met het oog op het opleggen van een sanctie²⁵.

Een tweede mogelijkheid betreft het opstellen van een proces-verbaal, waarin het bestaan van een inbreuk wordt vastgesteld.

Tot slot spreekt de wet over een administratieve sanctie. Dit is enigszins eigenaardig omdat (de ambtenaren van) de Economische Inspectie als dusdanig zelf niet over de bevoegdheid beschikken om administratieve sancties (vb. een geldboete) op te leggen. De schrapping van een vergunning, erkenning of inschrijving behoren tot de bevoegdheid van de FSMA (kredietgevers en kredietbemiddelaars) of de NBB (betalingsdienstaanbieders). Let wel, indien de FOD Economie aan de FSMA bij gemotiveerde kennisgeving meedeelt, na betrokkene te hebben gehoord, dat een kredietgever, respectievelijk een kredietbemiddelaar de bepalingen van boek VII WER²⁶ of zijn uitvoeringsbesluiten heeft geschonden of ernstig schendt, dan moet de FSMA ambtshalve de vergunning van de kredietgever, respectievelijk de inschrijving van de kredietbemiddelaar zonder een nieuw onderzoek ten gronde van het dossier schrappen (art. XV.67/1 en 67/2 WER)²⁷.

Wat de ambtenaren van de Economische Inspectie daarentegen wel kunnen is een transactie voorstellen²⁸. Een transactie houdt in dat de onderneming een voorstel ontvangt tot het betalen van een geldsom, waarbij de daadwerkelijke betaling de strafvordering doet vervallen²⁹. Hoewel deze transacties in de praktijk worden gebruikt als het equivalent van een administratieve geldboete en vaak overigens ook zo worden ervaren door de ondernemingen onder toezicht, kunnen zij juridisch geenszins met een administratieve sanctie worden gelijkgesteld³⁰. Indien het de bedoeling is dat de ambtenaren van de Economische Inspectie de mogelijkheid hebben om *onder meer* op grond van de vaststellingen die werden gedaan tijdens de mystery shopping een transactie voor te stellen, kan de tekst van de wet best uitdrukkelijk in die zin worden aangepast.

G. De rechten van verdediging

16. Indien een proces-verbaal van waarschuwing, een proces-verbaal of een administratieve sanctie onder meer gesteund is op de vaststellingen die in het kader van mystery shopping werden gedaan, dan moet de onderneming daarover voorafgaandelijk geïnformeerd worden. Meer concreet dient de informatie omtrent de vaststellingen die in het kader van de mystery shopping werden gedaan verstrekt te worden :

²⁵ Zie ook: A. TALLON, "De handhaving van de regelen van de consumentenbescherming", in G. STRAETMANS en R. STEENNOT (eds.), *Wetboek Economisch Recht en de Bescherming van de Consument*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 304.

²⁶ Met uitzondering van deze van Titel 4, Hoofdstuk IV.

²⁷ R. STEENNOT en J. VANNEROM, "Boek VII van het Wetboek Economisch Recht: codificatie, doch tevens innovatie", *DCCR* 2015, afl. 108-109, 80.

²⁸ Zie art. XV.61 WER.

²⁹ Zie ook: A. TALLON, *o.c.*, 305.

³⁰ De transactie situeert zich in de strafvervolgung, dit terwijl de administratieve sanctie zich situeert buiten de strafvervolgung.

- bij de mededeling van het afschrift van het proces-verbaal van waarschuwing of het proces-verbaal van vaststelling van de inbreuk of
- uiterlijk één maand voor het aanvangen van de procedure tot het opleggen van een administratieve sanctie (art. XV.17 §1, lid 6 WER).

Zoals reeds werd vermeld, kunnen de ambtenaren van de Economische Inspectie niet zelf overgaan tot het opleggen van een administratieve sanctie. Waar een beroep wordt gedaan op de in artikel XV.67/1 en 67/2 WER vermelde procedure (*supra* nr. 15), is het noodzakelijk dat de informatie omtrent de vaststellingen die tijdens de mystery shopping werden gedaan aan de kredietgever of de kredietbemiddelaar wordt verstrekt, uiterlijk één maand voorafgaand aan het tijdstip waarop de FOD Economie de procedure start. Immers, eens de zaak bij de FSMA is beland, zal er geen nieuw onderzoek ten gronde meer geschieden en kan de FSMA niet anders dan de vraag van de FOD Economie inwilligen.

H. Concreet nut van mystery shopping bij de handhaving van Boek VII WER

17. Zoals reeds werd vermeld (*supra* nr. 6), betreft de bevoegdheid tot mystery shopping op grond van artikel XV.17 §1 WER enkel inbreuken op Boek VII WER, waarin men de regelen inzake betalingsdiensten en consumenten- en hypothecair krediet terugvindt. Aangezien de Economische Inspectie bij mijn weten voorlopig nog geen gebruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid tot mystery shopping, beperk ik er mij hier toe aan te geven waar mystery shopping naar mijn overtuiging zowel vanuit juridisch als praktisch oogpunt (on)mogelijk is, alsook een nuttige bijdrage kan leveren tot de daadwerkelijke bescherming van de consument.

1) Betalingsdiensten

18. Wat de bepalingen inzake betalingsdiensten betreft, vermelden wij drie categorieën van regelen om de (on)mogelijkheid tot en het nut van mystery shopping te illustreren. Het betreft de precontractuele informatieverplichtingen die aan betalingsdienstaanbieders worden opgelegd, de bepalingen die de aansprakelijkheid van de partijen regelen in geval van uitvoeringsincidenten (foutieve uitvoering, niet-toegestane betalingstransacties) en de regelen inzake de basis-bankdienst.

19. Wat de *precontractuele informatieverplichtingen* betreft, stelt men vast dat mystery shopping wel degelijk nuttig kan zijn om na te gaan of de betalingsdienstaanbieder zijn informatieverplichtingen (tijdig) nakomt. Bij toepassing van artikel VII.12 §1 WER moet de betalingsdienstaanbieder te gelegener tijd voordat de betalingsdienstgebruiker is verbonden op een duurzame drager bepaalde in de wet opgesomde informatie verstrekken. De bewijslast ligt op de betalingsdienstaanbieder (art. VII.25 WER)³¹. Problematisch zou in de praktijk zijn dat in bepaalde gevallen de door de wet vereiste informatie niet daadwerkelijk wordt verstrekt, doch de betalingsdienstgebruiker er zich toe beperkt een clausule te ondertekenen waarin hij verklaart de betrokken informatie te hebben ontvangen³². Daarnaast zou het voorkomen dat de betalingsdienstgebruiker de door de wet vereiste informatie pas ontvangt nadat de overeenkomst is gesloten. Mystery shopping is niet enkel nuttig, maar naar onze overtuiging ook

³¹ Zie omtrent deze regelen: R. STEENNOT, *Artikel & Commentaar. Betalingsdiensten*, Mechelen, Kluwer, 2015, 115 e.v.

³² Dit gebeurt in de praktijk ook frequent met de algemene bankvoorwaarden.

noodzakelijk om na te gaan of betalingsdienstaanbieders in de dagdagelijkse praktijk hun precontractuele informatieverplichtingen (tijdig) nakomen en met andere woorden zich niet enkel formeel indekken via de opname van stijlclausules. Deze vaststelling noopt des te meer, nu de wet op dit punt veelal niet voorziet in efficiënte privaatrechtelijke sancties, die betalingsdienstgebruikers zouden kunnen invoeren tegen betalingsdienstaanbieders die de wet miskennen³³.

20. Artikel VII.57 WER bepaalt dat elke consument recht heeft op een *basisbankdienst*, i.e. een zichtrekening en een daaraan verbonden minimale dienstverlening. De kostprijs die een kredietinstelling voor deze basisbankdienst mag aanrekenen, is gelimiteerd (12 euro, jaarlijks geïndexeerd). Opdat een consument aanspraak kan maken op deze basisbankdienst moet hij een schriftelijke aanvraag richten tot een kredietinstelling. De kredietinstelling mag de aanvraag slechts in welbepaalde gevallen weigeren. Dit is het geval wanneer de aanvrager reeds beschikt over een basisbankdienst, een zichtrekening of een andere rekening waarvan het jaarlijks gemiddelde gecumuleerde saldo hoger is dan 6.000 euro, of nog, wanneer de aanvrager voor bepaalde misdrijven is veroordeeld (vb. valsheid van geschrifte, witwassen)³⁴. Mystery shopping lijkt een goed instrument te vormen om na te gaan of consumenten niet ten onrechte de basisbankdienst wordt geweigerd. Immers, consumenten die zich in de situatie bevinden waarin ze aanspraak maken op een basisbankdienst, zullen veelal niet weten waar en hoe ze een klacht moeten formuleren indien hen ten onrechte de basisbankdienst wordt geweigerd.

