

Financial Law Institute

Working Paper Series

WP 2012-01

Michiel DE MUYNCK

**Precontractuele bijstand *ex. artikel 11,*
§4 W.C.K.**

***Katalysator voor een herijkt beslissings- en
toezichtsmodel inzake consumentenkrediet?***



Januari 2012

WP 2012-01

Michiel DE MUYNCK

**Precontractuele bijstand ex. artikel 11, §4 W.C.K.
*Katalysator voor een herijkt beslissings- en toezichtsmodel inzake
consumentenkrediet?***



Precontractuele bijstand *ex. artikel 11, §4 W.C.K.* Katalysator voor een herijkt beslissings- en toezichtsmodel inzake consumentenkrediet?

Michiel De Muyne¹

Onderstaande bijdrage gaat nader in op de precontractuele informatie- en adviesverplichtingen uit de Wet Consumentenkrediet en meer in het bijzonder de plicht voor de kredietgever, respectievelijk de kredietbemiddelaar, tot het verstrekken van passende toelichting.² Dit bijstandsgebod ligt vervat in artikel 11, §4 W.C.K. :*“De kredietgevers en, in voorkomend geval, de kredietbemiddelaars verstrekken de consument een passende toelichting om hem in staat te stellen te beoordelen of de voorgestelde kredietovereenkomst aan zijn behoeften en financiële situatie beantwoordt, zo nodig door de ingevolge [artikel 11,] §1 te verstrekken precontractuele informatie, de voornaamste kenmerken van de voorgestelde producten en de specifieke gevolgen hiervan voor de consument toe te lichten, met inbegrip van de gevolgen indien de consument niet betaalt (eigen toevoeging).”*

Na een situering en inhoudelijke “toelichting” van de precontractuele bijstand *ex. artikel 11, §4 W.C.K.* (in paragraaf 1.), worden in §2. enkele tentatieve aanbevelingen geformuleerd die een minder rigide precontractueel bijstandsregime voorstaan.³ Een *inter- en proactief* toezichtsregime dient naar ons oordeel de verantwoordelijkheden van de kredietgever, de kredietbemiddelaar en de consument verder te *herijken* en het beslissingcentrum in de precontractuele fase uit te klaren. Dergelijk hertekend handhavingsmodel kan ondermeer het “*know-your customer*” principe m.b.t. de financiële capaciteit van de consument, het “*suitability of assistance*” concept alsook post-contractuele bijstand in praktijk brengen.

§1. De toelichtingsverplichting.

1. ***Situering generieke bijstandsverplichting.*** De precontractuele bijstand uit artikel 11, §4 W.C.K., die een quasi woordelijke omzetting van de aanhef van artikel 5, §6 van de richtlijn⁴ betreft⁵, moet de consument, samen met de informatie die via het Europese Standaardinformatieformulier of SECCI⁶ dient te worden verschaft (zie artikel 11, §1 W.C.K.), zelfstandig in staat stellen te oordelen of de voorgestelde overeenkomst aan zijn behoeften en financiële situatie beantwoordt.

¹ FWO - Navorsers bij het Instituut Financieel Recht van de Universiteit Gent. De auteur dankt Prof. Reinhard Steennot voor zijn medewerking bij het totstandkomen van deze bijdrage.

² Wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet (BS 9 juli 1991), zoals onder meer gewijzigd door de wet van 24 maart 2003 tot wijziging van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet (BS 2 mei 2003) en de wet van 13 juni 2010 tot wijziging van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet, BS 21 juni 2010 (hierna: W.C.K.). Volgende uitvoeringsbesluiten kunnen tevens worden vermeld: het Koninklijk Besluit van 21 juni 2011 tot wijziging van verschillende besluiten inzake registratie van persoonsgegevens ingevolge de wijziging van de wet op het consumentenkrediet (B.S. 6 juni 2011, 33092 e.v.) en het Koninklijk Besluit van 21 juni 2011 tot wijziging van verschillende besluiten inzake consumentenkrediet en tot uitvoering van de artikelen 5, §1 tweede lid, en §2, en 15, derde lid, van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet (B.S. 29 juni 2011, 37804 e.v.). Voor een bespreking van de (ver)nieuw(de) W.C.K., zie ondermeer M. DE MUYNCK en R. STEENNOT, “De nieuwe wet consumentenkrediet en de kredietopeningen: een afdoende bescherming voor de consument?”, *TBH 2011/3*, 191- 214 en M. DE MUYNCK, “Consumentenkrediet. De wet van 13 juni 2010 gewikt en gewogen”, *CABG 2011*, n°1, 79 p.

³ Zie nr. 15 e.v

⁴ Richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van richtlijn 87/102/EEG van de Raad, *Pb.L.* 133/66 e.v., 22 mei 2008 (hierna: RL 2008/48/EG, de richtlijn consumentenkrediet of de richtlijn).

⁵ De aanhef van artikel 5, §6 van de richtlijn luidt immers als volgt: “De lidstaten zien erop toe dat de kredietgevers en, in voorkomend geval, de kredietbemiddelaars de consument een passende toelichting verstrekken om hem in staat te stellen te beoordelen of de voorgestelde kredietovereenkomst aan zijn behoeften en financiële situatie beantwoordt, zo nodig door de ingevolge lid 1 te verstrekken precontractuele informatie, de voornaamste kenmerken van de voorgestelde producten en de specifieke gevolgen hiervan voor de consument toe te lichten, met inbegrip van de gevolgen indien de consument niet betaalt.”

⁶ SECCI is het Engelse acroniem voor “Standard European Consumer Credit Information”.

Waar artikel 11, §4 W.C.K. door het opleggen van aantal -zowel vormelijke als inhoudelijke - vereisten waaraan de bijstand moet voldoen informatie-assymetriën in hoofde van de consument m.b.t. in essentie ‘*belief goods*’ tracht weg te werken met het oog op het realiseren van optimale kredietbeslissingen, kan het artikel als exemplarisch worden aangemerkt voor de rol van de W.C.K. als een soort *arbiter* van de precontractuele fase tussen de kredietgevers en/of de kredietbemiddelaars enerzijds en de consumenten als zwakkere partij anderzijds (i.e. het bewaken van de procedurele rechtvaardigheid).

2. ***Bijzondere bijstand inzake kredietopeningen.*** Gebruikmakend van de door artikel 5, § 6 *in fine* van de richtlijn geboden mogelijkheid om de *wijze waarop* en de *mate waarin* precontractuele bijstand wordt verleend, alsmede de *identiteit* van de bijstandverstrekker, aan te passen aan (1) de specifieke omstandigheden waarin de overeenkomst wordt aangeboden, (2) de persoon aan wie zij wordt aangeboden, en (3) het soort krediet dat wordt aangeboden, introduceert artikel 11, §4 lid 2 W.C.K. naast de algemene voorlichting tevens een bijzondere bijstand inzake kredietopeningen mits deze op een verkooppunt buiten de onderneming of op afstand worden aangegaan:

“Indien een kredietopening wordt aangeboden op een verkooppunt buiten de onderneming van de kredietgever of op afstand wordt een passende toelichting verstrekt door de kredietgever respectievelijk de kredietbemiddelaar met betrekking tot de voor- en nadelen tussen deze kredietsoort en de verkoop- of lening op afbetaling aangegaan voor hetzelfde kredietbedrag, indien deze kredietsoorten worden aangeboden door de kredietgever of de kredietbemiddelaar. Deze toelichting heeft onder meer betrekking op de aflossing van het kapitaal, de aanrekening van interesten, de maximale jaarlijkse kostenpercentages, de nulstellingstermijn en de eisbaarheid van het verschuldigd saldo in geval van eenzijdige opzegging bedoeld in artikel 33ter, § 1, tweede lid.”

De risico's verbonden aan het aanbieden van kredietopeningen buiten de onderneming van de kredietgever⁷ of op afstand rechtvaardigen een aanvullende assistentie van de consument door de kredietgever, respectievelijk de kredietbemiddelaar.⁸ De kredietgever of de kredietbemiddelaar wordt voor voornoemde overeenkomsten expliciet verplicht passende toelichting te verstrekken omtrent de voor-en nadelen tussen deze particuliere kredietvorm en de verkoop- of lening op afbetaling aangegaan voor hetzelfde kredietbedrag.⁹ Belangrijk is evenwel te onderstrepen dat artikel 3, §2 W.C.K. geen toelichting gebiedt voor geoorloofde debetstanden op een rekening die binnen de maand dienen te worden afgelost, noch voor geoorloofde debetstanden op een rekening die terugbetaalbaar zijn op verzoek van de kredietgever of binnen een termijn van drie maanden. De gemeenrechtelijke informatieverplichting speelt voor deze overeenkomsten onverminderd.

⁷ De draagwijdte van de notie ‘buiten de onderneming van de kredietgever’ kan aanleiding geven tot verwarring. Artikel 1, 17° W.C.K. definieert de ‘onderneming van de kredietgever of van de kredietbemiddelaar’ als de plaats waar hij gewoonlijk zijn bedrijf uitoefent, dat is zijn hoofdvestiging, een filiaal of een in het handelsregister ingeschreven agentschap of de vestiging van een andere kredietgever of kredietbemiddelaar. Op basis van de omschrijving van ‘onderneming’ in artikel 1, 17° W.C.K. als “*plaats waar hij gewoonlijk zijn bedrijf uitoefent*” zou men *a contrario* kunnen besluiten dat de vestiging van de kredietbemiddelaar in beginsel niet gekwalificeerd kan worden als onderneming van de kredietgever (die in regel zijn bedrijf elders zal uitoefenen). Men zou anderzijds echter van oordeel kunnen zijn dat de wetgever bij het redigeren van de bepaling onnauwkeurig te werk ging en met ‘buiten de onderneming van de kredietgever’ eigenlijk de hypothese ‘buiten de onderneming van de kredietgever of kredietbemiddelaar’ beoogde. Dit zou onder meer kunnen blijken uit een samenlezen van artikel 11, §4 lid 2 W.C.K. en het voornoemde artikel 1, 17° W.C.K. In deze hypothese zullen enkel kredietopeningen die bv. op een beurs of ten huize van de consument worden afgesloten (ongeacht dit door tussenkomst van een kredietbemiddelaar geschiedt) onder de regeling vallen.

⁸ De wetgever motiveert de bijzondere bijstand als volgt: “§ 4 van het nieuwe artikel 11 bevat een aantal nieuwe bepalingen die vooral de ongebreidelde commercialisering van sommige kredietopeningen zonder correcte voorafgaande informatieverstrekking aan banden dient te leggen.” Zie *Parl. St.* DOC 52 2468/001, 54. Een van de risico's, naast ondermeer het feit dat de concurrentie hier veelal onbestaand is, is bijvoorbeeld de vrees dat consumenten die krediet wensen buiten de onderneming van de kredietgever vnl. aandacht besteden aan het vergelijken van de goederen waarvoor de financiering noodzakelijk is, ten nadele van het vergelijken van de financieringsopties. Zie W.C. WHITFORD, “The Functions of Disclosure Regulation in Consumer Transactions”, *Wis. L. Rev.*, (Wisconsin Law Review) 1973, 418. Bepaalde auteurs bekritisieren desalniettemin de bijzondere bijstandsverplichting. Zie bijvoorbeeld Y. HOORNAERT, “Wet op het consumentenkrediet (WCK): andermaal hervormd”, *Bank Fin. R.* 2010, 405.

⁹ Deze verplichting bestaat uiteraard slechts indien naast de kredietopening ook leningen op afbetaling of verkopen op afbetaling worden aangeboden.



3. **Wie de bijstand dient te verstrekken.** Artikel 11, §4 eerste lid W.C.K. bepaalt dat “de kredietgevers, en in voorkomend geval de kredietbemiddelaars” de consument van passende toelichting voorzien. Naast de kredietgever dient dus ook de kredietbemiddelaar toelichting te verstrekken *indien hij hiertoe de gelegenheid heeft*. De taakverdeling tussen beide actoren is - behoudens wanneer er sprake is van kredietbemiddeling bij wijze van nevenactiviteit¹⁰ - op vandaag, ondanks de door de richtlijnwetgever gelaten mogelijkheid hiertoe, niet wettelijk geëxpliceerd.¹¹

Essentieel is dat de consument de bijstand ontvangt die een geïnformeerde kredietbeslissing mogelijk maakt. Het is o.i. bijgevolg voldoende dat slechts één van de twee voornoemde partijen de toelichting verstrekt. De kredietbemiddelaar zal bij ‘*face-to-face*’ kredietverstrekking (bijvoorbeeld het aanbieden van financiering in de distributiesector) veelal het best in staat zijn om de bijstand te verlenen.¹² Indien de kredietbemiddelaar de bijstand voor zijn rekening neemt, mag van de kredietgever evenwel een zekere mate van toezicht verwacht worden omtrent de adequate verstrekking van de precontractuele bijstand.¹³

4. De vrijstelling inzake precontractuele informatie- en bijstandverstrekking voor leveranciers van goederen of aanbieders van diensten die “*bij wijze van nevenactiviteit als kredietbemiddelaar optreden*” uit artikel 11ter W.C.K. kan hier niet onvermeld blijven. Leveranciers van goederen of aanbieders van diensten die bij wijze van nevenactiviteit als kredietbemiddelaar optreden worden in beginsel vrijgesteld van de precontractuele informatieverplichtingen vervat in de artt. 11, 11bis (inzake de geoorloofde debetstanden op een rekening) en 15, eerste lid W.C.K. Dit impliceert dat de kredietgever hier *wettelijk* exclusief dient in te staan voor de toelichting (onverminderd de mogelijkheid tot een contractuele (subrogatie-) regeling). De exacte lading van het begrip “kredietbemiddelaar bij wijze van nevenactiviteit” blijft op vandaag onduidelijk. Noch de richtlijn, noch de wet definiëren immers wat onder “nevenactiviteit” dient te worden verstaan.¹⁴

5. **De begunstigde van de bijstand.** De toelichting is gericht op consumenten die voornemens zijn een kredietovereenkomst af te sluiten. Een verzoek van de consument is niet vereist. Zelfs indien de consument als informatie-schuldeiser aangeeft geen bijstand te willen genieten moet de kredietgever of de kredietbemiddelaar de wet respecteren en overgaan tot het toelichten van de kredietovereenkomst. Afstand is bijgevolg onmogelijk! Indien het krediet wordt afgesloten door meerdere consumenten, moet de bijstand *alle* onderscheiden kredietnemers toelaten een geïnformeerd besluit te nemen aangaande het door hen beoogde krediet.

