

De impact van het privaot financieel recht op de wilsautonomie, de contractvrijheid en het consensualisme

Reinhard STEENNOT
Hoofddocent UGent, Instituut Financieel Recht

I. INLEIDING

1. Het Belgische verbintenissenrecht wordt onder meer gekenmerkt door de principes van de contractvrijheid, de wilsautonomie en het consensualisme. De begrippen wilsautonomie en contractvrijheid moeten, hoewel ze vaak door elkaar worden gebruikt en nauw met elkaar verbonden zijn, duidelijk van elkaar worden onderscheiden. Het *principe van de contractvrijheid* houdt in dat een entiteit in het rechtsverkeer vrij is om al dan niet een overeenkomst te sluiten en tevens vrij is te bepalen met welke partij zij een overeenkomst aangaat¹. Het *principe van de wilsautonomie* impliceert dat de partijen vrij zijn om de inhoud van het contract overeen te komen, i.e. naar eigen goeddunken hun rechten en plichten te regelen². De principes van contractvrijheid en wilsautonomie houden zoals vermeld nauw verband met elkaar. Het heeft immers weinig zin burgers de vrijheid te verlenen de inhoud van het contract vrij te bepalen, als men niet eerst het recht erkent om naar eigen goeddunken rechtsverhoudingen in het leven te roepen, onder meer door overeenkomsten te sluiten³.

Het *principe van het consensualisme*, dat inhoudt dat overeenkomsten tot stand komen ingevolge loutere wilsovereenstemming - met andere woorden dat voor de rechtsgeldige totstandkoming van de overeenkomsten niet aan bepaalde formele voorwaarden moet worden voldaan – kan eveneens als een toepassing van het principe van de wilsautonomie worden beschouwd. De toestemming van de partijen is immers voldoende om hun rechtsverhoudingen te regelen. Men kan het principe van het consensualisme overigens ook als een aspect van contractvrijheid (wat de vorm betreft) zien. Het impliceert dat het de partijen vrij staat hun toestemming te geven op de wijze die zij zelf het best vinden⁴.

2. Dit artikel heeft tot doel na te gaan in welke mate financieelrechtelijke bepalingen die strekken tot de bescherming van de zwakkere partij afwijken van de principes van contractvrijheid, wilsautonomie en consensualisme. Wat de inperking van de contractvrijheid betreft, kan het zowel gaan om bepalingen die een financiële instelling de verplichting opleggen om een bepaalde overeenkomst te sluiten, als over bepalingen die de financiële instelling in bepaalde omstandigheden een verbod opleggen om te contracteren. Ook de

¹ R. KRUIHOF, “Leven en dood van het contract”, *RW* 1985-1986, k. 2737; W. VAN GERVEN m.m.v. S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 71; I. VEROUWSTRAETE, “Wil en vertrouwen bij het totstandkomen van overeenkomsten”, *TPR* 1990, 1165. Zie ook: L. FREDERICQ en S. FREDERICQ, *Handboek Belgisch Handelsrecht*, II, Brussel, Bruylant, 1978, 83.

² H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 1934, 402; W. VAN GERVEN m.m.v. S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 71; I. VEROUWSTRAETE, “Wil en vertrouwen bij het totstandkomen van overeenkomsten”, *TPR* 1990, 1165 en 1168.

³ A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in het contracten- en verbintenissenrecht”, in *Algemene Rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 104.

⁴ A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in het contracten- en verbintenissenrecht”, in *Algemene Rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 113; R. KRUIHOF, “Leven en dood van het contract”, *RW* 1985-1986, k. 2738. Anders: H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 1934, 404, die stelt dat het principe van de wilsautonomie en het principe van het consensualisme duidelijk van elkaar moeten worden onderscheiden, omdat het principe van het consensualisme enkel de wijze van totstandkoming van overeenkomsten regelt.

mogelijkheid de inhoud van de overeenkomst vrij te bepalen, wordt door de wetgever op verschillende manieren beperkt. Enerzijds kunnen wettelijke bepalingen financiële instellingen verplichten om bepaalde vermeldingen in de overeenkomst op te nemen. Anderzijds kunnen wettelijke regelen contractuele clausules met een bepaalde strekking verbieden. Afwijkingen van het principe van het consensualisme bestaan er steeds in dat bepaalde formaliteiten moeten worden gerespecteerd opdat een overeenkomst rechtsgeldig tot stand zou komen.