Artikel VII.59 WER bepaalt dat het aanvraagformulier een verklaring moet bevatten waarin de consument bevestigt niet reeds te beschikken over een basisbankdienst of een betaalrekening. Niettemin hoeft de ambtenaar die zich voordoet als potentiële cliënt en daarbij in strijd met de werkelijkheid verklaart niet over een basisbankdienst of zichtrekening te beschikken geen vervolging voor valsheid in geschrifte te vrezen. Wel zal de ambtenaar om de basisbankdienst moeten verzoeken bij een bank waar hij zelf geen zichtrekening heeft (of een andere rekening met een gemiddeld gecumuleerd saldo hoger dan 6.000 euro), aangezien de kredietinstelling bij het openen van een basisbankdienst haar cliënt zal identificeren aan de hand van zijn identiteitskaart. Met andere woorden, zelfs wanneer de ambtenaar niet herkend zou worden door zijn eigen kredietinstelling en een valse naam zou aannemen wanneer hij als mystery shopper om een basisbankdienst verzoekt, zal bij de identificatie van de mystery shopper, die overigens wordt voorgeschreven door de witwaswetgeving (art. 7), de ware identiteit van de ambtenaar blijken en meteen dan ook blijken dat hij reeds over een zichtrekening bij de betrokken kredietinstelling beschikt.

Tot slot benadrukken we dat het aanvragen van een basisbankdienst door een ambtenaar van de Economische Inspectie die reeds over een zichtrekening beschikt, doch die in strijd met de werkelijkheid in het aanvraagformulier aangeeft nog niet te beschikken over een zichtrekening geenszins als provocatie kan worden beschouwd. Immers, de mystery shopper beperkt zich tot het scheppen van de gelegenheid

³³ Zie in het bijzonder artikel VII.191 WER dat enkel in een opzegmogelijkheid voorziet. Enkel de sanctie opgenomen in artikel VII.189 WER, die inhoudt dat de betalingsdienstaanbieder die zijn informatieverplichting omtrent de risico's op niet-toegestane betalingstransacties en de aansprakelijkheid voor dergelijke transacties niet naleeft, de betaler niet aansprakelijk kan stellen, kan als efficiënt worden bestempeld. Deze sanctie kan echter enkel worden toegepast bij de miskenning van een beperkt aantal informatieverplichtingen en indien er zich daadwerkelijk niet-toegestane betalingstransacties hebben voorgedaan. Zie ook: R. STEENNOT, *o.c.*, 325-326.

³⁴ Zie omtrent de basis-bankdienst: R. STEENNOT, *o.c.*, 303-313.

om vrij de wet te overtreden (door geen basisbankdienst toe te kennen), dit in zodanige omstandigheden dat hij de schending van de wet kan vaststellen. Aan de kredietinstelling wordt de ruimte gelaten om vrij met haar voornemen om geen basisbankdienst te verstrekken te breken.

21. Tot slot maken we melding van de regelen die bepalen wie aansprakelijk is of het risico moet dragen voor niet correct uitgevoerde betalingstransacties (art. VII.48-VII.53 WER) of niet-toegestane betalingstransacties (art. VII.35-VII.36 WER). Wat de toepassing van deze regelen betreft, lijkt het niet mogelijk - en is het overigens ook niet nuttig - om tot mystery shopping over te gaan. De vraag of betalingsdienstaanbieders deze regelen al dan niet respecteren, kan voldoende blijken uit andere elementen (vb. klachten van betalers), zodat het voor de toezichthouder niet noodzakelijk is om zijn toevlucht te zoeken tot de techniek van mystery shopping. Daarnaast is het gebruik van mystery shopping feitelijk onmogelijk, gelet op de aard van de situaties waarin deze regelen toepassing vinden (i.e. foutieve uitvoering en niet-toegestane betalingstransacties).

2) Kredieten

22. Ook wat consumenten- en hypothecair krediet betreft, maken we melding van verschillende categorieën van regelen, om daarbij telkens na te gaan of het gebruik van mystery shopping tot de mogelijkheid behoort en een nuttige bijdrage kan leveren tot een daadwerkelijke bescherming van de consument. Meer concreet besteden wij aandacht aan de precontractuele informatieverplichtingen die op de kredietgever rusten (zowel bij consumentenkredieten als bij hypothecaire kredieten³⁵), de vereisten inzake de eigenlijke totstandkoming van de overeenkomst en de regelen die gelden wanneer de consument er niet in slaagt om aan zijn terugbetalingsverplichtingen te voldoen.

23. De regelen inzake consumentenkrediet, alsook de nieuwe regelen inzake hypothecair krediet eens ze in werking zullen zijn getreden, bevatten een hele reeks bepalingen die de precontractuele fase beheersen (art. VII.69 e.v. WER voor consumentenkrediet en art. VII.126 e.v. WER voor hypothecair krediet). De kredietgever is ertoe gehouden om bij de consument informatie in te winnen die toelaat om de terugbetalingsmogelijkheden van de consument in te schatten, i.e. om na te gaan of de consument voldoende kredietwaardig is. Daarnaast moet de kredietgever voorafgaand aan het sluiten van een kredietovereenkomst aan de consument informatie verstrekken, alsook een passende toelichting geven over de beoogde kredietovereenkomst.

Vooraf merken we nog op dat de vaststelling dat inbreuken op de precontractuele informatieverplichtingen civielrechtelijk worden gesanctioneerd via een voor de consument interessante sanctie (*supra* nr. 3), niet volstaat om de toepassing van deze regelen van consumentenrecht te garanderen. Bekijkt men de rechtspraak inzake consumentenkrediet, dan valt het immers op dat bijna in alle gepubliceerde zaken waarin een miskenning van de precontractuele verplichtingen aan de orde is, het gaat om zaken waarin de consument de miskenning van de wet opwerpt als verweer wanneer hij door de kredietgever (of kredietverzekeraar) wordt gedagvaard (meestal in ontbinding) omdat hij zijn verplichtingen niet langer nakomt. Met andere woorden, zolang de consument niet in de problemen komt

³⁵ Wij beperken ons hierbij tot de nieuwe regelen inzake hypothecair krediet die in werking zullen treden op 1 december 2016.

bij de terugbetaling van het krediet is de kans bijzonder klein dat hij een miskenning van de regelen inzake consumentenkrediet zal invoeren. Administratieve handhaving van deze bepalingen, naast de civielrechtelijke, blijft dan ook noodzakelijk³⁶. In het licht van deze administratieve handhaving gaan we na of mystery shopping met betrekking tot (één van) deze precontractuele verplichtingen mogelijk en nuttig is.

24. Wat de *informatie-inwinningsverplichting* betreft (art. VII. 69 WER en art. VII.126 WER), zal het *veelal* niet noodzakelijk zijn om tot mystery shopping over te gaan om de reële omstandigheden te kennen. Men mag immers niet uit het oog verliezen dat de informatie-inwinning door de kredietgever of kredietbemiddelaar dient te geschieden aan de hand van een kredietaanvraagformulier of informatieaanvraagformulier onder de vorm van een vragenlijst (die de consument juist en volledig moet invullen). Indien de toezichthouder wenst na te gaan of een kredietgever of kredietbemiddelaar in de praktijk bij de consument voldoende informatie inwint, dan volstaat het deze vragenlijsten te controleren. Enkel indien er indicaties zouden zijn dat een kredietgever of kredietbemiddelaar consumenten ertoe aanzet om onjuiste informatie te verstrekken en / of systematisch nalaat om stavingstukken te vragen omtrent bepaalde informatie, zoals het inkomen van de consument³⁷, lijkt mystery shopping mogelijk om zich ervan te vergewissen of dergelijke praktijk daadwerkelijk wordt toegepast. Zijn er geen dergelijke indicaties, dan lijkt het gebruik van mystery shopping disproportioneel te zijn.