¹⁰ Zie hierover nr. 4.

¹¹ De wetgever maakte aldus (vooralsnog) geen gebruik van de door de richtlijn geboden mogelijkheid om de *schuldenaar van de bijstandsverplichting* nader aan te passen aan (1) de specifieke omstandigheden waarin de overeenkomst wordt aangeboden, (2) de persoon aan wie zij wordt aangeboden, en (3) het soort krediet dat wordt aangeboden. De W.C.K. zou - o.g.v. van deze door de richtlijn gelaten opening - onder meer de taken tussen de kredietgever enerzijds en de kredietbemiddelaar anderzijds wettelijk kunnen verankeren.

¹² De kredietbemiddelaar zal immers beter dan de fysiek afwezige kredietgever (die niet rechtstreeks in contact staat met de consument) geplaatst zijn om de financiële geleeterdheid van de consument, zijn wensen en verwachtingen inzake het voorgenomen krediet, edm. te achterhalen en de bijstand hier vervolgens op af te stemmen. DOMONT-NAERT stelt hierover: “*Dans l’examen des responsabilités de l’intermédiaire de crédit, il faut avoir à esprit que lorsqu’un intermédiaire intervient, il est le seul professionnel qui rencontre le consommateur.*” Zie F. DOMONT-NAERT, “L’incidence de l’intervention de l’intermédiaire de crédit sur la responsabilité du prêteur”, noot onder Vred. Sint-Niklaas 20 februari 1997, DCCR 1997, 157.

¹³ OFFICE OF FAIR TRADING, *Irresponsible lending – OFT guidance for creditors*, Maart 2010 (laatste update Februari 2011), OFT Doc. 1107, 35. Deze “verificatieplicht” dient te worden onderscheiden van het eventuele bestaan van een verificatieplicht van de kredietgever inzake de door hem ontvangen informatie van de kredietbemiddelaar. Ter zake wordt in de rechtspraak aanvaard dat de kredietgever niet gehouden is tot verificatie. Zie bijvoorbeeld Kh. Brussel 5 maart 1999, A.J.T. 1999-200, 195.

¹⁴ Voor een nadere duiding: zie M. DE MUYNCK en R. STEENNOT, “De nieuwe wet consumentenkrediet en de kredietopeningen: een afdoende bescherming voor de consument?”, *TBH 2011/3*, 204.

Hoewel de W.C.K. dit niet expliciteert, is de kredietgever respectievelijk de kredietbemiddelaar naar ons aanvoelen anderzijds niet tot bijstand gehouden wanneer hij niet zinnens is een kredietovereenkomst af te sluiten met- of te bemiddelen voor een consument die bij hem informatie inwint.¹⁵

De stellers van een zekerheid zijn tenslotte geen informatie-schuldeisers m.b.t. de bijstand *ex. artikel 11, §4 W.C.K.* Dit strookt met de interpretatie van de voorheen in artikel 11 W.C.K. vervatte informatieplicht¹⁶ alsook met het gemeenrecht.¹⁷ Artikel 34 W.C.K. gebiedt de kredietgever uitsluitend de steller van een persoonlijke zekerheid een exemplaar van de overeenkomst te overhandigen.

6. **Wijze en tijdstip van de bijstandverstreking.** De W.C.K. laat - anders dan i.v.m. de standaardinformatie (die moet worden verstrekt op papier of een andere duurzame drager¹⁸) - na de wijze waarop de toelichting dient te worden verstrekt nader te preciseren.¹⁹ Hoewel de consument in beginsel dus op alle mogelijke wijzen kan worden bijgestaan en de toelichting zowel mondeling (via de telefoon als in persoon) als d.m.v. een geschrift, een e-mail, een fax of zelfs een chatbox, website²⁰ of SMS kan geschieden; dient deze vormvrijheid te worden genuanceerd. De wijze waarop de bijstand werd verstrekt zal immers een rol spelen bij de beoordeling van de gepastheid ervan.²¹

Voor alle hierboven opgesomde wijzen waarop de bijstand kan geschieden geldt naar ons aanvoelen *prima facie* minstens volgende vuistregel: het gekozen communicatiekanaal dient te passen in de context van de relatie tussen de consument (kandidaat-kredietnemer) en kredietgever of kredietbemiddelaar.²²

7. Artikel 11, §4 W.C.K. bevat evenmin als omtrent de wijze waarop de toelichting moet worden verstrekt, een aanduiding over het precieze ogenblik waarop de kredietgever of de kredietbemiddelaar de consument moet bijstaan. Dit contrasteert andermaal met de informatieverstreking *ex. artikel 11, §1 W.C.K.* die 'te gelegener tijd voordat de kredietnemer door een overeenkomst of een aanbod is gebonden' dient plaats te vinden.²³

¹⁵ Deze interpretatie strookt met artikel 11, §5 W.C.K. dat de kredietgever vrijstelt van de overhandiging van een ontwerp kredietovereenkomst indien hij ten tijde van het verzoek niet zinnens is een kredietovereenkomst met de consument aan te gaan.

¹⁶ F. VAN DER HERTEN, "Informatie- en adviesverplichtingen", in E. TERRY (ed.), *Handboek Consumentenkrediet*, Brugge, die Keure, 2007, 120.

¹⁷ Zie onder meer R. STEENNOT, "De informatieplicht van de kredietinstellingen tegenover de borg", *RW* 2002-03, afl. 10, 385-386. De afwezigheid van een informatieplicht lijkt evenwel te worden betwist door DOMONT-NAERT die stelt: «*En vertu d'une clause habituelle les rendant solidairement et indivisiblement responsables du paiement, les cautions sont souvent tenues au même titre que le débiteur principal; il semble donc juste d'exiger qu'elles bénéficient, de la part du prêteur, les mêmes obligations de renseignement et de conseil.*» Zie F. DOMONT-NAERT, *Consommateurs défavorisés: crédit et endettement. Contribution à l'étude de l'efficacité du droit de la consommation*, Gent, Story-Scienta, 1992, 199.

¹⁸ Dit is ieder hulpmiddel dat de consument in staat stelt om persoonlijk aan hem gerichte informatie op te slaan op een wijze die deze informatie gemakkelijk toegankelijk maakt voor toekomstig gebruik gedurende een periode die is afgestemd op het doel waarvoor de informatie kan dienen en die een ongewijzigde reproductie van de opgeslagen informatie mogelijk maakt (zie definitie artikel 1, 21° W.C.K.).

¹⁹ De Belgische wetgever maakte bovendien geen gebruik van de in artikel 5, §6 *in fine* van de richtlijn vervatte mogelijkheid om 'de wijze waarop de bijstand dient te worden verleend' aan te passen aan bijvoorbeeld de specifieke omstandigheden waarin de overeenkomst wordt aangeboden of de persoon aan wie het krediet wordt aangeboden.

²⁰ Een facultatieve link naar een webpagina die toelichting bevat dient o.i., mede gelet op de plicht tot het verstrekken van toelichting zelfs indien de consument geen vragende partij is, evenwel als onvoldoende te worden gekwalificeerd. Zie ook OFFICE OF FAIR TRADING, *Irresponsible lending – OFT guidance for creditors*, Maart 2010 (laatste update February 2011), OFT Doc. 1107, 21 en 31.

²¹ Zie nr 9 e.v.

²² Zie ook H.J. BODIFEE, "Implementatie van de richtlijn inzake consumentenkrediet", *FR* april 2010, 80. Dit strookt met wat wordt aangenomen betreffende de informatieverstreking ingevolge MiFiD. Zie V. COLAERT en T. VAN DYCK, "Mifid en de gedragsregels. Een nieuw juridisch kader voor beleggingsdiensten", *T.B.H.* 2008/03, 255. Dit principe strookt tevens met de voorschriften inzake informatieverstreking bij overeenkomsten op afstand. Zie bijvoorbeeld artikel 45 W.M.P.C.: "Bij het aanbod van een overeenkomst op afstand moet de consument ondubbelzinnig, op heldere en begrijpelijke wijze worden ingelicht door elk middel dat aangepast is aan de gebruikte techniek voor communicatie op afstand, (...) (eigen onderstreping)."

²³ Het vereiste om te gelegener tijd voordat de consument gebonden is de informatie te verstrekken impliceert o.i. niet dat de kredietsluiting in twee onderscheiden - lees niet aansluitende - fasen (nl. een precontractuele en contractuele fase) dient te geschieden. Zie inzake de notie 'te gelegener tijd voordat': M. DE MUYNCK en R. STEENNOT, "De nieuwe wet consumentenkrediet en de kredietopeningen: een afdoende bescherming voor de consument?", *T.B.H.* 2011/3, 201. De vervulling van de raadgevingsverplichting speelt eveneens een rol bij de

Het tijdstip waarop de bijstand plaatsvindt determineert mee²⁴ de (on-)mogelijkheid voor de consument om zijn handelen te sturen o.g.v. de toelichting. Gelet op de identieke doelstelling van het informatie- respectievelijk het bijstandsgebod uit de W.C.K., nl. de consument toelaten te oordelen of de overeenkomst aan zijn behoeften en financiële situatie beantwoordt, is het evident dat de toelichting minstens *uiterlijk bij het sluiten* van de overeenkomst²⁵ doch wellicht eveneens ‘ter gelegener tijd’ voor de contractsluiting (in het Frans “en temps utile avant le consommateur ne soit lié”) dient te geschieden. Bijstand na ondertekening van de kredietovereenkomst doch voor de terbeschikkingstelling of overdracht van de krediet som is bijgevolg laattijdig.²⁶ Wijzigingen die de totstandkoming van een nieuwe overeenkomst impliceren zullen eveneens gepaard moeten gaan van bijstand. Wij zijn van oordeel dat het tijdstip van de bijstand, net als de wijze waarop de toelichting wordt verstrekt, een belangrijke rol zal spelen om te oordelen of deze de consument *in concreto* toeliet de informatie te verwerken²⁷ en een weloverwogen kredietbeslissing te nemen.²⁸

8. Bij kredieten die via een middel van communicatie op afstand worden gesloten kan de verstrekking van de standaardinformatie bij toepassing van artikel 11, §3 W.C.K. worden uitgesteld tot *onmiddellijk na* het sluiten van de overeenkomst mits de sluiting van het krediet (1) op verzoek van de consument (2) via een middel van communicatie op afstand geschiedt én (3) het onmogelijk blijkt de informatie ter gelegener tijd voordat de consument door een kredietaanbod of overeenkomst wordt gebonden te verstrekken.²⁹ Indien de kredietovereenkomst op afstand wordt gesloten kan de toelichting o.i. in een beperkt aantal gevallen eveneens na de contractsluiting geschieden.³⁰ Er anders over oordelen geeft aanleiding tot een incoherentie met de (*ratio legis* van de) postcontractuele verstrekking van precontractuele informatie bij kredietovereenkomsten op afstand die voldoen aan de voorwaarden gesteld door artikel 11, §3 W.C.K.

De derde voorwaarde uit artikel 11, §3 W.C.K., nl. de onmogelijkheid de bijstand ter gelegener tijd voordat de consument gebonden is te verstrekken, dient evenwel restrictief te worden geïnterpreteerd. Zo impliceert het sluiten van een kredietovereenkomst over de telefoon bijvoorbeeld geenszins de onmogelijkheid tot het verstrekken van (mondelijke) toelichting (eventueel voorwerp van een schriftelijke bevestiging na het sluiten van de kredietovereenkomst). *De facto* zal de bijstand in de meeste gevallen dus wel degelijk voorafgaand aan de contractsluiting doorgang vinden.

beoordeling van het tijdstip informatieverstrekking. Zie K. VAN LANDEGHEM, “De vernieuwde Wet op het ConsumentenKrediet Betere Bescherming van de consument binnen een eengemaakte Europese markt?”, *T. Fin. R.* 2011, nr. 2, 32.

²⁴ Dit uiteraard naast andere vormelijke (vb. het kader of het ‘frame’ van de verstrekte informatie, haar bevattelijkheid en substantiële criteria (zoals ondermeer de inhoudelijke contouren van de toelichting).

²⁵ Cfr. het tijdstip van de informatieverstrekking *ex. artikel 4 W.M.P.C.*. Zie R. STEENNOT en S. DEJONGHE, “Artikel 30 WHPC”, in *Artikelsgewijze commentaar Handels- en Economisch recht.*, Kluwer, losbladig.

²⁶ We herinneren de lezer aan het feit dat ingevolge artikel 16 W.C.K. geen betaling mag worden gedaan door de kredietgever aan de consument, noch door de consument aan de kredietgever zolang de kredietovereenkomst niet ondertekend is.