3. In deze bijdrage zal aandacht besteed worden aan wetten van financieel recht die op één of andere manier afwijken van de principes van contractvrijheid, wilsautonomie en consensualisme, dit met als doel de zwakkere partij te beschermen in de verhouding tot financiële instellingen. Meer concreet komen in deze bijdrage aan bod: de wet van 24 maart 2003 tot instelling van een basisbankdienst, de Woninghuurwet (art. 10), de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet (zoals recent nog gewijzigd ingevolge de omzetting van de Europese Richtlijn Consumentenkrediet door de wet van 13 juni 2010), de wet van 4 augustus 1992 op het hypothecair krediet, de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en financiële diensten, de artikelen 2043*bis* ev van het Burgerlijk Wetboek betreffende de kosteloze borgtocht (ingevoerd door de wet van 3 juni 2007) en de wet van 10 december 2009 betreffende betalingsdiensten.

Ik zal mij in wat volgt niet beperken tot het louter vermelden van de afwijkingen op de principes van wilsautonomie, contractvrijheid en consensualisme, die in deze wettelijke bepalingen vervat liggen. De besproken afwijkingen worden tevens gesitueerd en inhoudelijk geanalyseerd. Vooraleer daartoe over gaan, wordt aangevangen met een schets van de zwakkere partij die door deze verschillende wettelijke bepalingen wordt beschermd.

II. DE ZWAKKERE PARTIJ IN HET FINANCIËEL RECHT

4. Wanneer men de hierboven genoemde wetten bekijkt, dan stelt men vast dat de entiteit die door deze wetten wordt beschermd veelal verschillend is. Terwijl in bepaalde gevallen de bescherming beperkt is tot de consument, wordt in andere wetgeving ook aan bepaalde professionelen bescherming geboden.

§ 1. DE CONSUMENT

5. Zowel de wet basis-bankdienst, de wet consumentenkrediet als de wet hypothecair krediet beschermen de consument. De wet basis-bankdienst definieert de consument als elke natuurlijke persoon die in het kader 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 (art. 2, 2°). De Wet Consumentenkrediet definieert het begrip “consument” op dezelfde manier (art. 1, 1°). De Wet Hypothecair Krediet bevat geen eigenlijke definitie van het begrip “consument”, maar bepaalt dat zij van toepassing is op een hypothecair krediet bestemd voor het financieren van het verwerven of behouden van onroerende zakelijke rechten, toegekend aan *een natuurlijke persoon die hoofdzakelijk handelt met een oogmerk dat geacht kan worden vreemd te zijn aan zijn handels-, beroeps- of ambachtelijke activiteiten* (art. 1, lid 1).

Bekijkt men deze verschillende definities, dan stelt men vast dat de Wet Hypothecair krediet, in tegenstelling tot de Wet Consumentenkrediet en de Wet Basis-bankdienst, uitdrukkelijk bepaalt dat het volstaat dat een krediet voor *hoofdzakelijk* private doeleinden wordt aangeaan. Met andere woorden, indien een hypothecair krediet

bestemd is, deels voor private doeleinden, deels voor professionele doeleinden, dan zal de wet toepassing vinden in het professionele van ondergeschikt belang is⁵. Nochtans bestond op dit punt geen onderscheid tussen de Wet Consumentenkrediet en de Wet Hypothecair Krediet, aangezien ook met betrekking tot consumentenkredieten werd aanvaard dat de wet van toepassing is zodra het krediet voor overwegend private doeleinden wordt aangegaan⁶. Op dit punt was er dan ook een belangrijk onderscheid met de Wet Marktpraktijken (en voorheen de Wet Handelspraktijken) die de consument omschrijft als een natuurlijk persoon die voor *uitsluitend* private doeleinden een product verwerft. De Wet Marktpraktijken kan dus sowieso niet van toepassing zijn wanneer een overeenkomst ten dele voor professionele doeleinden wordt gesloten (zelfs niet indien het professionele luik bijzonder beperkt is)⁷.