25. Logisch gevolg van de informatie-inwinningsverplichting is de verplichting tot de *beoordeling van de kredietwaardigheid* van de consument. De kredietgever mag enkel krediet verstrekken indien hij er redelijkerwijze kan van uitgaan dat de consument in staat zal zijn om zijn terugbetalingsverplichtingen na te komen (art. VII.77 §2 WER en art. VII.133 §2 WER). Hoewel het niet uitgesloten is om op grond van een uitgebreid onderzoek van de dossiers van de kredietgever na te gaan welke grenzen de kredietgever in de praktijk stelt en derhalve de vraag rijst of mystery shopping op dit punt wel noodzakelijk is om de reële omstandigheden die gelden voor gewone potentiële cliënten te kunnen vaststellen, lijkt mystery shopping op het eerste zicht niettemin nuttig te kunnen zijn met het oog op een adequaat toezicht op de naleving van de verplichting tot kredietwaardigheidsbeoordeling. Mystery shopping biedt immers de mogelijkheid om met een aantal concrete scenario's naar een kredietbemiddelaar of kredietgever te stappen om aldus na te gaan hoe deze daar mee omgaat. Het feit dat het hier gaat om kredietaanvragen waarbij de mystery shopper niet de bedoeling heeft om uiteindelijk een kredietovereenkomst te sluiten, betekent niet dat er sprake is van provocatie. Immers, de mystery shopper beperkt zich tot het scheppen van de gelegenheid om vrij de wet te overtreden, dit in zodanige omstandigheden dat hij de schending van de wet kan

³⁶ Zie over de nood om publieke en private handhaving in het consumentenrecht te combineren bv.: J STUYCK, "Public and private enforcement in consumer protection: general comparison EU-USA", in F CAFAGGI en H-W MICKLITZ (eds), *New Frontiers of Consumer Protection: the Interplay between Private and Public Enforcement*, Intersentia, 2009, 77-78; R VAN DEN BERGH, "Should Consumer Protection Law be publicly enforced? : an Economic Perspective on EC Regulation 2006/2004 and its Implementation in the Consumer Protection Laws of the Member States", in W VAN BOOM en M LOOS (eds), *Collective enforcement of Consumer Law*, Europa Law Publishing, 2007, 202.

³⁷ Uit de rechtspraak blijkt dat bepaalde gegevens door de kredietgever geverifieerd moeten worden, zonder dat de kredietgever evenwel alle verkregen informatie systematisch moet gaan verifiëren. Zie: HvJ 18 december 2014, zaak nr. C-449/13, *CA Consumer Finance SA tegen Ingrid Bakkaus, Charline Bonato en Florian Bonato*, ECLI:EU:C:2014:2464; Vred. Arendonk 29 september 2009, tegen *Vred.* 2012, 281, noot F. DE PATOUL; Vred. Châtelet 1 maart 2012, *JBKR* 2012, 51.

vaststellen. Vereist is enkel dat het gaat om normale scenario's waarmee kredietgevers en kredietbemiddelaars ook in de praktijk worden geconfronteerd.

In het bijzonder zou in het kader van mystery shopping kunnen worden nagegaan – en daar verzet het vereiste dat mystery shopping noodzakelijk moet zijn om de reële omstandigheden te kennen zich in geen geval tegen – of een kredietnemer wier inkomsten onvoldoende zijn om (bijkomend) krediet te verwerven er door de kredietgever of kredietbemiddelaar worden toe aangezet om op zoek te gaan naar een co-debiteur die in feite geen belang heeft bij het krediet. Dergelijke “co-debiteur” is immers eerder een borg, wiens inkomen niet mee gerekend mag worden in het kader van het doorvoeren van de solvabiliteitsbeoordeling³⁸. De vraag die hierbij rijst is of en wanneer er sprake kan zijn van provocatie. Beperkt de mystery shopper zich tot het meedelen van fictieve inkomsten en stelt de kredietgever of kredietbemiddelaar uit eigen beweging voor om een co-debiteur te zoeken (ook al heeft deze geen belang bij het krediet), dan kan er geen sprake zijn van provocatie. Ook wanneer de mystery shopper, aan wie wordt gezegd dat zijn inkomsten onvoldoende zijn, zelf vraagt of een co-debiteur die geen belang heeft bij het krediet soelaas kan bieden, is er naar mijn overtuiging nog geen sprake van provocatie. Het gaat hier immers over een normale situatie waarmee kredietgevers en kredietbemiddelaars geconfronteerd kunnen worden wanneer een consument wanhopig op zoek is naar krediet. Pas wanneer door de mystery shopper blijvend wordt aangedrongen om rekening te houden met de inkomsten van de co-debiteur kan sprake zijn van provocatie³⁹.

Evenwel kunnen zich bij de uitvoering van mystery shopping een aantal praktische problemen stellen. Zo vereist de wetgever dat de kredietnemer wordt geïdentificeerd voorafgaand aan de toekenning van een krediet (art. VII.76 WER en art. VII.132 WER). Eens de kredietgever tot een identificatie overgaat aan de hand van de identiteitskaart van de consument, zal de kredietgever de identiteit van de mystery shopper /ambtenaar kennen. Het aanwenden van een valse naam zal dus geen soelaas bieden. Eens de identificatie van de ambtenaar is geschied, zal de kredietgever, die de Centrale voor Kredieten aan Particulieren raadpleegt, meteen ook zicht hebben op belangrijke persoonlijke gegevens, die de ambtenaar mogelijks niet graag deelt.

26. Naast de informatie-inwinningsverplichting, heeft de kredietgever of kredietbemiddelaar ook de verplichting om *informatie te verstrekken*, die de kredietnemer moet toelaten om verschillende kredietaanbiedingen te vergelijken en om een geïnformeerd besluit te kunnen nemen (art. VII.70 WER en art. VII.127 WER). Deze informatie dient voorafgaand aan het sluiten van de kredietovereenkomst te

³⁸ C. BIQUET-MATHIEU, “Les revenus des co-débiteurs solidaires peuvent-ils être cumulés pour apprécier la viabilité du crédit au sens de l’article 15 de la loi sur le crédit à la consommation”, noot onder Cass. 7 januari 2008, tegen *Vred.* 2009, 285. Zie ook : Cass. 7 januari 2008, tegen *Vred.* 2009, 281, noot C. BIQUET-MATHIEU, *JT* 2008, 91, *DCCR* 2009, afl. 83, 71, noot D. BLOMMAERT en Z. PLETINCKX; *JBKR* 2008, 42, waarin werd geoordeeld dat wanneer *twee consumenten die samen een huishouden vormen* een lening aanvragen en bereid zijn die lening hoofdelijk aan te gaan, de kredietgever bij de beoordeling van de kredietwaardigheid van de kredietnemer, rekening mag houden met hun gezamenlijke terugbetalingsmogelijkheden, i.e. hun gezamenlijke inkomsten.

³⁹ Men zou de vergelijking kunnen maken met de lokfiets: vragen of een co-debiteur die geen belang heeft soelaas kan bieden is als de lokfiets niet op slot op een openbare plaats achterlaten. Herhaaldelijk aandringen kan dan weer vergeleken worden met de opmerking van een anonieme politieambtenaar aan de de dief dat de fiets niet op slot ligt en dus gemakkelijk gestolen kan worden.

worden verstrekt, op een duurzame drager en aan de hand van een gestandaardiseerd formulier (een SECCI bij consumentenkrediet, een ESIS bij hypothecair krediet). Er wordt wel eens beweerd dat in bepaalde gevallen in de praktijk het SECCI niet wordt verstrekt of dat het pas nadat de kredietovereenkomst werd gesloten werd verstrekt, dit terwijl in de kredietovereenkomst wordt bepaald dat de consument verklaart vooraf het SECCI te hebben ontvangen. Mystery shopping laat uiteraard toe en is in mijn ogen ook noodzakelijk om te verifiëren of bepaalde kredietgevers of kredietbemiddelaars het SECCI (en in de toekomst ook het ESIS) tijdig verstrekken.

Naast de verplichting om aan de consument een SECCI of ESIS te verstrekken, rust op de kredietgever of kredietbemiddelaar ook de verplichting om een *passende toelichting* te verstrekken die de consument in staat stelt te beoordelen of de voorgestelde kredietovereenkomst aan zijn behoeften en financiële situatie beantwoordt (art. VII.74 WER en art. VII.129 WER). Ook wat de naleving van de passende toelichtingsverplichting betreft, wordt in kredietovereenkomsten regelmatig bepaald dat de consument erkent een passende toelichting te hebben verkregen. Ook op dit punt kan mystery shopping een nuttige bijdrage leveren, daar het toelaat om na te gaan of in de praktijk de passende toelichting daadwerkelijk wordt verstrekt, zoals dit door de wet wordt vereist en voorafgaand aan het sluiten van de kredietovereenkomst.

27. Consumentenkredietovereenkomsten moeten aan bepaalde formele voorwaarden voldoen opdat zij geldig tot stand komen (art. VII.78 WER). Mystery shopping is naar mijn overtuiging niet noodzakelijk om de administratieve handhaving van deze regelen te verzekeren. Vooreerst, moet de kredietgever voorafgaand aan de verkrijging van een vergunning een modelcontract door de FOD Economie laten goedkeuren (art. VII.160 WER). Daarnaast, kan een onderzoek van de gesloten overeenkomsten volstaan om na te gaan of de modelovereenkomst daadwerkelijk wordt gebruikt en in het kader van het sluiten van een concrete kredietovereenkomst correct wordt vervolledigd.