²⁷ Zie ook (inzake informatieverstrekking bij het aanbieden van beleggingsdiensten) R. STEENNOT, “Informatieverplichtingen als beschermingstechniek bij de verwerving van beleggingsdiensten door consumenten”, in X (ed.), *Van alle markten. Liber amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 787.

²⁸ Voor een voorbeeld uit de rechtspraak, zie ook LUIK 14 Januari 1998, *R.G.D.C.* 1999/7, 466, met noot S. HEERINCKX. *In casu* werd een clausule van herzienbaarheid pas ter kennis van de consument gebracht bij de voorlezing van de notariële leningsakte betreffende het hypothecaire krediet. Het Hof stelt dat door het feit dat de clausele van herzienbaarheid pas bij de voorlezing van de notariële akte geschiedde, de kredietnemer niet meer de kans had informatie in te winnen bij andere kredietgevers.

²⁹ Deze onmogelijkheid dient strict te worden geïnterpreteerd. Zie M. DE MUYNCK, “Consumentenkrediet. De wet van 13 juni 2010 gewikt en gewogen”, *CABG* 2011, n°1, 47.

³⁰ Volgens de klassieke interpretatie komt een overeenkomst op afstand tot stand op het ogenblik dat de aanbieder kennis neemt of redelijkerwijze kennis kan nemen van de aanvaarding van het aanbod door de consument (Cass. 16 juni 1960, *Pas.* 1960, I, 1190). Zie hierover (in het bijzonder inzake kredietovereenkomsten op afstand) R. STEENNOT, “De totstandkoming en de inhoud van de overeenkomst onder de nieuwe Wet Consumentenkrediet”, *DCCR* 2004, n° 163, 13.

9. **Omvang en realisatie bijstand.** Artikel 11, §4 W.C.K. stelt dat de kredietgever en, in voorkomend geval de kredietbemiddelaar, zo nodig (1) de Standaardinformatie, (2) de *voornaamste kenmerken* van de voorgestelde kredietovereenkomsten en tevens (3) de *gevolgen* van (het niet nakomen van) de daarin opgenomen verbintenissen dient te verduidelijken. Een uitvoerige bespreking van bovenstaande begrippen valt buiten het bestek van deze bijdrage. De tussenkomst van een kredietbemiddelaar kan de contouren van de toelichting inhoudelijk beïnvloeden (onder meer inzake de verloning van de intermediair, zijn bevoegdheden en onafhankelijkheid ten aanzien van de kredietgever).

De toelichting dient “passend” of in overeenstemming met iemands aard, positie of bekwaamheid te zijn.³¹ In de richtlijnconsiderans wordt de bijstand gelinkt aan (1) de mogelijkheid voor de consument om uit te maken welke kredietovereenkomst in het palet aangeboden producten voor zijn behoeften en financiële situatie het meest geschikt is alsook (2) het vermogen voor de consument zich rekenschap te kunnen geven van de gevolgen die de kredietproducten voor zijn economische situatie kunnen hebben.³² Eventuele opmerkingen en/of vragen van de consument kunnen de contouren van de te verlenen bijstand nader duiden.³³ De bijstand moet - in samenhang met de verstrekte precontractuele informatie - de consument in staat stellen zich effectief te oriënteren en de opportuniteit van de voorgestelde kredieten af te wegen.³⁴ De kredietverlener, respectievelijk de kredietbemiddelaar, zal zich bijgevolg zowel in de financiële kunde als het verwachtingspatroon van de consument – informatieschuldeiser moeten inleven om zijn bijstandsverplichting in te vullen.³⁵ Voor een hypergesofisticeerde kredietnemer die een consumentenkrediet wenst af te sluiten (het schoolvoorbeeld is hier de bankbediende die financiering wenst voor een private bestemming) zal gestandaardiseerde bijstand in bepaalde gevallen kunnen volstaan.³⁶

10. De vereiste dat de bijstand de consument voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst *in concreto* dient toe te laten zelfstandig de geschiktheid van de kredietovereenkomst voor zijn specifieke situatie te beoordelen kan aanleiding geven tot een vormelijke individualisatie van de precontractuele informatie.³⁷ Toelichting kan inderdaad een uitweg bieden voor de bevattelijkheid van complex taalgebruik en zo bijdragen aan een substantieel (i.p.v. louter theoretisch of formeel) informatie-evenwicht tussen een financieel minder onderlegde consument en de kredietverstrekker.

³¹ Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse Taal.

³² Zie overweging 27 bij de richtlijn.

³³ Zie in die zin (over het oude artikel 11, 1° W.C.K.) D. BLOMMAERT EN F. NICHELS, “Artikel 11, Wet op het consumentenkrediet”, in *Artikelsgewijze commentaar Financieel recht.*, Kluwer, losbladig.

³⁴ Zie S. CLERCKX en M. DELBROUCK, “Réforme de la législation en matière de crédit à la consommation”, *Bank. Fin* 2010/6, 351.

³⁵ Zoals dit eveneens het geval is voor de bijstand op grond van artikel 4 W.M.P.C. Zie (inzake de informatieverstrekking onder het voormalige artikel 30 N.W.H.P.): G.L. BALLON, “De verplichting tot voorlichting van de consument en de regeling van de documenten betreffende de verkopen van producten en diensten in de Nieuwe Handelspraktijkenwet”, in J. STUYCK en P. WYTINCK (eds.), *De Nieuwe wet handelspraktijken*, Brussel, Story-Scientia, 1992, 280.

³⁶ Inzake de mogelijkheid tot een bepaalde mate van standardisering, zie ook H.J. BODIFEE, “Implementatie van de richtlijn inzake consumentenkrediet”, *FR* april 2010, 81.

³⁷ Belangrijk is te herinneren aan het feit dat de informatieverstrekking via het SECCI op inhoudelijk gebied reeds een geïndividualiseerd karakter kan vertonen daar ze dient te geschieden op grond van eventueel door de consument geuite voorkeuren. Artikel 5, lid 1 van de richtlijn stelt immers: “*Geruime tijd voordat de consument door een kredietovereenkomst of een aanbod wordt gebonden, verstrekt de kredietgever en, in voorkomend geval, de kredietbemiddelaar, op basis van de door de kredietgever aangeboden kredietvoorwaarden en, in voorkomend geval, de door de consument kenbaar gemaakte voorkeur en verstrekte informatie, de consument de nodige informatie om verschillende aanbiedingen te kunnen vergelijken en zo een geïnformeerd besluit te kunnen nemen over het sluiten van een kredietovereenkomst.*” [eigen onderstreping] Zie M. DE MUYNCK en R. STEENNOT, “De nieuwe wet consumentenkrediet en de kredietopeningen: een afdoende bescherming voor de consument?”, *TBH* 2011/3, 202 (nr. 36).

Dat de kredietgever, respectievelijk de kredietbemiddelaar zijn bijstand dient af te stemmen op de capaciteit van de consument informatie-schuldeiser om de verschaft informatie te vatten impliceert niet alleen dat hij zijn financiële geletterdheid voorafgaandelijk aan de bijstand dient na te gaan;³⁸ doch tevens dat hij zich na het verstrekken van de bijstand ervan dient te vergewissen dat de informatie daadwerkelijk op een correcte wijze bij de informatie-schuldeiser is doorgedrongen.

11. **Bewijs (niet-)nakoming.** De partij die zich op de (niet-) nakoming van een verplichting of verbintenis beroept moet dit cfr. artikel 870 Ger. W. en artikel 1315 B.W. bewijzen. Indien de consument de kredietgever of de kredietbemiddelaar verwijt tekort te zijn geschoten in hun bijstandsverplichting, zal hij hiertoe het bewijs moeten leveren. De consument zal niet kunnen volstaan met het eenvoudige bewijs dat op de professioneel een bijstandsverplichting rust, i.e. het aantonen dat artikel 11, §4 W.C.K. van toepassing is, maar dient ook de niet-nakoming ervan aan te tonen.³⁹ De kredietgever of kredietbemiddelaar die beweert wel degelijk afdoende bijstand te hebben verleend zal de vervulling van artikel 11, §4 W.C.K. dienen te bewijzen.

Dat dit voor de consument een negatief bewijs betreft is onvoldoende om de bewijslast in de schoenen van de kredietgever, respectievelijk de kredietbemiddelaar te schuiven.⁴⁰ Wel wordt terecht aanvaard dat dit negatief bewijs met alle middelen van recht en dus ook d.m.v. feitelijke vermoedens (dit zijn cfr. artikel 1349 B.W. gevolgtrekkingen die de wet of een rechter⁴¹ afleidt uit een bekend feit om te besluiten tot een onbekend feit) kan worden geleverd.⁴² Bovendien oordeelde het Hof van Cassatie dat het bewijs van een negatief feit niet met dezelfde striktheid als het bewijs van een bevestigend feit dient te worden geleverd.⁴³

Bij de beoordeling of de kredietgever of de kredietbemiddelaar zich op een voldoende manier heeft gekwijt van zijn bijstandsverplichting dient de rechter zich te verplaatsen naar het ogenblik waarop de precontractuele bijstand plaatsvond.⁴⁴ *A posteriori* beoordelingen zijn uit den boze. Het feit dat een krediet voor de consument slecht afliep is onvoldoende als bewijs van een gebrekkige toelichting.⁴⁵ Omgekeerd levert de correcte terugbetaling door de consument evenmin het bewijs van een afdoende vervulling van de precontractuele verplichtingen.⁴⁶

12. Een verklaring van de consument waarin hij aangeeft toelichting te hebben ontvangen kan tenslotte bij de bewijsvoering in aanmerking worden genomen.⁴⁷ Voornoemde verklaring kan desgevallend het bewijs leveren dat kredietgever, respectievelijk de kredietbemiddelaar overging tot het verlenen van bijstand.

³⁸ De vertrouwensband verplicht de professioneel in zonderheid na te gaan of de financiële intelligentie van de consument overeenstemt met deze van een gemiddeld publiek. Zie in die zin ook G. ROMMEL, "De informatieplicht in het consumentenrecht", *RW* 1984, 2291.

³⁹ Zie F. DE PATOUL (noot onder Cass. 16 december 2004), in *Jaarboek Kredietrecht* 2005, 27.

⁴⁰ Zie Cass. 16 december 2004, *RW* 2004-05, afl. 39, 1553 en R. STEENNOT, F. BOGAERT, D. GOENS en D. BRULOOT, *Wet Marktpraktijken*, Reeks Financieel Recht, nr. 12, Antwerpen, Intersentia, 2010, 186.

⁴¹ Zie hierover artikel 1353 B.W.

⁴² Zie Rb. Gent 13 Oktober 2003, *NjW* 2004, 312.

⁴³ Het Hof stelde in zijn arrest dat "De rechter weliswaar vermag te oordelen dat een negatief feit niet met dezelfde striktheid als het bewijs van een bevestigend feit behoeft te worden geleverd, maar niet vermag de eisende partij van dit bewijs te ontslaan en de tegenpartij het bewijs van het tegengestelde positief bewijs op te leggen". Zie Cass. 16 december 2004, *RW* 2004-05, afl. 39, 1553.

⁴⁴ Zie L. CORNELIS, *Beginselen Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht. 1: De Onrechtmatige Daad*, Antwerpen, Maklu, 1989, 54.

⁴⁵ Zie P. LETTANY, *Het Consumentenkrediet. De Wet van 12 juni 1991*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 69. Voor een voorbeeld uit de rechtspraak Rb. Brugge 31 januari 2003, *T. Vred.* 2003, 224.

⁴⁶ Zie C. BIQUET-MATHIEU, *Le crédit à la consommation*, Brussel, Larcier, 2004, 42.

⁴⁷ OFFICE OF FAIR TRADING, *Irresponsible lending – OFT guidance for creditors*, Maart 2010 (laatste update Februari 2011), OFT Doc. 1107, 35.

Bepaalde rechtsleer lijkt er, o.i. evenwel foutief, van uit te gaan dat een door de consument aangevinkte “*tick box*” die aangeeft dat de consument voldoende toelichting ontving om een geïnformeerde kredietbeslissing te nemen (bijvoorbeeld ingeval van kredietverlening via het internet) toereikend is als bewijs van een *adequate* bijstand.⁴⁸ Dergelijke bedingen kunnen een kennelijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van de partijen creëren en zijn o.i. te sanctioneren o.g.v. de open norm inzake onrechtmatige bedingen uit de W.M.P.C.⁴⁹ Ook artikel 74, 21° W.M.P.C., dat als onrechtmatig aanmerkt bedingen die de bewijsmiddelen waarop een consument een beroep kan doen op ongeoorloofde wijze beperken of hem een bewijslast opleggen die normaliter tot de andere partij bij de overeenkomst rust, kan hier van belang zijn.

Een beding waarin de consument afstand doet van elke vordering tegen de kredietgever of kredietbemiddelaar m.b.t. de precontractuele bijstand strijdt met wet. Artikel 4 W.C.K. beschouwt immers met de wet of haar uitvoeringsbesluiten strijdige bedingen nietig voor zover deze de rechten van de consument inperken of zijn verplichtingen verzwaren. Het lijkt geen twijfel dat een afstand van het recht door de consument om zich op de in artikel 92 W.C.K. vervatte sancties voor de miskennis van de precontractuele te beroepen zijn rechten inperkt.