6. De vraag rijst evenwel of deze ruime interpretatie van het consumentenbegrip onder de Wet Consumentenkrediet kan worden behouden na het arrest Gruber van het Hof van Justitie. In het arrest Gruber is het Hof van Justitie van oordeel dat het begrip consument beperkend moet worden ingevuld. In geval van gemengd gebruik kan een natuurlijk persoon slechts als een consument worden beschouwd indien de overeenkomst zo losstaat van de beroepsactiviteit van de betrokkene dat het verband marginaal wordt en bijgevolg in het kader van de verrichting, in haar totaliteit beschouwd, slechts een onbetekenende rol speelt⁸. Nu rijzen er op dit punt twee vragen: ten eerste, heeft het arrest Gruber, dat betrekking heeft op de bijzondere bevoegdheidsregel uit de Brussel I-Verordening gevolgen voor het begrip “consument” in Richtlijnen die tot doel hebben de consument te beschermen, zoals de Richtlijn Consumentenkrediet? Ten tweede, kan de Belgische wetgever een ruimer consumentenbegrip hanteren dan de Europese wetgever, rekening houdend met het feit dat de Richtlijn Consumentenkrediet steunt op het concept van gerichte volledige harmonisatie?

Tegenstanders van een doorwerking van het Gruber arrest op het consumentenbegrip in andere Richtlijnen - die overigens pleiten voor een ruimere invulling van het consumentenbegrip - steunen zich vooral op het feit dat het Hof in het arrest benadrukt dat de bijzondere bevoegdheidsregelen betreffende consumentenovereenkomsten afwijken van de normale bevoegdheidsregelen en dat verhinderd moet worden dat een groot aantal rechters in dezelfde zaak bevoegd zou zijn. Een restrictieve uitlegging van het consumentenbegrip zou het beste aansluiten bij de doelstelling van rechtszekerheid die door de Brussel I Verordening wordt nagestreefd⁹. LOOS en HOWELLS zijn daarentegen van oordeel dat het arrest wel kan doorwerken op het consumentenbegrip uit het Europees consumentenrecht en steunen zich daarbij op het feit dat het Hof in het arrest benadrukt dat een restrictieve uitlegging van het consumentenbegrip steun vindt in de negatieve omschrijving van het consumentenbegrip, die men zowel aantreft in de Brussel I Verordening als in de Europese Richtlijnen betreffende consumentenbescherming¹⁰. Ook wij zijn van oordeel dat er een grote kans bestaat dat het Hof van Justitie het consumentenbegrip uit de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken restrictief zal invullen. Het begrip “consument” in de Wet Consumentenkrediet dient naar mijn overtuiging vanaf heden dan ook restrictief te worden ingevuld, zoals het Hof dat doet in het arrest Gruber.

⁵ D. MEULEMANS, “De wijziging van het toepassingsgebied van de Wet op het Hypothecair Krediet”, *T.Fin.R.* 2004, 677-680.

⁶ P. DE VROEDE, “Reclame en promotionele methoden inzake kredietverlening”, in *De nieuwe wet op het consumentenkrediet*, Brussel, Créadif, 1992, 40; P. LETTANY, *Het consumentenkrediet. De wet van 12 juni 1991*, Deurne, Kluwer, 1993, 5-6.

⁷ G. STRAETMANS, “Beroepsbeoefenaar en consument van handelspraktijken?”, noot onder Kh. Bergen 9 augustus 2005, *DAOR* 2006, 440 e.v.

⁸ H.v.J. 20 januari 2005, zaak nr. C-464/01, *Gruber v. Bay Wa AG*, <http://curia.europa.eu>.

⁹ Zie ondermeer Overweging 11 Brussel-I Verordening.