28. Een laatste categorie van regelen die we hier willen vermelden zijn deze die betrekking hebben op de situatie waarin een consument zijn terugbetalingsverplichtingen niet meer nakomt, zoals contractueel werd overeengekomen. Het betreft onder meer regelen die uitdrukkelijk ontbindende bedingen (en hun gebruik) aan banden leggen (art. VII. 105 WER en art. VII.147/20 WER), alsook regelen die bepalen welke vergoeding de consument maximaal verschuldigd is (vb. bij ontbinding en eenvoudige betalingsachterstand) (art. VII.106 WER en art. VII.147/22-147/23 WER). Wat de controle op de naleving van deze bepalingen via mystery shopping betreft, kunnen we kort zijn. Mystery shopping is voor wat betreft de controle van deze regelen praktisch gezien bijzonder moeilijk, aangezien het veronderstelt dat eerst door de mystery shopper een kredietovereenkomst zou worden gesloten en hij vervolgens in gebreke zou blijven om zijn verplichtingen uit te voeren.

II. Artikel 87quinquies WFT: de bevoegdheid van de FSMA tot mystery shopping

A. Bevoegdheid in hoofde van de FSMA of door de FSMA aangestelde derden

29. Artikel 87*quinquies* WFT bepaalt dat de FSMA voor de uitoefening van haar toezicht op bepaalde regels bepaalde ondernemingen en personen kan laten benaderen door haar personeelsleden of door daartoe door de FSMA aangestelde derden die zich voordoen als cliënten of potentiële cliënten, zonder dat zij hun hoedanigheid van personeelslid van de FSMA of van door de FSMA aangestelde derde moeten meedelen. Evenmin moeten zij meedelen dat de bij die gelegenheden verkregen informatie door de FSMA kan worden aangewend voor de uitoefening van haar toezicht. Aldus wordt ook voor de FSMA in de mogelijkheid van mystery shopping voorzien.

Vergelijkt men deze regel met deze uit artikel XV.17 §1 WER (*supra* nr. 5), dan valt het meteen op dat niet enkel personeelsleden van de toezichthouder, doch tevens door de FSMA aangestelde derden zich als cliënt of potentiële cliënt kunnen voordoen. De reden waarom in deze mogelijkheid werd voorzien, ligt voor de hand. De vrees bestaat immers dat indien enkel personeelsleden van de FSMA ingeschakeld zouden kunnen worden, deze snel herkend zouden worden en mystery shoppers aldus na verloop van tijd eenvoudig ontmaskerd zouden worden door de gecontroleerde ondernemingen en hun personeelsleden⁴⁰. Een beroep op derden is dus mogelijk, maar niet noodzakelijk. Ook de eigen personeelsleden van de FSMA kunnen nog als mystery shopper aantreden. Dit kan volgens de voorbereidende werken bijvoorbeeld nuttig zijn wanneer een in omvang beperkte opdracht van mystery shopping snel moet worden uitgevoerd⁴¹.

30. De mogelijkheid om derden in te schakelen bij mystery shopping is niet eigen aan het Belgische recht. Ook in andere landen heeft de wetgever in deze mogelijkheid voorzien (vb. Verenigd Koninkrijk). De mogelijkheid om derden in te schakelen doet natuurlijk wel de vraag rijzen of het gerechtvaardigd is om derden mee het toezicht te laten uitoefenen. Een gehoorde kritiek is dat deze derden niet over de noodzakelijke expertise zouden beschikken en niet aan dezelfde deontologie en beroepsgeheim zijn onderworpen als de personeelsleden van de FSMA⁴².

Het is correct dat de wetgever geen enkele vereiste heeft opgelegd met betrekking tot de expertise waarover de derden (waarop een beroep wordt gedaan als mystery shopper) dienen te beschikken en evenmin uitdrukkelijk heeft bepaald dat deze personen de in het kader van mystery shopping verkregen informatie enkel aan de FSMA mogen overmaken en voor het overige vertrouwelijk moeten behandelen. Men mag er evenwel van uitgaan dat de toezichthouder zelf, wanneer hij een derde aanstelt om tot mystery shopping over te gaan, de nodige afspraken maakt omtrent deontologie en geheimhouding en bovendien opteert voor derden die over de noodzakelijke expertise beschikken. Wat dit laatste betreft, kan het zelfs een pluspunt zijn dat een beroep op derden, die beschikken over specifieke ervaring met betrekking tot mystery shopping als dusdanig, mogelijk is. Het is overigens niet noodzakelijk dat de mystery shopper een expert is in de regelen waarvan men de naleving wenst te controleren via mystery shopping. Ook de cliënten en potentiële cliënten van de gecontroleerde onderneming zijn dit niet. Bovendien mag men niet vergeten dat de mystery shopper zich beperkt tot feitelijke handelingen en vaststellingen. De

⁴⁰ J.P. BUYLE en L. CLOQUET, *o.c.*, 144.

⁴¹ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 65, 2872/001, 52-53.

⁴² J.P. BUYLE en L. CLOQUET, *o.c.*, 147.

juridische gevolgen die aan de feitelijke vaststellingen moeten worden verbonden, worden bepaald door de FSMA zelf.

Kijkt men naar de praktijk, dan stelt men vast dat de FSMA inderdaad een beroep op derden heeft gedaan met het oog op de uitoefening van haar bevoegdheid tot mystery shopping. Via een onderhandelingsprocedure met een Europese Bekendmaking werd een gespecialiseerde firma aangesteld om tot de beoogde mystery shopping over te gaan⁴³.

31. In tegenstelling tot hetgeen is bepaald in artikel XV.17 §1 WER, stelt artikel 87*quiquies* WFT niet dat de mystery shoppers die door de FSMA worden ingeschakeld vrij zijn van straf voor de strafbare feiten die zij plegen, in de mate dat deze noodzakelijk zijn voor de uitoefening van de bevoegdheid tot mystery shopping. Men kan er dan ook van uitgaan dat de ingeschakelde mystery shoppers er zullen over waken om zich niet schuldig te maken aan enige inbreuk op de strafwet (vb. aannemen van een valse naam of valsheid in geschrifte).

32. In de marge van de bevoegdheid tot mystery shopping kan ook melding worden gemaakt van artikel 87*quater* §2 WFT dat bepaalt dat de instellingen ten aanzien van wie mystery shopping mogelijk is aan de FSMA ook een permanente toegang moeten verschaffen tot de onderdelen van hun websites die voor hun cliënten zijn voorbehouden⁴⁴. Het gaat hier over die onderdelen van de website die niet voor het publiek toegankelijk zijn, doch enkel voor het cliënteel of een deel ervan. De toegang tot deze onderdelen van de website is van belang aangezien in de praktijk heel wat instellingen online via dit onderdeel van hun website financiële diensten en instrumenten aanbieden aan hun cliënten. Via een permanente toegang kunnen de diensten van de FSMA een concreet zicht verwerven op de wijze waarop cliënten door hun instelling worden benaderd via dat deel van de website dat enkel voor cliënten toegankelijk is. Zonder dergelijke toegang zou dit niet mogelijk zijn en zou de FSMA moeilijk toezicht kunnen uitoefenen op de aanbiedingen die op deze manier worden gedaan⁴⁵.

Belangrijk is te benadrukken dat dergelijke toegang door de betrokken ondernemingen slechts verschaft moet worden op verzoek van de FSMA. De instellingen onder toezicht hoeven dus niet uit eigen beweging permanente toegang tot de voor cliënten bestemde onderdelen van hun website te verschaffen. Ook is de FSMA niet verplicht om bij alle instellingen onder toezicht om een dergelijke toegang te verzoeken. Zij kan zich beperken tot steekproeven en instellingen die bij de FSMA om één of andere reden in beeld komen (vb. op grond van klachten of vaststellingen tijdens de MiFID-inspecties). Eens de FSMA om toegang verzoekt, moet de toegang binnen de tien werkdagen worden verstrekt. Een miskennis van de verplichting om permanente toegang te verstrekken, kan aanleiding geven tot een administratieve sanctie⁴⁶. Op die manier wordt vermeden dat deze bepaling dode letter zou blijven⁴⁷.

De toegang die de FSMA verkrijgt, is beperkt tot die onderdelen van de website waarop informatie wordt verstrekt die toegankelijk is voor (een deel van) het cliënteel. Tot de individuele gegevens van cliënten,

⁴³ FSMA, *Jaarverslag 2013*, 8 en 61; FSMA, *Jaarverslag 2014*, 59; FSMA, *Jaarverslag 2015*, 65.

⁴⁴ Zie ook: J.P. BUYLE en L. CLOQUET, *o.c.*, 147.

⁴⁵ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 65, 2872/001, 50.

⁴⁶ Ter zake wordt verwezen naar de artikelen 36 en 37 WFT.

⁴⁷ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 65, 2872/001, 51.

met inbegrip van de communicatie tussen de onderneming en een individuele cliënt, heeft de FSMA geen toegang op grond van deze bepaling. Deze beperking moet uiteraard gesitueerd worden in het kader van de noodzaak om de privacy van cliënten te beschermen⁴⁸.