13. In de marge van de bewijslastverdeling rijst de vraag of artikel 11, §4 W.C.K. een inspannings- dan wel een resultaatsverbintenis betreft. Indien men de toelichtingsverplichting als een inspanningsverbintenis aanmerkt zal de consument niet alleen moeten aantonen (dit is als gezegd een negatief bewijs) dat de bijstand hem niet toeliet zelfstandig de geschiktheid van de kredietovereenkomst voor zijn specifieke situatie te beoordelen, maar tevens dat dit te wijten is aan het feit dat de kredietgever of kredietbemiddelaar hiertoe niet alle inspanningen heeft geleverd die men van een normaal bedachtzaam en voorzichtig kredietgever of kredietbemiddelaar kon verwachten.⁵⁰ In het geval van een resultaatsverbintenis volstaat het aan te tonen dat de toelichting - bij afwezigheid van een vreemde oorzaak - ontoereikend was om de kredietnemer effectief in staat te stellen de geschiktheid van het krediet *in concreto* te beoordelen.⁵¹

Naar ons oordeel dringt een genuanceerde benadering zich op en roept artikel 11, §4 W.C.K. slechts een inspanningsverbintenis in het leven inzake het door haar beoogde doel (het verstrekken van *passende* toelichting). Het verschaffen zelf van bijstand (zonder enig waarde-oordeel omtrent de het adequate karakter ervan) dient o.i. echter zonder meer te worden aangemerkt als een resultaatsverbintenis.⁵²

14. **Sanctionering.** Ingeval de kredietgever of de kredietbemiddelaar nalaat passende toelichting te verstrekken *kan*⁵³ de consument door de rechter gedeeltelijk of volledig worden ontslaan van nalatighedsinteressen.

⁴⁸ Zie A. GOURIO, “La réforme du crédit à la consommation”, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* nr. 29, 1681 (nr. 51) en D. BLOMMAERT, “De aansprakelijkheid van de kredietinstelling als kredietgever bij krediettoekenning aan de kredietnemer: stand van zaken”, in: H. VUYE en Y. LEMENSE (ed.), *Springlevend aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 371.

⁴⁹ Zie artikel 2, 28° en artikel 73 e.v. van de Wet Marktpraktijken.

⁵⁰ Voor een voorbeeld uit de rechtspraak onder het oude artikel 11 W.C.K.: zie Rb. Brugge 31 januari 2003, *T. Vred.* 2003, 224 of Rb. Gent (9° Kamer) 10 december 1999, *T. Vred.* 2002, 89.

⁵¹ Zie W. VAN GERVEN m.m.v. S. COVEMAEKER, *Verbintissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 114.

⁵² Eveneens in die zin: F. GLANSDORFF, “Introduction générale” in F. GLANSDORFF (ed.), *Les obligations d’information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, Brussel, Larcier, 2006, 37.

⁵³ De rechter oordeelt soeverein over de (mate van) sanctionering en kan de sanctie bijvoorbeeld mildereren indien de consument zelf eveneens in de fout ging.

De verplichtingen van de consument kunnen daarnaast verminderd worden tot het ontleende bedrag, dit met behoud van het voordeel van betaling in termijnen en onverminderd ander gemeenrechtelijk verhaal.⁵⁴ De kredietgever of de kredietbemiddelaar riskeren o.g.v. artikel 101, §1 21° W.C.K. eveneens strafrechtelijke sanctionering indien zij in strijd met de artikelen 11, §4 W.C.K. en 15, eerste lid W.C.K. wetens en willens (een intentioneel element is hiertoe vereist) niet de meest aangepaste informatie verstrekken of niet het best aangepaste krediet zoeken. Ingevolge artikel 106 e.v. van de W.C.K. kan de miskennis van het bijstandsgebod tenslotte ook administratief gesanctioneerd worden.

§2. Naar een herijkt beslissings- en toezichtsmodel inzake consumentenkrediet?

15. Voortbouwend op de inhoudelijke analyse van de precontractuele bijstand *ex.* artikel 11, §4 W.C.K. worden hieronder enkele beleidsmatige aanbevelingen geformuleerd die een meergelaagd & flexibel bijstandsregime voorstaan en het beslissingscentrum in de precontractuele fase trachten te verfijnen. De idee dat een “*one-size fits all*” benadering onvolmaakt is ter realisatie van een substantiële transparantie en procedurele rechtvaardigheid ten gunste van de heterogene groep consumenten die een krediet wenst af te sluiten, blijkt afdoende uit enkele meerduidige beschouwingen omtrent de modaliteiten van de bijstand *ex.* artikel 11, §4 W.C.K. hierboven. Een “*MifiDisering*”⁵⁵ van de regelgeving inzake krediet aan particulieren, i.e. een beleid dat afstapt van het actuele “informatie-egalitarisme” en afgestemd is op onderscheiden gradaties van bijstandsbehoefte onder de kandidaat-kredietnemers, dringt zich op. Waar de meest kwetsbare consumenten enerzijds gebaat zullen zijn bij een verstrekkende bijstand, zullen meer gesofisticeerde consumenten anderzijds kunnen volstaan met een gestandaardiseerde toelichting.

Met artikel 15 W.C.K., d.i. de plicht tot het zoeken van het best aangepaste krediet (lid 1) enerzijds en de onthoudingsplicht in geval dient te worden aangenomen dat de consument niet in staat zal zijn het krediet correct terug te betalen (lid 2) anderzijds, ligt het principe van assymetrische bijstand in de precontractuele fase vandaag reeds vervat in de wet. Hoewel de richtlijn in artikel 5, lid 6 zelf de deur op een kier zette voor de organisatie van een aanvullende bijstand, is het echter maar de vraag of de Belgische wetgever met de adviesvereiste uit artikel 15, lid 1 W.C.K. niet tussen de deuren komt.⁵⁶

16. Hieronder verkennen wij de mogelijkheden voor een herijkt beslissings- en toezichtsregime inzake consumentenkrediet. Zowel kredietgevers, kredietbemiddelaars als consumenten, zijn naar ons oordeel gebaat bij een hertekend toezichtsmodel en beleidsinstrumenten die nauwer aansluiten bij de specifieke noodwendigheden van de marktparticipanten. De introductie van door de toezichthouder, na voldoende onderzoek en consultatie, uitgevaardigde *best practices*, gedragsregelen of richtlijnen (“*guidelines*”) voor kredietgevers en kredietbemiddelaars kan naar ons aanvoelen zowel de aanbod- als vraagzijde van de kredietmarkt ten goede te komen. Het flexibele karakter van deze instrumenten opent de deur voor doelgerichte marktinterventies op een wijze die niet strijdt met de rechtszekerheid.

⁵⁴ Over dit gemeenrechtelijk verhaal, zie ondermeer F. GLANSDORFF, “Introduction générale” in F. GLANSDORFF (ed.), *Les obligations d’information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, Brussel, Larcier, 2006, 41-44.

⁵⁵ Zie ook A. GOURIO, “La proposition de directive sur le crédit immobilier”, *EURIDIA* 2011/3, 341.

⁵⁶ De veralgemeende adviesverplichting in hoofde van de kredietgever, respectievelijk de kredietbemiddelaar tot het zoeken van het best aangepaste krediet lijkt inderdaad verder te gaan dan de ruimte voor het behoud of introductie van de gevals specifieke bijstandsbenadering die de Europese wetgever voor ogen had. Zie hierover: M. DE MUYNCK, “Consumentenkrediet. De wet van 13 juni 2010 gewikt en gewogen”, *CABG* 2011, n°1, 51; M. DE MUYNCK en R. STEENNOT, “De nieuwe wet consumentenkrediet en de kredietopeningen: een afdoende bescherming voor de consument?”, *TBH* 2011/3, 207-208; S. CLERCKX en M. DELBROUCK, “Réforme de la législation en matière de crédit à la consommation”, *Bank. Fin* 2010/6, 351 en E. TERRYEN en J. VANNEROM, “De implicaties van de nieuwe Richtlijn consumentenkrediet voor het Belgisch recht” in R. BLANPAIN en R. TAS (eds.), *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2009, 34-35.

Anders dan het rigide bestemmingscriterium (dat bij het afbakenen van de consumentennotie⁵⁷, i.t.t. het zgn. “specialiteitscriterium” geen rekening houdt met de financiële kunde van de consument) en de “dialectique précise”⁵⁸ die de W.C.K. vandaag in de precontractuele fase organiseert, dienen de gedragsregelen te focussen op de daadwerkelijke bijstandsbehoefte van de consument. Doelgerichte regulering die een op maat gesneden informatie-en adviesrelatie mogelijk maakt is ons inziens beter geschikt om marktfalen & irrationeel consumentengedrag te remediëren en kan een meer precieze aanwending van middelen van zowel de regulatoren als van de financiële sector realiseren.⁵⁹ Zowel intrensieke kenmerken eigen aan de persoon van de kredietnemer als de context waarin deze een krediet wenst af te sluiten kunnen bijkomende assistentie bij het totstandkomen van een kredietovereenkomst rechtvaardigen. Voornoemd “*suitability of assistance*” principe en een hieraan gekoppelde “*know-your-costumer*” regeling inzake de financiële capaciteit van de consument kan o.i. tegemoet komen aan de kritiek dat de precontractuele verplichtingen voor kredietgevers ingevolge de richtlijn vandaag verzaamd zijn, zonder dat dit heeft geleid tot een (evenredige) toename van de bescherming voor de consument.⁶⁰

A. Naar voor (inter- en pro-)actief handhavingsmodel inzake consumentenkrediet

17. **Uitgangspunt.** Goede regelgeving is een noodzakelijke maar onvoldoende voorwaarde om een optimale verwezenlijking van de consumentenbescherming te waarborgen. Beschermingsregels voor consumenten worden immers ontdaan van elke inhoud indien deze beschermende functie geen doorgang vindt in het forum waarop ze spelen. De afdwinging van informatieregelen inzake consumentenkrediet komt vandaag zowel aan de consumenten zelf⁶¹, als aan de *FOD Economie, K.M.O., Middenstand en Energie* toe.⁶² De hierboven aangehaalde privaatrechtelijke *judicial standardsetting ex-post* is een laattijdig⁶³ en onvoldoende⁶⁴ middel om verantwoorde kredietverstrekking in praktijk te brengen.⁶⁵ Consumenten zijn zich immers onvoldoende bewust van de bescherming die zij genieten; het bewijs van schendingen is bovendien moeilijk tot onmogelijk. Civielrechtelijke sanctionering van de informatieplichten is vaak slechts aan de orde in (veelal door de kredietgever of een schuldbemiddelaar geïnitieerde) procedures die verband houden met betalingsachterstand en persoonlijke insolventie.⁶⁶ *Too little too late* dus. Het gevaar is zelfs reëel dat informatiegeboden die er, hun *ratio legis* ten spijt, niet in slagen een substantieel informatie-evenwicht te creëren in praktijk door de kredietgever of de kredietbemiddelaar kunnen worden aangewend om zich te bevrijden van precontractuele aansprakelijkheid.⁶⁷

⁵⁷ Artikel 1, 1° WCK omschrijft de consument nog steeds als elke natuurlijke persoon die ten aanzien van de onder de wet vallende verrichtingen handelt met een oogmerk dat geacht kan worden vreemd te zijn aan zijn handels-, beroeps- of ambachtelijke activiteiten. Om na te gaan of een kredietnemer al dan niet als een consument kan worden aangemerkt is het doel van het krediet aldus determinerend. Vertrouwdheid met financiële producten is nog steeds irrelevant voor het al dan niet van toepasselijk karakter van de W.C.K. Zie T. VAN DYCK, “De hervormde wet op het consumentenkrediet- kritische analyse van het vernieuwd ‘algemeen deel’ van de WCK”, *RW* 2004, 686.

⁵⁸ Zie F. DE PATOUL, “La responsabilité du prêteur et de l’intermédiaire de crédit dans la phase pré-contractuelle », in C. BIQUET-MATHIEU (ed.), *Le crédit à la consommation*, 2004, Luik, *C.U.P.* Vol. 75, 25.

⁵⁹ Zie M. DE MUYNCK, “Credit Cards, Overdraft facilities and European Consumer Protection. A blank cheque for unfairness?”, *ERPL* 18-6, 1223.

⁶⁰ F. JULIENNE en D. LAHET, “La Directive Européenne sur les contrat de crédit aux consommateurs: quelles opportunités pour les consommateurs européens et les opérations transfrontières?”, *Rev. Inter. Dr. Économique*, 2010, 206.

⁶¹ Zie nr.14 over artikel 92 W.C.K.

⁶² Zie artikel 81 e.v. W.C.K.

⁶³ Zie ook M. DE MUYNCK, “Credit Cards, Overdraft facilities and European Consumer Protection. A blank cheque for unfairness?”, *ERPL* 18-6, 1231.

⁶⁴ Zie S. VIGNERON-MAGGIO-APRILE, *L’information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation*, Zürich, Schulthess, 2006, 519.

⁶⁵ Zie I. RAMSAY, “Regulation of Consumer Credit”, in G. HOWELLS, I. RAMSAY en T. WILHELMSSON (eds.), *Handbook of Research on International Consumer Law*, Cheltenham, EE Publishing, 395.

⁶⁶ Eveneens in die zin R. STEENNOT, “De bescherming van de consument door de Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten en het vrijwillig moratorium op de commercialisering van bijzonder ingekkelde gestructureerde producten”, *De Verz.* 2011, n° 17, 127.

⁶⁷ Zie artikel 11, §1, lid 1 *in fine* W.C.K.