¹⁰ M. LOOS, “Het begrip “consument” in het Europese en Nederlandse privaatrecht”, *WPNR* 2005, 772; G. HOWELLS, “The scope of European consumer law”, *European Review of Contract Law* 2005, 360 ev.

Of dit wenselijk is, is natuurlijk een andere vraag. Vanuit beleidsmatig oogpunt valt er immers heel wat te zeggen voor een toepassing van het adagium “accessorium sequitur principale” bij toepassing waarvan een natuurlijk persoon consument is zodra hij voor overwegend private doeleinden handelt¹¹. Mede daarom rijst de vraag of de Belgische wetgever het begrip “consument” ruimer kan definiëren, met name door te bepalen dat het gaat om een natuurlijke persoon die een kredietovereenkomst sluit voor *overwegend* private doeleinden. Bekijkt men de voorbereidende werken bij de wet van 13 juni 2010 tot wijziging van de wet van 12 juni 1991 betreffende het consumentenkrediet, dan stelt men vast dat de Belgische wetgever wel degelijk de bedoeling heeft de wet toe te passen op gemengde kredieten, voor zover deze hoofdzakelijk private doeleinden beogen. De Belgische wetgever argumenteert dat een ruimere invulling van het consumentenbegrip in de Wet Consumentenkrediet niet problematisch is omdat kredietovereenkomsten die ten dele een beroepsmatig karakter hebben buiten het geharmoniseerde gebied vallen¹². Hierbij willen we twee bedenkingen maken. Ten eerste, had het, om redenen van rechtszekerheid, absoluut de voorkeur verdient het lot van de gemengde kredieten uitdrukkelijk in de wettekst te regelen en er niet enkel over te spreken in de voorbereidende werken. Ten tweede, het concept van totale harmonisatie verzet zich naar mijn overtuiging wel tegen een ruimere definitie van het begrip “consument”. Dit betekent evenwel niet dat de Richtlijn Consumentenkrediet het onmogelijk maakt kredietnemers die een krediet voor hoofdzakelijk private doeleinden sluiten te beschermen. Meer concreet verzet de Richtlijn er zich niet tegen in de wet te bepalen dat de bescherming die aan de consument wordt geboden, ook geldt voor natuurlijke personen die weliswaar geen consument zijn, doch die voor hoofdzakelijk private doeleinden een kredietovereenkomst sluiten. Aldus bereikt men hetzelfde resultaat zonder het concept van totale harmonisatie te miskennen¹³.

§ 2. DE BETALINGSDIENSTGEBRUIKER – OF TOCH DE CONSUMENT?

7. De Wet Betalingsdiensten beschermt de betalingsdienstgebruiker, dit is elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die in de hoedanigheid van betaler, begunstigde of beide van een betalingsdienst gebruik maakt (art. 2, 3°). De betaler wordt vervolgens omschreven als de natuurlijke persoon of rechtspersoon die houder is van een betaalrekening en een betalingstransactie vanaf die betaalrekening toestaat, of de natuurlijke persoon of rechtspersoon die bij het ontbreken van een betaalrekening een betalingsopdracht geeft (art. 2, 4°). De begunstigde is de natuurlijke persoon of rechtspersoon die de beoogde uiteindelijke ontvanger is van de geldmiddelen waarop een betalingstransactie betrekking heeft (art. 2, 5°)¹⁴. Bekijkt men deze definitie, dan merkt men onmiddellijk op dat het in principe irrelevant is of de betalingsdienstgebruiker of betaler een rechtspersoon of natuurlijk persoon is en of het om een professioneel of een consument gaat.

8. Niettemin is het onderscheid tussen consumenten en niet-consumenten relevant omdat de toepassing van sommige regelen (informatieverplichtingen, bepaalde regelen betreffende de aansprakelijkheidsverdeling in geval van frauduleus gebruik, bepaalde regelen inzake de uitvoering van betalingstransacties) contractueel kan

¹¹ Zie ook met betrekking tot het toepassingsgebied van de regelen inzake consumentenkoop: J. STUYCK, “Historiek en toepassingsgebied van de Richtlijn Consumentenkoop en de omzettingwet”, in S. STIENS en J. STUYCK (eds.), *Het nieuwe kooprecht. De wet van 1 september 2004 betreffende de bescherming van de consumenten bij verkoop van consumptiegoederen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 26.