B. Welke inbreuken door welke ondernemingen?

1) Inbreuken

33. Artikel 87*quinquies* WFT bepaalt dat mystery shopping tot de mogelijkheid behoort in het kader van het toezicht dat de FSMA uitoefent op de naleving van de regels bedoeld in artikel 45, § 1, eerste lid, 3°, en § 2 WFT. In de meeste gevallen gaat het om regelen die belangrijk zijn in de verhouding tussen de onderneming en haar (potentiële) cliënten⁴⁹. Zonder hier de opsomming van de wet te willen herhalen (we verwijzen daarvoor naar de tekst van de wet), willen we hier toch enkele categorieën van regelen vermelden *die van bijzonder belang zijn in de verhouding tussen een onderneming en haar potentiële klanten*.

Artikel 87*quinquies* WFT verwijst vooreerst – via de verwijzing naar artikel 45 §1, lid 1, 3° WFT - naar de regelen uit hoofdstuk II van de Wet Financieel Toezicht, alsook naar de besluiten en reglementen ter uitvoering ervan. In het bijzonder biedt deze bepaling de mogelijkheid tot mystery shopping in het kader van het toezicht op de naleving van de *gedragsregelen die gelden bij de aanbieding van beleggingsdiensten door gereguleerde ondernemingen*⁵⁰ (vb. de verplichting om zich loyaal te gedragen in het belang van het cliënteel, de verplichting om bepaalde informatie in te winnen en te verstrekken,...), alsook in het kader van het toezicht op de naleving van de *reglementen die door de FSMA worden uitgevaardigd*. Gedacht kan hierbij bijvoorbeeld worden aan de reglementen die de commercialisering van bepaalde financiële instrumenten aan retail-beleggers of consumenten (afhankelijk van het geval) verbieden of aan beperkende voorwaarden onderwerpen (vb. banning⁵¹).

Verder kan uitdrukkelijk worden verwezen naar de artikelen 14 en 15 van de wet van 22 maart 2006 betreffende de *bemiddeling in bank- en beleggingsdiensten* en de distributie van financiële instrumenten, waarin onder meer wordt bepaald dat de tussenpersonen in bank- en beleggingsdiensten zich op loyale, billijke en professionele wijze dienen in te zetten voor de belangen van hun cliënteel en bij hun bemiddelingsactiviteit de gedragsregels dienen na te leven die van toepassing zijn op gereguleerde ondernemingen. Tevens kan via mystery shopping worden onderzocht of de tussenpersonen in bank- en beleggingsdiensten, alsook de personen die zij tewerkstellen de essentiële kenmerken kennen van de producten die zij aanbieden en of ze in staat zijn deze kenmerken aan de cliënten toe te lichten. Ook de

⁴⁸ J.P. BUYLE en L. CLOQUET, o.c., 148.

⁴⁹ Zie ook: J.P. BUYLE en L. CLOQUET, o.c., 146.

⁵⁰ Zie art. 26 WFT voor een opsomming van de ondernemingen die onder het toepassingsgebied van de gedragsregelen ressorteren.

⁵¹ Zie meer concreet: Koninklijk Besluit van 24 april 2014 tot goedkeuring van het reglement van de Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten betreffende het commercialiseringsverbod van bepaalde financiële producten aan niet-professionele cliënten en Koninklijk Besluit van 21 juli 2016 tot goedkeuring van het reglement van de Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten tot omkadering van de commercialisering van bepaalde financiële derivaten bij consumenten.

controle op de naleving van de regelen die vervat liggen in de wet van 25 april 2014 betreffende *financial planning*⁵² kan via mystery shopping geschieden. Ook deze wet bevat onder meer gedragsregels die door de betrokken ondernemingen gerespecteerd moeten worden. Tot slot kan ook de naleving van regelen uit de verzekeringswetgeving⁵³ aan de hand van mystery shopping gecontroleerd worden.

Tevens kan via mystery shopping worden nagegaan of kredietinstellingen aan de deposanten de door artikel 383 van de Bankwet⁵⁴ vereiste *informatie verstrekken over de dekking van hun tegoeden*. Ook of beursvennootschappen en kredietinstellingen enkel op om het even welke wijze *gebruik maken van financiële instrumenten* die aan een cliënt toebehoren mits daartoe vooraf de uitdrukkelijke toestemming van de cliënt te hebben verkregen, alsook of de financiële instrumenten van de cliënt uitsluitend worden gebruikt onder de voorwaarden waarmee de cliënt heeft ingestemd, kan via mystery shopping worden gecontroleerd⁵⁵.

34. In het kader van haar opdracht om bij te dragen tot de naleving van de regels bedoeld om de afnemers van financiële producten of diensten en kredietnemers te beschermen *tegen het onwettelijk aanbod of de illegale levering van financiële producten of diensten of van kredieten* kan de FSMA de bevoegdheid tot mystery shopping ook uitoefenen ten aanzien van degenen die de betrokken verrichting of activiteit uitoefenen of van wie wordt vermoed dat ze die verrichting of activiteit uitoefenen en hun medewerkers. De techniek van mystery shopping kan met andere woorden door de FSMA ook gehanteerd worden in het kader van het zogenaamde perimetertoezicht om na te gaan of ondernemingen die daartoe niet over de vereiste vergunning beschikken overgaan tot de verkoop van financiële instrumenten of financiële diensten (m.i.v. kredieten)⁵⁶. Zoals reeds eerder werd vermeld (*supra* nr. 10), heeft de Nederlandse toezichthouder in het verleden reeds gebruik gemaakt van mystery shopping om na te gaan of bepaalde entiteiten financiële producten te koop aanboden zonder daarbij te beschikken over de vereiste vergunning. Daarbij valt het op dat, in tegenstelling tot hetgeen het geval is in het Belgische recht, geen uitdrukkelijke rechtsgrond voorhanden is die aan de toezichthouder de bevoegdheid tot mystery shopping toekent⁵⁷.

35. Artikel 87 *quiquies* WFT bepaalt dat, op advies van de FSMA, bij Koninklijk Besluit de bevoegdheid van de FSMA verder kan worden uitgebreid tot het toezicht op de naleving van andere regels. Op die manier heeft de wetgever de nodige flexibiliteit willen inbouwen en willen vermijden dat elke uitbreiding van de bevoegdheden van de FSMA tot mystery shopping een wetswijziging vereist⁵⁸. Evenwel bevat de delegatie aan de Koning een belangrijke, doch logische, beperking. Een uitbreiding van de bevoegdheden van de

⁵² Wet inzake het statuut van en het toezicht op de onafhankelijk financieel planners en inzake het verstrekken van raad over financiële planning door gereguleerde ondernemingen.

⁵³ Het betreft: de niet opgeheven bepalingen uit de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst en de wet van 4 april 2014 betreffende de verzekeringen en haar uitvoeringsbesluiten en –reglementen.

⁵⁴ Wet op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen.

⁵⁵ Zie artikel 77 *bis* van de wet van 6 april 1995 inzake het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen.

⁵⁶ Zie ook de reeds geciteerde zaak waarin een medewerkster van de AFM overging tot contactname van een onderneming die niet de vereiste vergunning had om bepaalde deelnemingen aan te bieden.

⁵⁷ Zie ook: S.M.C. NUYTEN, *o.c.*, 77-79.

⁵⁸ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 65, 2872/001, 52.

FSMA inzake mystery shopping is maar mogelijk voor zover het gaat om regels die moeten worden toegepast in de rechtstreekse relatie met de cliënten of potentiële cliënten en waarop de FSMA toeziet.

2) Ondernemingen

36. Artikel 87*quinquies* WFT bepaalt ook ten aanzien van welke entiteiten tot mystery shopping kan worden overgegaan. Het betreft in het bijzonder de kredietinstellingen, de verzekeringsondernemingen, de beursvennootschappen, de vennootschappen voor vermogensbeheer en beleggingsadvies, de beheervenootschappen van instellingen voor collectieve belegging en de wisselkantoren, de instellingen voor collectieve belegging, de verzekerings- en herverzekeringstussenpersonen⁵⁹, de tussenpersonen in bank- en beleggingsdiensten⁶⁰, de gereguleerde vastgoedvennootschappen⁶¹, de onafhankelijk financieel planners⁶² en de kredietgevers en de kredietbemiddelaars⁶³.

Niet enkel deze entiteiten, doch tevens hun effectieve leiders en werknemers, de zelfstandige agenten die voor hen optreden en de medewerkers van die laatste, kunnen met mystery shoppers geconfronteerd worden. Deze vaststelling mag niet verwonderen, nu het vooral werknemers, zelfstandige agenten en hun medewerkers zijn die in contact komen met de cliënten en het net de bedoeling is van mystery shopping om na te gaan hoe wordt gehandeld in de praktijk met cliënten en potentiële cliënten⁶⁴.