De voorziene overheveling van het toezicht inzake consumentenkrediet naar de *Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten (Financial Services and Markets Authority of FSMA)*⁶⁸ biedt een optimale gelegenheid om de handhaving van het consumentenkrediet door de toezichthouder tegen het licht te houden en het zwaartepunt van de sanctionering van het consumentenkrediet bij de publieke overheid te leggen. Bij wijze van aanzet voor hervorming wordt hieronder nader ingegaan op *ex ante* standard-setting met ruimte voor sectorconsultatie door de toezichthouder. Daarna wordt ten exemplatieve titel ingegaan op enkele potentieel door deze gedragsregelen te behandelen *topics*. Hierbij bespreken we de informatie-inwinning inzake de financiële capaciteit van de consument (B.), de substitutie van artikel 15, lid 1 W.C.K. door een de “*suitability of assistance*” vereiste (C.), alsook de introductie van post-contractuele bijstand aan de consument (D.).

18. ***Gedragsregelen, richtlijnen en best practices inzake consumentenkrediet.*** Het introduceren van door de toezichthouder - ingevolge wettelijke delegatie uit te vaardigen - gedragsregelen, richtsnoeren of een leidraad (“*guidance*”)⁶⁹ voor kredietgevers respectievelijk kredietbemiddelaars, zoals dit op vandaag ondermeer door de *Office of Fair Trading* (in Groot-Brittannië)⁷⁰ alsook de *Autoriteit Financiële Markten* (in Nederland) inzake consumentenkrediet geschiedt, ter *aan-* en *invulling* van de voorschriften uit de W.C.K., lijkt ons de aangewezen weg voor de verdere vormgeving én effectieve handhaving van de door de wetgever beoogde precontractuele bijstand. Richtlijnen, als bijkomend “institutioneel vehikel”⁷¹ naast de W.C.K. en haar uitvoeringsbesluiten, kunnen een close-follow up van de snel evoluerende kredietmarkt, waar de klassieke informatie-setting (i.e. een “*face-to-face*” contractsluiting tussen de kredietgever en de consument) ondermeer ingevolge van nieuwe technologieën bijna tot atypisch is verworpen bewerkstelligen⁷² en vermijden dat regelgeving nodeloos achterop hinkt op de marktrealiteit.⁷³ Artikel 45, §2 Wet Financieel Toezicht, dat de mogelijkheid voorziet om bij Koninklijk Besluit aanvullende gedragsregelen vast te stellen om de “loyale, billijke en professionele behandeling” van de belanghebbende partijen (kredietnemers vallen hieronder⁷⁴) te bevorderen, kan als grondslag dienen voor de richtlijnen.

In de richtlijnen kan de toezichthouder omstandig en waar mogelijk met voorbeelden, die zowel kunnen voortvloeien uit de toezichts- als rechtspraktijk alsook fictief kunnen zijn, zijn verwachtingen inzake verantwoordelijke kredietverstrekking (in de precontractuele fase) uiteen zetten en zo een beiden *pro-* als *interactief* toezichts- en handhavingsbeleid realiseren. Hieronder wordt zowel het *pro-* als het *interactief* karakter kort besproken.

19. **Het proactief karakter** slaat op het feit dat, in tegenstelling tot de vigerende *ex post* handhaving, zowel op initiatief van de consument (door een zeldzame gerechtelijke procedure respectievelijk een klacht bij de toezichthouder) als door de toezichthouder, dient te worden gestreefd naar een *ex ante* handhavingsmechanisme.

⁶⁸ De inwerkingtreding van de bevoegdheid van de FSMA inzake consumentenkrediet zal bij K.B worden bepaald. De uiterlijke datum is bepaald op 31 december 2015. Zie artikel 45, §1 2° d) van de Wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, als gewijzigd door de wet van 2 juli 2010 tot wijziging van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten en de wet van 22 februari 1998 tot vaststelling van het organiek statuut van de Nationale Bank van België, en houdende diverse bepalingen (B.S. 28 september 2010). Hierna: ‘Wet van 2 augustus 2002’

⁶⁹ Hierna verder aangeduid als ‘richtlijnen’.

⁷⁰ Zie hierover ondermeer : Office of Fair Trading, “Statement of consumer protection enforcement principles”, maart 2010, OFT document nr. 1221.

⁷¹ G. K. HADFIELD, R. HOWSE en M. J. TREBILCOCK, “Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy”, *J Cons Pol*, 146.

⁷² Zie C. TWIGG-FLESNER en R. SCHULZE, “Protecting rational choice: information and the right of withdrawal”, in G. HOWELLS, I. RAMSAY en T. WILHELMSSON (eds.), *Handbook of Research on International Consumer Law*, Cheltenham, EE Publishing, 130.

⁷³ O. BAR-GILL & E. WARREN, “Making Credit Safer”, *University of Pennsylvania Law Review* 157, 185.

⁷⁴ Zie R. STEENNOT, “De bescherming van de consument door de Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten en het vrijwillig moratorium op de commercialisering van bijzonder ingeikkelde gestructureerde producten”, *De Verz.* 2011, n° 17, 120.

Door de opmaak van richtlijnen kan de toezichthouder zijn aspiraties inzake verantwoorde kredietverstrekking, alsook interpretaties van de W.C.K. aan de marktpartijen communiceren zodat deze zich hierdoor in hun dagdagelijkse praktijk kunnen laten leiden (zgn. “*information standard setting*”⁷⁵). Dit kan de rechtszekerheid ten goede komen (bijvoorbeeld door het verduidelijken welke bijstand van een normaal bedachtzaam en voorzichtige kredietgever of kredietbemiddelaar verwacht wordt) en vermijdt dat de uitlegging en interpretatie van de W.C.K. verwordt tot een “*lawyer’s paradise*”.⁷⁶ De marktautoriteit kan in de richtlijnen verder aangeven welke doelstellingen zij in haar handhavingsbeleid primordiaal acht en ondermeer de accenten van haar controle- en sanctioneringsbeleid verduidelijken (hierbij een onderscheid makende tussen wat idealitair wenselijk is en minimaal vereist is⁷⁷).

Een economische impactstudie in opdracht van het Europese Parlement n.a.v. de richtlijn consumentenkrediet onderstreept de risico’s die gepaard gaan met onduidelijke regulering van de precontractuele bijstand ten behoeve van consumenten:

“Vaguely described duties would also increase the administrative burdens on creditors, as documentation requirements for the assistance process will depend on what precisely is requested from creditors. The less clear this is, the more lenders possibly would document to reduce related risks. (...) Consequently, efficiency of the provisions on responsible lending and the “duty to assist” could be raised by (1) defining the concepts more precisely in legislation or accompanying guidance (2) clarifying the degree to which automated advice would be acceptable and (3) considering the role of regulators in enforcing responsible lending (eigen onderstreping).”⁷⁸

20. Enkele aspecten die nopen tot verdere uitlegging en interpretatie kwamen hierboven reeds aan bod, ondermeer: de taakverdeling tussen kredietgevers en kredietbemiddelaars inzake precontractuele bijstand en, hieraan gekoppeld de mate van toezicht dat de kredietgever op de kredietbemiddelaar dient uit te oefenen⁷⁹; de precieze interpretatie van de notie ‘buiten de onderneming van de kredietgever’⁸⁰, bijkomende elementen die de notie kredietbemiddeling “bij wijze van nevenactiviteit” verduidelijken (of criteria die de toezichthouder zal hanteren om dit te beoordelen)⁸¹; de gepastheid van diverse communicatiekanalen ter verstrekking en het precieze tijdstip waarop de bijstand uiterlijk dient te geschieden⁸²; de vraag in welke mate bijstand verschuldigd is wanneer de oorspronkelijke kredietovereenkomst wordt gewijzigd⁸³; welke assistentie er dient te worden verleend indien een kredietgever of een kredietbemiddelaar geconfronteerd wordt met een gesofisticeerde consument⁸⁴; edm.

21. Net als de Communautaire richtlijnen, dienen de *richtsnoeren* verbindend te zijn voor wat betreft het vooropgestelde resultaat.⁸⁵ Dergelijke flexibiliteit verhindert een al te grote inmenging in het ondernemingsbeleid van de kredietgevers en- of kredietbemiddelaars die vrij blijven om binnen de hun kenmerkende context en het vigerende ondernemingsmodel te zoeken naar de meest efficiënte maatregelen om de in het document geformuleerde doelstellingen te realiseren.

⁷⁵ M. B. MAZIS, R. STAELIN, H. BEALES en S. SALOP, “A Framework for Evaluating Consumer Information Regulation”, *Journal of Marketing* Vol. 45, 17.

⁷⁶ H.J. Bodifée, “Implementatie van de richtlijn inzake consumentenkrediet”, *FR* 2010, 81.

⁷⁷ Zie ook Office of Fair Trading, “Statement of consumer protection enforcement principles”, maart 2010, OFT document nr. 1221, 8.

⁷⁸ EUROPEAN PARLIAMENT Policy Department Economic and Scientific Policy, *Broad Economic Analysis of the impact of the proposed Directive on Consumer Credit*, April 2007, IP/A/IMCO/FCW/2005-58/LOT 4/SC1, 54.

⁷⁹ Zie nr. 3.

⁸⁰ Zie nr. 2 en voetnoot 8.

⁸¹ Zie hierover nr. 4.

⁸² Zie nr. 6- 8.

⁸³ Zie nr. 8.

⁸⁴ Zie nr. 9.

⁸⁵ Zie ook H. BEALES, R. CRASWELL en S. SALOP, “The Efficient Regulation of Consumer Information”, *The Journal of Law and Economics*, 1981, 535-536.

De toezichthouder zou bijvoorbeeld van (de federatie van⁸⁶) de kredietverstrekkers kunnen verlangen dat ze een intern beleid inzake de door de leidraad of gedragsregel aangesneden thema's ontwikkelen en communiceren (vb. op hun website). Dit beleidsplan kan door de toezichthouder (bv. door geanonimiseerde controles of "mystery shopping"⁸⁷) worden getoetst aan de effectieve praktijk van de kredietgever. Bovenstaand handhavingsmodel, waarbij de toezichthouder vertrekt van een intern door de kredietgever of kredietbemiddelaar of hun sectororganisatie op te stellen beleidsplan, wordt vandaag reeds toegepast door zowel het *Office of Fair Trading* als de *Autoriteit Financiële Markten*.

Het interne beleidsdocument kan ondermeer volgende zaken bevatten: parameters inzake de financiële geletterdheid van de consument, wat zijn voldoende inkomsten bij de beoordeling van de kredietwaardigheid van de consument; hoe wordt de precontractuele bijstand verstrekt op afstand⁸⁸, welke bijstand genieten meer kwetsbare kredietnemers (vb. jongeren, werklozen, mentaal gehandicapten,..) alsook bepalingen inzake de opleidings-, kennis- en 'fit and proper' vereisten voor (het personeel van) de kredietgevers en/of kredietbemiddelaars.⁸⁹ Om overkreditering te voorkomen, dienen Nederlandse kredietgevers vandaag bijvoorbeeld zelf reeds de criteria vast te leggen op basis waarvan kredietaanvragen worden beoordeeld.⁹⁰

22. Naast het proactief karakter dient het toezichtsbeleid ook te worden gekenmerkt door **interactiviteit**. Van de toezichthouder mag verwacht worden bij het opstellen van richtlijnen een *bottom-up approach* na te streven en de marktparticipanten,⁹¹ en bij uitbreiding ook onrechtstreekse *stakeholders* (bijvoorbeeld magistraten, schuldbemiddelaars, vzw's die overmatige schuldenlast bestrijden,..), op actieve wijze te betrekken bij de vormgeving van de richtlijnen (bijvoorbeeld door het organiseren van open consultaties).⁹²

Ook academici spelen een niet onbelangrijke rol bij het onderbouwen en evalueren van handhavingsinstrumenten.⁹³

⁸⁶ Zie bijvoorbeeld de VFN (Vereniging van financieringsondernemingen in Nederland) Gedragscode van 1 juli 2010. De door deze Nederlandse beroepsvereniging opgemaakte gedragscode bindt alle leden. Structurele niet naleving leidt tot beëindiging vna het lidmaatschap en ontzetting uit de vereniging (artikel 1).

⁸⁷ In geval van "mystery shopping" doet een controleur zich voor als een potentiële client om na te gaan of de gecontroleerde partij de op hem rustende bepalingen respecteert. Belangrijk is te onderstrepen dat het wettelijk kader hiertoe op vandaag onbreekt.

⁸⁸ Van kredietgevers of kredietbemiddelaars die financiering via het internet wensen aan te bieden zou anderzijds bijvoorbeeld het uitwerken van mogelijkheden om het online verstrekken van bijstand te realiseren (bv. de introductie van onderscheiden stappen alvorens kredietnemer op internet overeenkomst kan afsluiten; online vragenlijsten over de consument zijn kredietervaring, het werken met 'veel gestelde vragen', het aanbieden van een (gratis) hulplijn, enzovoort) verwacht kunnen worden. Zie OFFICE OF FAIR TRADING, *Irresponsible lending – OFT guidance for creditors*, Maart 2010 (laatste update February 2011), OFT Doc. 1107 31.

⁸⁹ Zie over de op vandaag bestaande opleiding voor- en examinatie van bemiddelaars in bank- en beleggingsdiensten door de Febelfin Academy: J. VAN DEN BRANDEN, "Upgrading kennisvereisten voor de bemiddelaars in bank-en beleggingsdiensten", *BankFin*. 2011/5, 278.

⁹⁰ Zie artikel 115 Besluit Gedragtoezicht financiële ondernemingen Wft. Zie artikel 6 ('leennorm') uit Gedragscode Consumptief krediet van de Nederlandse Vereniging van Banken voor een voorbeeld.

⁹¹ De betrokkenheid van consumentenorganisaties kan hier tegengewicht bieden voor het lobbywerk van de financiële sector.