C. Beperkingen ?

37. In tegenstelling tot hetgeen het geval is in artikel XV.17 §1 WER bepaalt artikel 87*quinquies* WFT niet uitdrukkelijk dat de gecontroleerde personen niet geprovoceerd mogen worden, noch dat mystery shopping slechts tot de mogelijkheid behoort wanneer mystery shopping noodzakelijk is om zicht te krijgen op de reële omstandigheden die gelden voor gewone cliënten of potentiële cliënten.

38. Hoewel provocatie niet uitdrukkelijk wordt verboden, spreekt het voor zich dat er bij het gebruik van mystery shopping door geen enkele toezichthouder, en dus ook niet door de FSMA of de door haar aangestelde derden, tot provocatie mag worden overgegaan. Immers, elke vaststelling die het gevolg is van provocatie is van generlei waarde en dus compleet nutteloos. Met andere woorden, de afwezigheid van een uitdrukkelijk verbod tot provocatie leidt niet tot een andere analyse. Zoals reeds werd vermeld (*supra* nr. 10), staat mystery shopping niet gelijk aan provocatie. Doorslaggevend is hoe de mystery shopper zich gedraagt. Zet de mystery shopper de gecontroleerde aan tot inbreuken op de wetgeving waar

⁵⁹ Zoals bedoeld in de wet van 4 april 2014 betreffende de verzekeringen.

⁶⁰ Zoals bedoeld in de wet van 22 maart 2006 betreffende de bemiddeling in bank- en beleggingsdiensten en de distributie van financiële instrumenten.

⁶¹ Hoewel deze vennootschappen theoretisch onder het toepassingsgebied van artikel 87*quinquies* WFT vallen, is deze categorie weinig relevant aangezien deze ondernemingen wegens hun beursnotering geen rechtstreekse relatie met cliënten aanknopen. Beleggingen in gereguleerde vastgoedvennootschappen gebeuren in de praktijk steeds via een andere gereguleerde tussenpersoon die reeds in het toepassingsgebied van artikel 87*quinquies* WFT valt.

⁶² Zoals bedoeld in de wet van 25 april 2014 inzake het statuut van en het toezicht op de onafhankelijk financieel planners en inzake het verstrekken van raad over financiële planning door gereguleerde ondernemingen.

⁶³ Zoals bedoeld in boek VII, titel 4, hoofdstuk 4, van het Wetboek van economisch recht.

⁶⁴ Zie ook: J.P. BUYLE en L. CLOQUET, *o.c.*, 146-147.

deze oorspronkelijk niet de intentie had om tot een dergelijke overtreding over te gaan (provocatie) of beperkt hij er zich toe de gelegenheid te creëren om de wet te overtreden in zodanige omstandigheden dat hij de uitvoering ervan kan vaststellen (geen provocatie)⁶⁵.

39. De afwezigheid van een uitdrukkelijke bepaling die stelt dat mystery shopping slechts mag gebruikt worden wanneer dit *noodzakelijk* is om de reële omstandigheden van cliënten en potentiële cliënten te kennen, kan naar onze overtuiging wel tot een andere analyse leiden. Hoewel ook de FSMA gehouden is tot de beginselen van behoorlijk bestuur en derhalve het subsidiariteitsbeginsel ook hier speelt, heeft de afwezigheid van het noodzakelijkheidsvereiste tot gevolg dat het subsidiariteitsvereiste ietwat minder streng kan worden ingevuld. Mystery shopping door de FSMA lijkt mogelijk zodra de resultaten die met mystery shopping kunnen worden verkregen niet *op een eenvoudige wijze* verkregen kunnen worden via het gebruik van andere handhavingsmechanismen.

Let wel, rekening moet wel nog gehouden worden met het proportionaliteitsprincipe. Dit houdt onder meer in dat mystery shopping geen ongerechtvaardigde kosten met zich mag meebrengen, i.e. niet mag leiden tot al te hoge kosten in verhouding tot de ernst van de inbreuk die men tracht op te sporen, noch overdreven overlast mag veroorzaken bij de gecontroleerde ondernemingen⁶⁶.

D. Bevoegdheden

40. Wat de bevoegdheden betreft van de mystery shoppers van de FSMA bevat artikel 87 *quiquies* WFT, in tegenstelling tot artikel XV.17 §1 WER, geen details. Aldus wordt door de wetgever niet uitdrukkelijk in de mogelijkheid voorzien om gebruik te maken van beeld- of geluidsmateriaal.

Verder moet men er rekening mee houden dat mystery shoppers de aan de FSMA toegekende bevoegdheden tot inzage, tot het laten verstrekken van informatie en het kopiëren van documenten (zie artikelen 34 en 35 WFT) niet kunnen / zullen uitoefenen. Immers, de uitoefening van deze bevoegdheden zou tot gevolg hebben dat het voor de gecontroleerde onderneming en haar medewerkers duidelijk wordt dat zij te maken hebben met een mystery shopper⁶⁷. De mystery shopper zal zich dan ook beperken tot feitelijke handelingen en vaststellingen.

E. Vaststellingen en sancties

41. Ook de gevolgen van het optreden van de mystery shoppers worden door de wetgever niet scherp gesteld. Verder dan de vage omschrijvingen *dat een beroep kan worden gedaan op mystery shopping voor de uitoefening van het toezicht* op de naleving van de regels bedoeld in artikel 45, § 1, eerste lid, 3°, en § 2 WFT en *dat de tijdens mystery shopping verkregen informatie door de FSMA kan worden aangewend voor de uitoefening van haar toezicht*, komt de wetgever – althans in de tekst van de wet zelf – niet.

⁶⁵ Verder (*infra* nr. 48) in deze bijdrage komen nog enkele concrete voorbeelden aan bod die dit onderscheid verder kunnen duiden.

⁶⁶ Vgl. R. SABBÉ, *o.c.*, p. 2.

⁶⁷ Vgl. S.M.C. NUYTEN, *o.c.*, 76.

In de voorbereidende werken wordt gesteld dat de resultaten van *mystery shopping* op zich doorgaans niet zullen volstaan om het nemen van een concrete maatregel of het opleggen van een sanctie te rechtvaardigen. Een door externe mystery shoppers opgesteld verslag waarin bepaalde feiten worden vastgesteld, zou op zich onvoldoende bewijskrachtig zijn om een maatregel of sanctie op te leggen. Enkel in specifieke omstandigheden zou het mogelijk zijn dat mystery shopping meteen tot een bewijskrachtig resultaat leidt (bv. een e-mail waaruit de onrechtmatige aanbidding van beleggingsdiensten blijkt) dat dan aan de basis kan liggen van een concrete maatregel. In die gevallen waarin de resultaten van mystery shopping op zich niet tot het opleggen van een maatregel of sanctie kunnen leiden, kunnen de resultaten van mystery shopping evenwel leiden tot verder onderzoek of beleidsmatige acties⁶⁸.

Het is interessant op dit vlak een korte vergelijking te maken met het Franse en het Britse recht. In Frankrijk heeft de AMF (Autorité des marchés financiers) aangegeven om op grond van de bevindingen die door mystery shoppers worden gedaan geen sancties op te leggen⁶⁹. Mystery shopping heeft er eerder tot doel om de goede en slechte praktijken die bij de aanbidding van beleggingsdiensten worden gehanteerd in kaart te brengen. Het moet toelaten die punten te identificeren die best het voorwerp vormen van een verdere controle. Daarnaast moet mystery shopping toelaten om met de ondernemingen een dialoog te voeren op basis van concrete vaststellingen⁷⁰. In het Verenigd Koninkrijk daarentegen gaat men heel wat verder en is het wel mogelijk om op grond van de vaststellingen die tijdens de mystery shopping werden gedaan concrete maatregelen en sancties op te leggen ten aanzien van bepaalde instellingen of personen⁷¹. Hoewel kan worden vastgesteld dat in de meeste gevallen een sanctie niet uitsluitend is gesteund op de vaststellingen die door de mystery shoppers worden gedaan, blijken in bepaalde gevallen de resultaten van mystery shopping toch een belangrijke rol te hebben gespeeld bij de beslissing om een sanctie op te leggen⁷².

42. In tegenstelling tot hetgeen het geval is in Frankrijk kunnen de resultaten van mystery shopping op zich in België wel degelijk tot de formele vaststelling van een inbreuk en het opleggen van sanctie leiden. Dit blijkt ook duidelijk uit de voorbereidende werken, waar het voorbeeld wordt gegeven van de vaststelling, aan de hand van een e-mail, van het illegaal aanbod van financiële instrumenten⁷³. Dat net dit voorbeeld wordt gegeven in de voorbereidende werken mag niet verwonderen. Het betreft een situatie waarin duidelijk bewijs, met name een duurzame drager, voorligt, waaruit wel degelijk feitelijk blijkt dat een bepaalde entiteit of haar medewerkers een financieel product hebben aangeboden. Stelt de FSMA naderhand vast dat deze aanbidding, die plaats vond via e-mail, geschiedde zonder de vereiste vergunning, dan is er duidelijk een schending van de wet waartegen kan worden opgetreden.

In andere gevallen waarin op grond van de feitelijke vaststellingen van mystery shoppers tot het bestaan van een inbreuk op de wetgeving kan worden besloten, is het evenwel minder evident om uitsluitend op grond van de aan deze feitelijke vaststellingen verbonden gevolgen formeel tot een inbreuk en een sanctie

⁶⁸ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 65, 2872/001, 53.

⁶⁹ A.M.F., *Liste de questions-réponses sur les « visites mystères » conduites par l'AMF*, 2011, p. 1-2.

⁷⁰ J.P. BUYLE en L. CLOQUET, o.c., 149.

⁷¹ FSA, *Mystery Shopping Guide*, 2006, p.4.

⁷² J.P. BUYLE en L. CLOQUET, o.c., 149-150.

⁷³ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 65, 2872/001, 53.

te besluiten. Zelfs in die gevallen waarin een manifeste inbreuk op een wettelijke bepaling (vb. een gedragsregel) door de mystery shopper werd vastgesteld, rijst de vraag naar de bewijswaarde van een naderhand opgesteld verslag van feitelijke vaststellingen die tijdens een gesprek werden gedaan, in het bijzonder wanneer de mystery shopping geschiedt door externen⁷⁴. Kijkt men naar de wijze waarop de FSMA tot nog toe gebruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid tot mystery shopping, dan lijkt het dat ook de FSMA zich bewust is van deze problematiek.

43. Uit de jaarverslagen van de FSMA blijkt dat de FSMA reeds in 2014 is gestart met mystery shopping. De FSMA heeft daarbij onmiddellijk aangegeven dat indien tijdens de mystery shopping inbreuken op het wettelijk kader worden vastgesteld de FSMA verder onderzoek verricht vooraleer over te gaan tot het opleggen van specifieke maatregelen of sancties⁷⁵. Intussen heeft de FSMA aangegeven om mystery shopping voortaan in te zetten voor twee soorten missies. Ten eerste, zal de FSMA mystery shopping hanteren bij ondernemingen waar nog geen MiFID-inspecties hebben plaatsgevonden. De mystery shopping moet de FSMA toelaten informatie te verzamelen die haar toelaat te beoordelen of een formele inspectie bij de betrokken ondernemingen noodzakelijk is. Daarnaast zal de FSMA van mystery shopping gebruik maken om die ondernemingen te controleren die een actieplan moeten uitvoeren om de tekortkomingen weg te werken die de FSMA eerder in het kader van de MiFID-inspecties heeft vastgesteld. Aldus wordt nagegaan of de actieplannen op het terrein het nodige effect hebben⁷⁶. Mystery shopping heeft aldus zijn intrede gedaan in de toezichtspraktijk van de FSMA, doch is voorlopig vooral een hulpmiddel om te bepalen ten aanzien van welke entiteiten verdere controle of actie noodzakelijk is. Wij herhalen hier tot slot dat mystery shopping slechts tot betrouwbare resultaten leidt indien voorafgaand een duidelijk scenario wordt uitgewerkt, waaraan de mystery shopper zich houdt.

F. Rechten van verdediging

44. Nergens in artikel 87*quinquies* WFT wordt gesproken over de verplichting om de gecontroleerde onderneming te informeren, dit in tegenstelling tot hetgeen het geval is bij artikel XV.17 § 1 WER waarin wordt bepaald dat een onderneming voorafgaandelijk geïnformeerd moet worden over de vaststellingen die tijdens de mystery shopping werden gedaan indien een proces-verbaal van waarschuwing, een proces-verbaal van vaststelling of een administratieve sanctie *onder meer* gesteund is op de vaststellingen die in het kader van mystery shopping werden gedaan.

Dat de wetgever heeft nagelaten in artikel 87*quinquies* WFT uitdrukkelijk te bepalen dat de gecontroleerde ondernemingen geïnformeerd moeten worden omtrent de resultaten van de mystery shopping (en de tijdens de mystery shopping gedane vaststellingen) kan worden betreurd⁷⁷. Wanneer de FSMA beslist om mede op grond van de gedane vaststellingen een maatregel te nemen of sanctie op te leggen, dan zal dit uiteraard maar kunnen geschieden nadat tegenspraak heeft kunnen plaatsvinden omtrent de vaststellingen die tijdens het bezoek van een mystery shopper werden gedaan. Indien daarentegen de

⁷⁴ J.P. BUYLE en L. CLOQUET, *o.c.*, 148-149 ; P. Moreau, « Twin Peaks II – Quelques échos de la loi du 30 juillet 2013 », *T. Verz.* 2013, 430.

⁷⁵ FSMA, *Jaarverslag* 2014, 59.

⁷⁶ FSMA, *Jaarverslag* 2015, 65.

⁷⁷ Zie ook: J.P. BUYLE en L. CLOQUET, *o.c.*, 149-150.

gedane vaststellingen enkel gehanteerd worden om te bepalen welke ondernemingen aan een verdere inspectie zullen worden onderworpen, dan lijkt de FSMA niet noodzakelijk de resultaten van de mystery shopping te moeten meedelen.

G. Concrete toepassingen

45. In tegenstelling tot de FOD Economie (Economische Inspectie) heeft de FSMA wel reeds gebruikt gemaakt van de haar toegekende bevoegdheid tot mystery shopping⁷⁸. In 2014 werd een pilootproject gelanceerd en ook in 2015 werd tot mystery shopping overgegaan. Het is vooral interessant om na te gaan met betrekking tot welke regelen de FSMA haar bevoegdheid tot mystery shopping heeft gehanteerd.

46. De bevoegdheid tot mystery shopping werd vooreerst gebruikt in het kader van het *toezicht op de gedragsregelen* die bij de aanbidding van beleggingsdiensten moeten worden gerespecteerd (in de precontractuele fase)⁷⁹, dit door gereguleerde ondernemingen. Heel wat aandacht werd besteed aan de naleving van de zorgplicht, en in het bijzonder aan de naleving van de informatie-inwinningsverplichting (*know your customer rule*), die men terugvindt in artikel 27 §§4 -6 WFT. Deze regels houden de verplichting in om bij de (potentiële) cliënt bepaalde informatie in te winnen vooraleer beleggingsdiensten te verstrekken. Welke informatie precies moet worden ingewonnen, is afhankelijk van de soort dienst die wordt aangeboden⁸⁰.

Is er sprake van beleggingsadvies of vermogensbeheer, dan moet bij de cliënt informatie worden ingewonnen omtrent zijn kennis en ervaring met betrekking tot het specifieke soort product of dienst, zijn financiële situatie en zijn beleggingsdoelstellingen. De verkregen informatie moet de gereguleerde onderneming toelaten enkel geschikt vermogensbeheer te verstrekken of geschikte beleggingsdiensten en financiële instrumenten aan te bieden. Meer concreet impliceert dit dat nagegaan moet worden of de cliënt over de nodige kennis beschikt om het product en de eraan verbonden risico's te begrijpen en of hij deze risico's financieel kan dragen. Verkrijgt de gereguleerde onderneming de vereiste informatie niet, dan moet ze zich onthouden (art. 27 §4 WFT).

Gaat het daarentegen om de loutere uitvoering van orders, dan moet er bij de cliënt, voor zover aan een aantal voorwaarden is voldaan, geen informatie worden ingewonnen (art. 27 §6 WFT). Opdat geen informatie gevraagd moet worden, moet *onder andere* de dienst verricht worden op initiatief van de cliënt, moet de cliënt gewaarschuwd worden dat niet zal worden onderzocht of de betrokken dienst of het betrokken financieel instrument passend is en moet het gaan om bepaalde financiële instrumenten (vb. tot een gereguleerde markt toegelaten aandelen, obligaties, icbe's), met uitzondering van complexe financiële instrumenten.

⁷⁸ FSMA, *Jaarverslag* 2014, 8; FSMA, *Jaarverslag* 2015, 8.

⁷⁹ In het kader van mystery shopping wordt niet overgegaan tot de aankoop van financiële instrumenten of het ondertekenen van enige overeenkomst.

⁸⁰ Zie meer uitgebreid: V. COLAERT en T. VAN DYCK, "MiFID en de gedragsregels. Een nieuw juridisch kader voor beleggingsdiensten", *TBH* 2008, 259-266; V. COLAERT, "De MiFID-geschiktheidsbeoordeling. Naar een beter georganiseerde kennis van product en cliënt", *BFR* 2014, 127 e.v..