⁹² Zie Punt 9 van de "Reference Checklist for Regulatory Decision-Making" van de OESO uit de *Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation*, OECD/GD Paris, OECD, 1995: "**Have all interested parties had the opportunity to present their views?** Regulations should be developed in an open and transparent fashion, with appropriate procedures for effective and timely input from interested parties such as affected businesses and trade unions, other interest groups, or other levels of government."

⁹³ Zie ook I. RAMSAY, "Regulation of Consumer Credit", in G. HOWELLS, I. RAMSAY en T. WILHELMSSON (eds.), *Handbook of Research on International Consumer Law*, Cheltenham, EE Publishing, 388 en G. HOWELLS, "The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information", *Journal of Law and Society* Vol. 32, nr. 3, 370.

In de literatuur (en bij de administratie⁹⁴) weerklinkt vandaag frequent de verzuchting dat consumentenbescherming al te vaak “*seems to appear out of the air, rather than be based on fundamental research*”⁹⁵ alsook dat beleidsmakers dikwijls nalaten voldoende te specificeren welk specifiek marktfalen de door hun geconcipieerde regelgeving tracht te remediëren.⁹⁶ Deze kritiek gaat tevens op inzake de evaluatie van genomen initiatieven.⁹⁷ Voorzichtigheid bij het ontwikkelen van een beleid inzake informatieverstrekking is vereist.⁹⁸ Inefficiënte regelgeving, alsook richtlijnen met ongewenste neven-effecten⁹⁹, dienen te worden vermeden d.m.v. toegenomen incorporatie, naast juridische expertise¹⁰⁰, van inzichten uit sociale wetenschappen. Het vergroten van de voorspelbaarheid van het gedrag van marktactoren kan het beleid alleen maar beneficiëren¹⁰¹ en aanleiding geven tot regelgeving die nauw aansluit bij de praktijkbehoeften zonder daarbij de marktparticipanten op te zadelen met overbodige kosten. Proportionaliteit dient te worden nagestreefd.¹⁰² De tussenkomst van academici reduceert verder het risico op “*regulatory capture*”.

23. Het door toezicht en/of marktonderzoek aan het licht gebrachte marktfalen dat de marktauthoriteit wil verhelpen moet nauwgezet en restrictief worden geïdentificeerd.¹⁰³ Pas wanneer blijkt dat het marktfalen niet door alternatieve middelen kan worden verholpen (bv. financiële educatie¹⁰⁴), kan een ingrijpen door de toezichthouder worden overwogen.¹⁰⁵ Een afdoende kosten-batenanalyse van de gedragsregelen, ook al is deze oefening verre van voor de hand liggend¹⁰⁶, en *benchmarking* met andere lidstaten (zie verder nr. 24) is vereist.¹⁰⁷

⁹⁴ Zie in dit licht ook de oproep van VAN LYSEBETTENS tot het verrichten van “*meer studie- en veldwerk mbt de perceptie van de consument van wettelijke mededelingen bij reclame, begrijpbaarheid van contractuele vermeldingen en presentatie van een ingewikkelde kredietovereenkomst*” daar dit een postieve insteek kan zijn voor de actuele regelgeving. Zie J. VAN LYSEBETTENS, “noot onder Cass. 1^e Kamer 7 december 2006”, *Jaarboek Kredietrecht* 2006, 52.

⁹⁵ G. HOWELLS, “The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information”, *Journal of Law and Society* Vol. 32, nr. 3, 364.

⁹⁶ T.J. ZYWICKI, “The Market for Information and Credit Card Regulation”, *Banking & Financial Services Policy Report* Vol. 28, 13. BEALES, CRASWELL en SALOP stellen bijvoorbeeld “*Information has traditionally been viewed as something which consumers either had or had not; and if they did not have it, the only solution was (somehow) to give it to them.*” Zie H. BEALES, R. CRASWELL en S. SALOP, “The Efficient Regulation of Consumer Information”, *The Journal of Law and Economics*, 1981, 491.

⁹⁷ Een regelmatig in de literatuur terugkomende kritiek is bijvoorbeeld dat onderzoek inzake de efficiëntie van disclosure al te zeer focust op de kennis van consumenten ipv de daadwerkelijke impact op consumentenbeslissingen. Zie bijvoorbeeld I. RAMSAY, “Regulation of Consumer Credit”, in G. HOWELLS, I. RAMSAY en T. WILHELMSSON (eds.), *Handbook of Research on International Consumer Law*, Cheltenham, EE Publishing, 387.

⁹⁸ I. RAMSAY, “Consumer Credit Society and Consumer Bankruptcy: Reflections on Credit Cards and Bankruptcy in the Informal Economy”, in J. NIEMI-KIESILÄINEN, I. RAMSAY and W.C. WHITFORD, *Consumer Bankruptcy in Global Perspective*, Oxford, Hart, 2003, 33.

⁹⁹ M. B. MAZIS, R. STAELIN, H. BEALES en S. SALOP, “A Framework for Evaluating Consumer Information Regulation”, *Journal of Marketing* Vol. 45, 13.

¹⁰⁰ Ook vandaag zijn academici reeds betrokken bij het redigeren van consumentenwetgeving en de handhaving. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de Commissie Onrechtmatige Bedingen en de Raad van Toezicht van de FSMA.

¹⁰¹ Zie M. DE MUYNCK, “Credit Cards, Overdraft facilities and European Consumer Protection. A blank cheque for unfairness?”, *ERPL* 18-6, 1204.

¹⁰² Zie hierover Office of Fair Trading, “Statement of consumer protection enforcement principles”, maart 2010, OFT document nr. 1221, 10-12.

¹⁰³ Zie G. K. HADFIELD, R. HOWSE en M. J. TREBILCOCK, “Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy”, *J Cons Pol*, 145. Zie eveneens Punt 1 van de “Reference Checklist for Regulatory Decision-Making” van de OESO uit de *Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation*, OECD/GD Paris, OECD, 1995: “**Is the problem correctly defined?** The problem to be solved should be precisely stated, giving evidence of its nature and magnitude, and explaining.” why it has arisen (identifying the incentives of affected entities).

¹⁰⁴ Artikel 45, §1, lid 6, 6^o Wet Financieel Toezicht bepaalt evenwel dat de FSMA bevoegd is voor de financiële vaardigheid van spaarders en beleggers en niet financiële consumenten. Zie over dit onderscheid: R. STEENNOT, “De bescherming van de consument door de Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten en het vrijwillig moratorium op de commercialisering van bijzonder ingikkelde gestructureerde producten”, *De Verz.* 2011, n^o 17, 119 e.v.

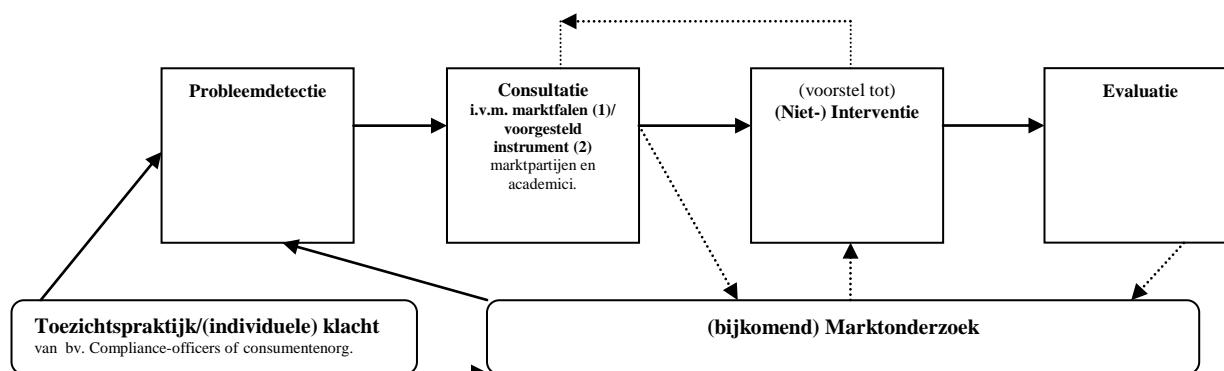
¹⁰⁵ Zie bijvoorbeeld Punt 2 van de “Reference Checklist for Regulatory Decision-Making” van de OESO uit de *Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation*, OECD/GD Paris, OECD, 1995: “**Is government action justified?** Government intervention should be based on explicit evidence that government action is justified, given the nature of the problem, the likely benefits and costs of action (based on a realistic assessment of government effectiveness), and alternative mechanisms for addressing the problem.”

¹⁰⁶ H. BEALES, R. CRASWELL en S. SALOP, “The Efficient Regulation of Consumer Information”, *The Journal of Law and Economics*, 1981, 534. HADFIELD, HOWSE en TREBILCOCK verwoorden deze moeilijkheid als volgt: “(.) the fact that the impact of information on outcomes is subtle and hard to predict is itself information for policymaking, for it counsels against simplistic approaches to the information problems that characterize consumer transactions.” Zie G. K. HADFIELD, R. HOWSE en M. J. TREBILCOCK, “Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy”, *J Cons Pol*, 141.

Bij de overweging om al dan niet te interveniëren dient de toezichthouder de kosten van een dergelijk optreden inderdaad af te wegen aan de kosten voor marktparticipanten en stakeholders ingevolge het marktfalen dat de interventie wenst te remediëren.¹⁰⁸

Ondermeer ter beperking van de handhavingskosten dient bij het opstellen van de richtlijnen zoveel als mogelijk worden geopteerd voor maatregelen waarvan de naleving (“*compliance*”) tevens rechtstreeks¹⁰⁹ in het eigenbelang van de kredietgever of kredietbemiddelaar is (dit is zgn. “*incentive compatible regulation*”¹¹⁰).

De impact van de richtlijnen dient, ondermeer omwille van de zonet aangegeven moeilijkheid van een *ex ante* kosten-batenanalyse, op geregelde tijdstippen na de inwerktreding worden geëvalueerd. Indien blijkt dat de (in de) richtlijnen (vervatte regelen) ontoereikend zijn voor het beoogde resultaat kunnen dirigistischere regelen- en/of handhavingssystemen worden overwogen.¹¹¹ Schematisch kan dit handhavingmodel als volgt worden weergegeven:



24. **Europese coördinatie.** Precontractuele bijstand beoogt niet alleen de bescherming van de consument, maar kan tevens een marktordeningsfunctie worden toegedicht.¹¹² Goed geïnformeerde en bijgevolg kritisch ingestelde consumenten kunnen immers de motor vormen van de competitieve, door de opstellers van de richtlijn consumentenkrediet beoogde interne kredietmarkt.¹¹³

¹⁰⁷ TWIGG-FLESNER en SCHULZE formuleren de noodzaak tot terughoudendheid als volgt: “*In considering whether to impose a duty to provide information, a balance has to be struck between benefiting consumers and increasing costs to suppliers*”. Zie C. TWIGG-FLESNER en R. SCHULZE, “Protecting rational choice: information and the right of withdrawal”, in G. HOWELLS, I. RAMSAY en T. WILHELMSSON (eds.), *Handbook of Research on International Consumer Law*, Cheltenham, EE Publishing, 140. Zie ook D. BLOMMAERT, “De Bescherming van de kredietnemer in het kredietrecht”, in M. TISON, C. VAN ACKER en J. CERFONTAINE (eds.), *Financieel recht op naar evenwicht*, Vol. I, Intersentia, 2003, 125.

¹⁰⁸ HADFIELD, HOWSE en TREBILCOCK verwoorden deze afweging als volgt: “*At some point the question has to be asked, then, whether the particular distortion creation by the initial information disadvantage (in light of other market or regulatory mechanisms that could indirectly compensate for the disadvantage) is worth the costs and distortions created by the strategic response to disclosure laws. In some cases the answer may be yes, in others it will be no.*” De auteurs maken eveneens gewag van een interessante paradox inzake informatie ter bescherming van de consument: “*Modern information theory, however, recognizes the subtle and complex ways in which information affects the dynamics of markets and bargaining settings and also recognizes the cost of becoming informed as an irreducible component of market transactions. These modern insights illuminate the paradox of attempting to use costly information procedures (such as complex statutory or mandatory contractual provisions) to solve the problems created by the cost of becoming informed.*” Zie G. K. HADFIELD, R. HOWSE en M. J. TREBILCOCK, “Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy”, *J Cons Pol*, 146 en 141.

¹⁰⁹ Een rechtstreeks belang (bv. het optekenen door de kredietgever van minder verliezen ingevolge overmatige schuldenlast) is in deze context te onderscheiden van een onrechtstreeks belang (bv. het vermijden van een boete wegens overtreding van de gedragsregel).

¹¹⁰ Zie M. B. MAZIS, R. STAELIN, H. BEALES en S. SALOP, “A Framework for Evaluating Consumer Information Regulation”, *Journal of Marketing* Vol. 45, 14.

¹¹¹ Zie M. B. MAZIS, R. STAELIN, H. BEALES en S. SALOP, “A Framework for Evaluating Consumer Information Regulation”, *Journal of Marketing* Vol. 45, 15.

¹¹² Zie I. RAMSAY, “Regulation of Consumer Credit”, in G. HOWELLS, I. RAMSAY en T. WILHELMSSON (eds.), *Handbook of Research on International Consumer Law*, Cheltenham, EE Publishing, 2010, 385 en C. TWIGG-FLESNER en R. SCHULZE, “Protecting rational choice: information and the right of withdrawal”, in G. HOWELLS, I. RAMSAY en T. WILHELMSSON (eds.), *Handbook of Research on International Consumer Law*, Cheltenham, EE Publishing, 2010, 143. Deze auteurs zien in het SECCI de eerste inspanning om daadwerkelijk tot een interne Europese kredietmarkt te komen.

¹¹³ Zie terzake bijvoorbeeld overweging 8 en 9 bij de richtlijn consumentenkrediet. Marktdiscipline speelt zowel een rol bij het aangaan van kredietovereenkomsten als gedurende een lopende overeenkomst. Zo zullen geïnformeerde consumenten eerder geneigd zijn een lopende

Op vandaag shoppen consumenten nauwelijks voor krediet¹¹⁴, laat staan dat ze grensoverschrijdend shoppen (dit niettegenstaande de toegenomen mogelijkheden om elektronisch te contacteren). Door bepaalde aspecten van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen inzake consumentenkrediet te harmoniseren, tracht de richtlijn dan ook een aantal op vandaag bestaande belemmeringen op de Europese markt voor consumentenkrediet op te heffen en concurrentievervalsing te vermijden.¹¹⁵

Of de bijstandsverplichting *ex. artikel 5, §6* van de richtlijn daadwerkelijk bijdraagt tot de bevordering van grensoverschrijdende kredietverstrekking in de Europese Unie kan echter worden betwijfeld.¹¹⁶ Taalbarrières, de fysieke afstand tussen de kredietgever en de consument alsook het risico op fragmentatie van de regelgeving in de diverse lidstaten (ingevolge de door artikel 5, § 6 *in fine* van de richtlijn geboden manoeuvreerruimte inzake de precontractuele bijstand voor de lidstaten¹¹⁷) kunnen worden aangehaald als belangrijke obstakels voor grensoverschrijdende kredietverstrekking.¹¹⁸

Het markttoezicht inzake consumentenbescherming is op vandaag uiterst minimaal geharmoniseerd.¹¹⁹ Europese coördinatie, zoals vandaag (cfr. het Lamfalussy-schema) reeds het geval m.b.t. de kapitaalmarkten¹²⁰, van de nationale handhavingsmechanismen inzake consumentenkrediet is, in afwachting van de verdere vervolmaking van de Interne markt, naar ons aanvoelen bijgevolg onvermijdelijk wil men een onwenselijke fragmentering van de Europese markt voor consumentenkrediet verhinderen.¹²¹

25. Verordening (EG) Nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 27 oktober 2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming kan hier worden vermeld.¹²² De Verordening stelt ondermeer dat het aangewezen is de samenwerking tussen overheidsinstanties die verantwoordelijk zijn voor de handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming bij intracommunautaire inbreuken te bevorderen om zo bij te dragen tot een betere werking van de Interne markt, een betere en consequentere handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming en een beter toezicht op de bescherming van de economische belangen van de consument.¹²³

overeenkomst (al dan niet intern) te herfinancieren indien de interestvoeten onderhevig zijn aan verandering (zie in die zin het recht op vervroegde terugbetaling uit artikel 22 W.C.K.). Het is belangrijk -hier nogmaals te onderstrepen dat de richtlijnwetgever zich niet inliet met postcontractuele bijstand aan de kredietnemer en de toelichtingsverplichting uit de W.C.K. uitsluitend betrekking heeft op de wilsvorming van de consument alvorens het sluiten van de kredietovereenkomst.

¹¹⁴ Voor een recent onderzoek, zie EIM, *Overkreditering aan banden: onderzoek naar de effectiviteit van beleid om overkreditering tegen te gaan*, Zoetemeer, 2007.

¹¹⁵ Zie artikel 1 alsook Overweging 4 en 6 bij de richtlijn en G. RAYMOND, "Premières approches sur la directive n° 2008/48/CE", *La semaine juridique édition générale*, november 2008, n° 48, 1215. Dergelijke strategie kan ook in andere Europese beleidsdomeinen worden teruggevonden. Zie bijvoorbeeld (ivm het Voorstel tot richtlijn consumentenrechten): I. SAMOY en E. TERRY, "Informatie aan consumenten in het Voorstel voor een Richtlijn Consumentenrechten", *DCCR* nr. 84-85, 2009, 40-41.

¹¹⁶ Zie EUROPEAN PARLIAMENT Policy Department Economic and Scientific Policy, *Broad Economic Analysis of the impact of the proposed Directive on Consumer Credit*, April 2007, IP/A/IMCO/FCW/2005-58/LOT 4/SC1, 12 en 54.

¹¹⁷ Zie nr. 4.

¹¹⁸ F. JULIENNE en D. LAHET, "La Directive Européenne sur les contrat de crédit aux consommateurs: quelles opportunités pour les consommateurs européens et les opérations transfrontières?", *Rev. Inter. Dr. Économique*, 2010, 194.

¹¹⁹ Zie A. T. OTTOW, "Europeanisering van het Markttoezicht", *SEW* Januari 2011, 4.

¹²⁰ Zie hierover E. WYMEERSCH, "The Reforms of the European Financial Supervisory System- an overview", *ECFR* Vol. 7, 240.

¹²¹ Zie Punt 5 "Reference Checklist for Regulatory Decision-Making", *Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation*, OECD/GD Paris, OECD, 1995.

¹²² *Pub. L.* 9 december 2004, aflevering 363, 1 zoals onlangs gewijzigd door Verordening (EU) Nr. 954/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 14 september 2011 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming, *Pub.L.* 4 Oktober 2011, afl. 259, 1 (hierna "Verordening").

¹²³ Zie overweging 3 bij de verordening.

Naast informatie-uitwisseling¹²⁴ en coördinatie van het markttoezicht en de handhavingsactiviteiten door de bevoegde autoriteiten,¹²⁵ expliciteert de Verordening eveneens de mogelijkheid tot de gecoördineerde ontwikkeling van normen, methodologieën en richtsnoeren voor met de handhaving van consumentenbelangen belaste ambtenaren inzake consumentenvoorlichting en- advisering.¹²⁶ De introductie van geharmoniseerde toezichts- en handhavingsstructuren kan de op vandaag significante afhankelijkheid van de onderscheiden nationale regimes reduceren en de Verordening een grotere uitwerking verlenen.¹²⁷

26. Europese coördinatie van de handhaving kan bijgevolg een vreemde paradox eigen aan de gerichte maximale harmonisatie¹²⁸ ingevolge de richtlijn consumentenkrediet uit de wereld helpen.¹²⁹ Waar de richtlijnwetgever bij de harmonisatie-oefening informatie-regulering, net omwille haar eenvoudige verzoenbaarheid met substantiële wetgeving uit de nationale rechtsordes van de lidstaten, verkoos boven meer verregaande (substantiële) regulering van het consumentenkrediet, lijkt de Interne markt geenszins gebaat met de regelgevende vrijheid van de lidstaten m.b.t. de precontractuele bijstand.¹³⁰ Gefragmenteerde regelgeving staat immers de doelstelling om de barrières voor eengemaakte kredietmarkt tot het absoluut noodzakelijke minimum beperken in de weg.¹³¹

B. Informatie-inwinning m.b.t. de financiële capaciteit van een consument.

27. “*There is a danger in attributing to the consumer too much of the psychology of the middle aged [male] law professor or judge.*”¹³² Precontractuele bijstand is op vandaag onvoldoende (precies) afgestemd op het daadwerkelijke kennisniveau van de consument informatie-schuldeiser. Uit Nederlands onderzoek blijkt bijvoorbeeld dat financiële informatie veelal gereederigeerd is in taalniveau C1, een niveau dat begrijpbaar is voor minder dan de helft van de bevolking.¹³³

¹²⁴ Art. 26 van de richtlijn voorziet in een verplichting voor de lidstaten tot kennisgeving van de invulling van (bepaalde maar niet alle!) regelgevende opties.

¹²⁵ Zie artikel 9, §1 van de Verordening.

¹²⁶ Zie artikel 16, §1 e) j° artikel 17, §1 van de Verordening

¹²⁷ Zie A. T. OTTOW, “Europeanisering van het Markttoezicht”, *SEW* Januari 2011, 5.

¹²⁸ Art. 22 van de richtlijn belichaamt het principe van gerichte (totale) harmonisatie: “*in zoverre deze richtlijn geharmoniseerde bepalingen bevat, mogen de lidstaten geen bepalingen handhaven of invoeren in hun nationale wetgeving die afwijken van die welke in deze richtlijn zijn vastgesteld*”. Voormoed principe is inhoudneutraal en geldt onverminderd indien hierdoor het bestaande beschermingsniveau in een lidstaat wordt gereduceerd. Het impliceert aldus naast een verbod tot het invoeren van *minder verregaande bepalingen* eveneens een verbod tot invoering of behoud van strengere, *meer consument beschermende* maatregelen door de lidstaten. De lidstaten kunnen echter wel de kredietovereenkomsten waarop de richtlijn niet van toepassing is, regelen (onder meer door ze alsnog aan de bepalingen van de richtlijn te onderwerpen). Kredieten waarop alleen sommige bepalingen van de richtlijn toepasselijk zijn dienen o.i. evenwel door de lidstaten onaangeroerd te worden gelaten wat betreft de door de richtlijn geharmoniseerde gebieden, ook al werden – deze bepalingen niet van toepassing verklaard op de kredieten in kwestie (zgn. ‘harmonisering door ommissie’). Anderzijds suggereert de notie ‘*in zoverre deze richtlijn geharmoniseerde bepalingen bevat*’ duidelijk dat een minutieus onderzoek naar wat de richtlijn al dan niet wenst te harmoniseren zich opdringt. Dergelijke afbakening blijkt niet altijd even evident. De lidstaten behouden ten slotte de vrijheid om bepalingen die niet onder het geharmoniseerde gebied vallen, te *handhaven of in te voeren* (uiteraard enkel voor zover dit gebeurt in overeenstemming met het Gemeenschapsrecht). Zie hierover ondermeer M. DE MUYNCK, “Consumentenkrediet: Richtlijn 2008/48/EG en de Belgische uitdaging”, *DCCR* 2009, afl. 83, 9-13, E. TERRYIN en J. VANNEROM, “De implicaties van de nieuwe Richtlijn consumentenkrediet voor het Belgisch recht” in R. BLANPAIN en R. TAS (eds.), *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2009, 22-23 en F. VAN DER HERTEN, “De omzetting in het Belgisch recht vande nieuwe Europese richtlijn inzake consumentenkrediet”, in J. CATTARUZZA, W. KUPERS en I. PEETERS, *Liber Amicorum Achilles Cuypers*, Gent, Larcier, 2009, 276-277.

¹²⁹ Voor een kritische beschouwing omtrent de tendens naar maximale harmonisatie in het consumentenrecht: zie E. TERRYIN, *Het herroepingsrecht als instrument van consumentenbescherming*, Proefschrift tot het verkrijgen van de graad van doctor in de rechten, Leuven, 2005, 64-72 en (m.b.t. de richtlijn consumentenkrediet en de éénmaking van de interne markt) L. CULOT, “The Consumer Credit Directive: An Economic Approach”, *REDC* 2010/I, 69 e.v.

¹³⁰ Bovenstaande paradox is grotendeels te verklaren door de moeilijke zoektocht naar een compromis bij de totstandkoming van de richtlijn. Zie hierover: M. DE MUYNCK, “Consumentenkrediet: Richtlijn 2008/48/EG en de Belgische uitdaging”, *DCCR* 2009, afl. 83, 1-9.

¹³¹ Zie S. WEATHERHILL, “The role of the Informed Consumer in European Community Law”, *Consumer Law J.*, 49. Of de gerichte totale harmonisatie echter het optimale instrument is ter realisatie van de interne markt kan worden betwijfeld. Zie ook Y. HOORNAERT, “Wet op het consumentenkrediet (WCK): andermaal hervormd”, *Bank Fin. R.* 2010, 405.

¹³² I. RAMSAY, “From Truth in Lending to Responsible Lending”, in G. HOWELLS, A. JANSSEN, en R. SCHULZE, *Information Rights and Obligations. A Challenge for Party Autonomy and Transactional Fairness*, Aldershot Hants, Ashgate, 2005, 56.

¹³³ Zie hierover Autoriteit Financiële Markten, Leidraad open norm “begrijpelijk/duidelijk”, 1. te raadplegen op <http://www.afm.nl/>

De bevordering van de financiële geletterdheid van consumenten is een noodzakelijk doch onvoldoende middel om dit probleem te verhelpen.¹³⁴

Op de kredietgever en de kredietbemiddelaar¹³⁵ rust ingevolge artikel 10, lid 1 W.C.K. een actieve verplichting tot het vragen van de juiste en volledige informatie noodzakelijk om de financiële toestand én terugbetalingsmogelijkheden van de consument te beoordelen.¹³⁶

Teneinde kredietgevers en kredietbemiddelaars toe te laten hun bijstand optimaal af te stemmen op de noden van de kandidaat-kredietnemer, kan een aanvullend “*know-your-costumer*” gebod inzake de financiële capaciteit van een consument worden overwogen. Het inwinnen van informatie omtrent de financiële capaciteit van een consument kan uitmonden in de opmaak van een consumentenprofiel waarop de kredietbemiddelaar of de kredietgever zijn bijstand aan de consument kan afstemmen.¹³⁷ Informatie-inwinning inzake de financiële capaciteit van de consument is geen theoretische nieuwigheid. Een onderzoeksplicht m.b.t. de financiële kunde van de consument ligt bijvoorbeeld zowel in de MifiD¹³⁸ als de ontwerprichtlijn woningkrediet¹³⁹ vervat.

28. Het bovenstaande schema indachtig dienen marktonderzoek en -consultatie de noodzaak en desgevallend de modaliteiten (ondermeer of de consument verplicht is (juist) te antwoorden, dan wel vrijwillig zijn medewerking kan verlenen¹⁴⁰, net als de vraag naar een eventuele controleplicht¹⁴¹, alsook de impact van een eventuele weigering om mee te werken door de consument), de kosten van een additionele onderzoeksplicht voor kredietgevers en kredietbemiddelaars, edm. na te gaan.