Is niet aan de door de wet vereiste voorwaarden voldaan (bv. gaat het om een complex financieel instrument), dan moet de onderneming (enkel) informatie inwinnen omtrent de kennis en ervaring van de cliënt met betrekking tot het specifieke soort product of dienst. Dit moet de gereglementeerde onderneming toelaten om te oordelen of het aangeboden product of de te verrichten dienst passend zijn voor de cliënt (art. 27 §5 WFT), i.e. of de consument het product en de eraan verbonden risico's begrijpt. Indien dit niet het geval is of de onderneming de vereiste informatie niet verkrijgt, dan moet ze de consument waarschuwen dat het betrokken product niet passend is of dat de passendheid niet beoordeeld kon worden. Van een onthoudingsplicht is – in tegenstelling tot hetgeen het geval is bij beleggingsadvies – geen sprake.

47. De inwinning van de door de wet vereiste informatie geschiedt aan de hand van vragenlijsten die door de potentiële cliënten moeten worden ingevuld. Het spreekt voor zich dat aan de hand van deze vragenlijsten de FSMA kan onderzoeken welke informatie gereglementeerde ondernemingen inwinnen. Zo laat een grondig onderzoek van deze vragenlijsten bijvoorbeeld toe na te gaan of voldoende informatie wordt verkregen in het geval beleggingsadvies wordt verstrekt.

Evenwel kan aan de hand van een louter onderzoek van de vragenlijsten, hoe grondig ook, niet achterhaald worden hoe de onderneming in de praktijk omgaat met deze vragenlijsten. Worden deze vragenlijsten wel steeds voorafgaandelijk gehanteerd? Worden cliënten bij het invullen van deze lijsten aan hun lot overgelaten of verkrijgen zij bepaalde informatie, onder meer omtrent het belang en het doel van de verstrekte informatie? Worden cliënten bij het invullen van deze vragenlijsten al dan niet in een bepaalde richting gestuurd (vb. naar een meer dynamisch profiel dat meer mogelijkheden biedt)? Wordt de informatie-inwinning wel duidelijk gescheiden van het eigenlijke beleggingsadvies?

Mystery shopping laat ook toe na te gaan vanaf wanneer een onderneming het verstrekken van bepaalde informatie als beleggingsadvies kwalificeert. Opdat sprake is van beleggingsadvies moet het gaan om 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. 46, 10° van de Wet van 6 april 1995 inzake het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen). Een aanbeveling is gepersonaliseerd wanneer zij wordt voorgesteld als een aanbeveling die geschikt is voor de betrokken persoon, of berust op een afweging van diens persoonlijke omstandigheden (art. 46, 11°). Welnu, mystery shopping laat toe na te gaan of de gereglementeerde onderneming de cliënt niet laten verklaren geen beleggingsadvies te hebben ontvangen, terwijl in werkelijkheid wel een gepersonaliseerde aanbeveling werd gedaan. De cliënt een dergelijke verklaring laten afleggen is immers in strijd met artikel 27 §1 WFT dat vereist dat gereglementeerde ondernemingen zich op loyale, billijke en professionele wijze moeten inzetten voor de belangen van hun cliënt.

Mystery shopping laat ook toe om na te gaan of het uiteindelijk verstrekte beleggingsadvies wel strookt met de van de cliënt verkregen informatie, i.e. of het advies geschikt is, rekening houdend met de beleggingshistoriek van de cliënt en zijn beleggershorizon. Worden er geen diensten of producten aanbevolen die de cliënt niet geheel begrijpt en / of die niet stroken met de risico-appetijt van de cliënt of diens beleggershorizon? Uit het jaarverslag van de FSMA blijkt alvast dat de in 2014 uitgevoerde mystery

shopping aan het licht heeft gebracht dat het verstrekte advies niet altijd strookte met de verkregen informatie⁸¹.

Verder laat mystery shopping ook toe om de kwaliteit van de informatieverstrekking te beoordelen. Beschikt het personeel dat contact heeft met de cliënt over voldoende kennis om de kenmerken van de betrokken dienst of financiële instrumenten uit te leggen aan de potentiële cliënt? Wordt de cliënt voldoende en correct geïnformeerd omtrent risico's en kosten, niet enkel middels de overhandiging van fiches, doch tevens mondeling (vb. worden in de fiche vermelde risico's niet geminimaliseerd)? Wordt de door de wet vereiste informatie wel degelijk verstrekt, en dit ongeacht of de aanbevolen transactie uiteindelijk wordt doorgevoerd⁸². Wordt wel degelijk in het beste belang van de cliënt een bepaalde dienst of een bepaald instrument aangeboden of laat de onderneming zich in de praktijk ook leiden door andere overwegingen? En tot slot, wordt er soms gebruik gemaakt van documenten die niet voorafgaandelijk door de FSMA werden goedgekeurd, dit terwijl de wetgeving een dergelijke voorafgaandelijk fiatting vereist (vb. document essentiële spaardersinformatie, document essentiële beleggersinformatie (KIID)).

48. Het gebruik van mystery shopping door de FSMA is dus een feit. Mystery shoppers (derden) werden met een vooraf bepaald scenario op pad gestuurd om zich voor te doen als een potentiële cliënt. De loutere vaststelling dat mystery bezoeken plaats vinden zonder dat de gecontroleerde op de hoogte is van het feit dat het de bedoeling is de naleving van bepaalde wettelijke regelen te verifiëren aan de hand van een fictief scenario, impliceert uiteraard niet dat er sprake is van provocatie. Zoals reeds eerder vermeld, is er immers slechts sprake van provocatie indien de gereguleerde onderneming er wordt toe aangezet om een inbreuk te begaan waartoe ze oorspronkelijk niet de intentie had. Bijvoorbeeld, vraagt de cliënt beleggingsadvies te ontvangen zonder de voorafgaandelijke invulling van de MiFID-vragenlijst, dan kan men moeilijk besluiten dat de onderneming die advies vertrekt voor de door de wet vereiste informatie te hebben verkregen, werd geprovoceerd. De onderneming is immers vrij om in een dergelijk geval, zoals wettelijk verplicht, het verstrekken van de dienst te weigeren. Ook kan er geen sprake zijn van provocatie wanneer de onderneming laattijdig informatie verstrekt of verkeerde inlichtingen geeft omtrent kosten of risico's. Anders is het wanneer de mystery shopper uitdrukkelijk zou aangeven geen informatie te willen ontvangen om vervolgens vast te stellen dat geen informatie werd gegeven.

Besluit

49. Mystery shopping in het financieel recht is vandaag een feit. De FSMA heeft reeds gebruik gemaakt van de haar toegekende bevoegdheid tot mystery shopping, in het bijzonder in het kader van het toezicht dat de FSMA uitoefent op de naleving van de gedragsregelen bij de aanbidding van beleggingsdiensten. Voor inbreuken op Boek VII WER (kredieten, betalingen en basis-bankdienst) beschikken de ambtenaren van de Economische Inspectie ook reeds over de bevoegdheid tot mystery shopping, al werd daar voorlopig bij mijn weten nog geen gebruik van gemaakt. Ingevolge een recente wetswijziging zal deze bevoegdheid tot mystery shopping voor de ambtenaren van de Economische Inspectie verder worden

⁸¹ FSMA, *Jaarverslag* 2015, 65.

⁸² FSMA, *Jaarverslag* 2015, 65.

uitgebreid. Een Koninklijk Besluit zal moeten aangeven welke regelen uit het Wetboek van Economisch recht gecontroleerd kunnen worden via mystery shopping.

Vergelijkt men enerzijds artikel 87*quinquies* WFT met de artikelen 3/1 en 17 §1 van Boek XV WER, dan stelt men vast dat artikel 87*quinquies* WFT de mogelijkheid biedt om een beroep te doen op derden. Boek XV WER biedt deze mogelijkheid niet. De bepalingen uit Boek XV WER zijn evenwel meer gedetailleerd, bijvoorbeeld omtrent de gevolgen die verbonden kunnen worden aan de tijdens de mystery shopping gedane vaststellingen.

50. Mystery shopping kan een nuttig instrument zijn, dat naar mijn overtuiging wel degelijk een bijdrage kan leveren tot een daadwerkelijke bescherming van de consument. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de controle van de precontractuele informatieverplichtingen die op aanbieders van financiële diensten rusten. Wordt het SECCI voorafgaandelijk verstrekt en wordt passende toelichting gegeven? Worden beleggers goed geïnformeerd omtrent de risico's verbonden aan financiële instrumenten en is het verstrekte advies geschikt voor de betrokken cliënt?

Tot slot, mystery shopping staat niet gelijk aan provocatie. Het is niet omdat de mystery shopper zich voordoet als potentiële cliënt of omdat hij een situatie veinst (vb. nood aan basis-bankdienst, kredietbehoefte, te beleggen vermogen), dat de aanbieder van financiële diensten ertoe aangezet wordt om een bepaalde regel te overtreden. Uiteraard, is het mogelijk dat een mystery shopper zich in een concreet geval schuldig maakt aan provocatie, bijvoorbeeld door blijvend aan te dringen op een schending van de wet.