Kredietgevers werken vandaag in praktijk véélal met een door de kredietnemer in te vullen vragenlijst. Vragen inzake de financiële geletterdheid van de consument zouden aan dit document kunnen worden toegevoegd. De wijze waarop de bijstand wordt verstrekt (vergelijk bijvoorbeeld een contractsluiting “*face to face*” vs. via het internet) zal de mogelijkheden voor de kredietgever of de kredietbemiddelaar tot het achterhalen van het gepaste bijstandsniveau logischerwijs sterk beïnvloeden.¹⁴²

¹³⁴ Zie over (initiatieven inzake) financiële geletterdheid: G. PEARSON, “Financial Literacy and the Creation of Financial Citizens”, in M. KELLY-LOUW, J. P. NEHF & P. ROTT (eds.), *The Future of Consumer Credit Regulation. Creative Approaches to Emerging Problems*, Ashgate, Hampshire, 2008, 3 en T. WILLIAMS, “Empowerment of Whom and for What? Financial Literacy Education and the New Regulation of Consumer Financial Services”, *Law & Policy*, Vol. 29, Issue 2, 226.

¹³⁵ Hoewel artikel 8 van de richtlijn de kredietbemiddelaar geen dergelijke onderzoeksverplichting oplegt, kan België de bemiddelaar deze bijkomende verplichting opleggen o.g.v. overweging 17 bij de richtlijn. Zie hierover E. TERRYEN en J. VANNEROM, “De implicaties van de nieuwe Richtlijn consumentenkrediet voor het Belgisch recht” in R. BLANPAIN en R. TAS (eds.), *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2009, 36. Belangrijk is hier te onderstrepen vrijstelling voor kredietbemiddelaars bij wijze van nevenactiviteit uit artikel 11ter W.C.K. speelt niet voor de informatie-inwinning.

¹³⁶ Een grondige bespreking van deze informatie-inwinningsverplichting buiten het bestek van deze bijdrage. Zie M. DE MUYNCK, “Consumentenkrediet. De wet van 13 juni 2010 gewikt en gewogen”, *CABG* 2011, n°1, 36 e.v.

¹³⁷ Zie M. DE MUYNCK, “Credit Cards, Overdraft facilities and European Consumer Protection. A blank cheque for unfairness?”, *ERPL* 18-6, 1224.

¹³⁸ Zie artikel 19, §4 Richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten, tot wijziging van de Richtlijnen 85/611/EEG en 93/6/EEG van de Raad en van Richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad en houdende intrekking van Richtlijn 93/22/EEG van de Raad: “*Bij het verstrekken van beleggingsadvies of het verrichten van vermogensbeheer, wint de beleggingsonderneming de nodige informatie in, betreffende de kennis en ervaring van de cliënt of potentiële cliënt op beleggingsgebied met betrekking tot de specifieke soort product of dienst, zijn financiële situatie en zijn beleggingsdoelstellingen, teneinde de cliënt of potentiële cliënt de voor hem geschikte beleggingsdiensten en financiële instrumenten te kunnen aanbevelen.*”

¹³⁹ Artikel 11 van de ontwerprichtlijn inzake woningkredieten bepaalt hierover het volgende: “*(..) Kredietgevers en, in voorkomend geval, kredietbemiddelaars schatten nauwkeurig in hoeveel kennis van en ervaring met krediet de consument heeft zodat de kredietgever of kredietbemiddelaar het niveau van de aan de consument te geven toelichtingen kan bepalen en deze toelichtingen daaraan kan aanpassen.*”

¹⁴⁰ In het V.K. wordt een gelijkaardige vrijwillige informatie- inwinning aanvaard inzake de geestelijke vermogens van de consument. Dergelijk verzoek kan als volgt luiden: “*Is there any further information that you might wish to bring to our attention at this time that you think may be relevant to our consideration of your application for credit?*” Zie OFFICE OF FAIR TRADING, *Mental capacity – OFT guidance for creditors*, September 2011, OFT Doc. 13737, 19.

¹⁴¹ De rechtspraak onderkent een plicht tot het verifiëren van de door de kredietnemer (of steller van persoonlijkheden) verstrekte informatie in hoofde van de kredietgever of kredietbemiddelaar, tenminste indien de kredietgever weet heeft van het foutieve karakter van de door de consument verstrekte informatie of hier weet had van moeten hebben. Zie bijvoorbeeld Vred. Kortrijk 28 juni 2005, *Jaarboek Kredietrecht* 2005, 34. en Vred. Gent 6 januari 2005, *RABG* 2005, 345.

¹⁴² Zie hierover ook F. GLANSDORFF, “Introduction générale” in F. GLANSDORFF (ed.), *Les obligations d’information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, Brussel, Larcier, 2006, 32.

Zo is het duidelijk dat het feit dat het krediet over het internet wordt verstrekt de kredietgever of kredietbemiddelaar bijvoorbeeld in mindere mate zal toelaten de financiële geletterdheid van de consument te achterhalen. De incorporatie, in de richtlijn van modelvragen(lijsten), testen en procedures kan de “*compliance costs*” voor de kredietsector tot een noodzakelijk minimum beperken.

De marktautoriteit dient er bij het concipiëren en evalueren van de maatregel tenslotte ondermeer over de impact van een “*know-your-customer*” regel op de toekenning van krediet te waken. De finale beslissing inzake het al dan niet toekennen van krediet mag niet op negatieve wijze worden beïnvloed door de financiële capaciteit van de consument.¹⁴³

C. Naar een “*Suitability of assistance*” paradigma in de precontractuele fase.

29. Niettegenstaande de richtlijnwetgever een veeleer uniform bijstandregime ten voordele van de ‘consument’ concipieerde, zonder zich al te veel te bekommeren om een subjectieve appreciatie van zijn bijstandsbehoefte,¹⁴⁴ staat het de lidstaten ingevolge artikel 5, §6 van de richtlijn als gezegd vrij om de wijze waarop en de mate waarin precontractuele bijstand wordt verleend, alsmede de identiteit van de bijstandverstrekker, aan te passen aan (1) de specifieke omstandigheden waarin de overeenkomst wordt aangeboden, (2) de persoon aan wie zij wordt aangeboden, en (3) het soort krediet dat wordt aangeboden.

Waar een algemene “*suitability of credit obligation*” de finale richtlijn niet haalde,¹⁴⁵ belet de richtlijnwetgever aldus geenszins de introductie van een “*suitability of assistance*” paradigma door de nauwkeurige afbakening van een aantal hypothesen die aanvullende bijstand, of zelfs een meer ingrijpend, dirigistische sturing door de kredietgever of de kredietbemiddelaar rechtvaardigen. De bijzondere bijstandsverplichting inzake kredietopeningen die buiten de onderneming van de kredietgever of op afstand worden aangeboden kwam reeds aan bod.¹⁴⁶ Wij zijn ervan overtuigd dat richtlijnen en het hierboven geschetste (inter- en pro-) actief handhavingmodel het geijkte middel zijn om “*suitability of assistance*” in de dagdagelijkse praktijk tot een realiteit te maken.

30. Zowel objectieve als subjectieve (aan de persoon van de kredietnemer) criteria kunnen een deviatie (zowel uitbreiding als afzwakking¹⁴⁷) van de generieke bijstandsnorm verantwoorden.¹⁴⁸

Het consumentenprofiel ingevolge de informatie-inwinning inzake de financiële geletterdheid van de consument is beslist een in aanmerking te nemen criterium.¹⁴⁹ Nader onderzoek kan bijkomende subjectieve criteria uitwijzen, ondermeer of – en in welke mate het feit dat een consument geregistreerd staat in de Centrale voor Kredieten aan Particulieren (C.K.P.) tot additionele bijstand noopt (dit onverminderd de onthoudingsverplichting voor de kredietgever ingevolge artikel 15, lid 2 W.C.K.).

¹⁴³ Zie eveneens in dit licht: OFFICE OF FAIR TRADING, *Mental capacity – OFT guidance for creditors*, September 2011, OFT Doc. 13737, 10.

¹⁴⁴ F. JULIENNE en D. LAHET, “La Directive Européenne sur les contrat de crédit aux consommateurs: quelles opportunités pour les consommateurs européens et les opérations transfrontières?”, *Rev. Inter. Dr. Économique*, 2010, 204.

¹⁴⁵ Zie artikel 6 § 3 voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake consumentenkrediet, Brussel, 11.9.2002 COM(2002) 443 final: “*Uit de kredietovereenkomsten die zij gewoonlijk aanbieden of waarbij zij gewoonlijk bemiddelen, kiezen de kredietgever en de eventuele kredietbemiddelaar de meest gepaste soort krediet en het meest gepaste kredietbedrag, rekening houdend met de financiële situatie van de consument, de risico's en voordelen die aan het voorgestelde product verbonden zijn, en het doel van het krediet.*”

¹⁴⁶ Zie nr. 2.

¹⁴⁷ Zie in die zin de passage uit de eerder aangehaalde economische impactstudie in opdracht van het Europese Parlement n.a.v. de richtlijn consumentenkrediet. Het document onderstreepte in deze context het belang van duidelijkheid omtrent *the degree to which automated advice would be acceptable* (...) Zie EUROPEAN PARLIAMENT Policy Department Economic and Scientific Policy, *Broad Economic Analysis of the impact of the proposed Directive on Consumer Credit*, April 2007, IP/A/IMCO/FCW/2005-58/LOT 4/SC1, 54 en nr. 19.

¹⁴⁸ M. DE MUYNCK en R. STEENNOT, “De nieuwe wet consumentenkrediet en de kredietopeningen: een afdoende bescherming voor de consument?”, *TBH 2011/3*, 208.

¹⁴⁹ Zie nr. 27-28.

Naast kredietopeningen die buiten de onderneming van de kredietgever of op afstand worden aangeboden, kan men o.i. ook bij hergroepering van kredieten van kredietgevers en kredietbemiddelaars een bijkomende inspanning verlangen.¹⁵⁰ Men zou de centralisatie bijvoorbeeld expliciet afhankelijk kunnen maken van de vereiste dat het nieuwe krediet voordeliger is dan de kredieten die geherfinancierd worden.

D. Post-contractuele bijstand.

31. De consument kan zich niet op de toelichtingsverplichting beroepen om bijstand te bekomen in de periode *nadat* de kredietovereenkomst tot stand is gekomen, dit tenminste voor zover er geen sprake is van een nieuwe kredietovereenkomst.¹⁵¹ Hoewel een optimale kredietconsumptie zowel bij het aangaan als in de loop van het krediet reflectie vergt van de kredietnemer (o.m. inzake substitutie tussen diverse kredietvormen, -modaliteiten of -aanbieders), liet de richtlijnwetgever zich quasi¹⁵² niet in met postcontractuele informatieverstrekking.

Dat postcontractuele bijstand niet werd geharmoniseerd laat de Belgische wetgever toe deze aangelegenheid desgevallend zelf te reguleren. De noodzaak hiertoe kaartten wij eerder al aan.¹⁵³ Door de toezichthouder uitgevaardigde richtlijnen kunnen hier een belangrijke rol spelen en ondermeer de mate van additionele bijstand preciseren die verschuldigd is in geval van betalingsmoeilijkheden in hoofde van de consument, alsook aangeven in welke mate van kredietgevers en/of kredietbemiddelaars kan verwacht worden dat ze de consument op een actieve wijze bijstaan m.b.t. de herfinanciering van lopende overeenkomsten.

Conclusie

De meerduidige beschouwingen omtrent de modaliteiten van de bijstand *ex. artikel 11, §4 W.C.K.* indachtig, bepleitten wij in bovenstaande bijdrage de introductie van een pro- en interactief handavingsmechanisme alsook een ‘*MifiDisering*’ van het consumentenkrediet. De herijking van het actuele toezichtsmodel kan, naast een meer nauwkeurige remediëring van marktfalen en irrationeel consumentengedrag en een efficiëntere aanwending van middelen door de marktparticipanten, tevens de rechtzekerheid bevorderen. Voorzichtigheid en onderzoek zijn echter geboden. Een “*scholar’s paradise*” ?

¹⁵⁰ Zie ook M. DE MUYNCK, “Consumentenkrediet. De wet van 13 juni 2010 gewikt en gewogen”, *CABG* 2011, n°1, 31.

¹⁵¹ Dit strookt met de draagwijdte van de informatieverplichting *ex. artikel 4* van de Wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, *BS* 12 maart 2010 (hierna: de Wet Marktpraktijken of W.M.P.C.).

¹⁵² Zie evenwel artikel 11 (informatie aangaande de debetrente) en 12 van de richtlijn (periodieke informatieverstrekking inzake geoorloofde debetstanden op een rekening). Zie eveneens artikel 30 en 59 W.C.K.

¹⁵³ Zie M. DE MUYNCK, “Credit Cards, Overdraft facilities and European Consumer Protection. A blank cheque for unfairness?”, *ERPL* 18-6, 1225.

Financial Law Institute

The **Financial Law Institute** is a research and teaching unit within the Law School of the University of Ghent, Belgium. The research activities undertaken within the Institute focus on various issues of company and financial law, including private and public law of banking, capital markets regulation, company law and corporate governance.

The **Working Paper Series**, launched in 1999, aims at promoting the dissemination of the research output of the Financial Law Institute's researchers to the broader academic community. The use and further distribution of the Working Papers is allowed for scientific purposes only. Working papers are published in their original language (Dutch, French, English or German) and are provisional.