¹² Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 52, 2468/001, 11.

¹³ Zie overweging 10 van de Richtlijn Consumentenkrediet. Over het harmonisatiekarakter van deze Richtlijn: zie o.m.: M. DEMUYNCK, “Consumentenkrediet: Richtlijn 2008/48/EG en de Belgische uitdaging”, *DCCR* afl. 83, 9-14.

¹⁴ De wet spreekt dus over de betalingsdienstgebruiker wanneer zij zowel strekt tot bescherming van de betaler als de begunstigde. Beschermt de wet enkel “de opdrachtgever”, dan spreekt zij over de “betaler”. De term “betaler” is nieuw en komt uit de Richtlijn.

worden uitgesloten indien de betalingsdienstgebruiker geen consument is¹⁵. Wordt als een consument beschouwd: een natuurlijke persoon die in het raam van betalingsdienstcontracten handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepswerkzaamheden vallen. Bij de interpretatie van het consumentenbegrip moet naar onze overtuiging opnieuw inspiratie gevonden worden in het arrest Grüber van het Hof van Justitie¹⁶.

De vaststelling dat heel wat bepalingen contractueel kunnen worden wegbedongen indien de wederpartij geen consument is, impliceert dat in de praktijk een hele reeks regelen uit de wet enkel de consument zullen beschermen. Betalingsdienstaanbieders zullen immers gretig gebruik maken van de door de wetgever geboden mogelijkheid om ten aanzien van professionele betalingsdienstgebruikers afwijkend te bedingen. Een aantal regelen uit de wet echter zullen ook professionele betalingsdienstgebruikers beschermen, ongeacht of het daarbij gaat om een KMO of een multinational (bijvoorbeeld de regelen betreffende de uitvoeringstermijn).

§ 3. DE PRIVATE BELEGGER

9. De Wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten (hierna WFT) formuleert een hele reeks gedragsregelen die door gereguleerde ondernemingen gerespecteerd moeten worden bij het aanbieden van beleggingsdiensten. Deze gedragsregelen worden verder geconcretiseerd in het K.B. van 3 juni 2007 tot bepaling van nadere regels tot omzetting van de Richtlijn betreffende markten voor financiële instrumenten (hierna MiFID-K.B.). Deze gedragsregelen strekken tot bescherming van de belegger. Met het oog op het bepalen van de omvang van de geboden bescherming wordt een onderscheid gemaakt tussen drie categorieën van beleggers: de in aanmerking komende tegenpartij, de professionele belegger (vb. grote ondernemingen) en de niet-professionele cliënten. Niet-professionele cliënten genieten de ruimste bescherming en worden omschreven als cliënten die niet als een professioneel cliënt kunnen worden beschouwd, hetgeen impliceert dat het erop aankomt te bepalen wie als een professioneel cliënt kwalificeert. In een bijlage bij het K.B. van 3 juni 2007 is een lijst opgenomen van personen die als professionele cliënt moeten worden beschouwd. Het gaat onder meer om kredietinstellingen, beleggingsonderneming, verzekeringsondernemingen en andere ondernemingen die als een “grote” onderneming beschouwd kunnen worden¹⁷. Kleine en middelgrote ondernemingen zijn dus niet-professionele cliënten. Het is duidelijk dat het concept van de niet-professionele cliënten ruimer is dan het klassieke consumentenbegrip¹⁸.

10. Onder bepaalde strikte voorwaarden bestaat de mogelijkheid in hoofde van de niet-professionele belegger om als een professionele belegger te worden behandeld (Bijlage A MiFID-K.B.), hetgeen dan concreet impliceert dat de gedragsregelen door de gereguleerde onderneming niet of niet in dezelfde mate moeten worden gerespecteerd. Bekijkt men deze voorwaarden, dan stelt men vast dat zij kwalitatief, kwantitatief, en procedureel van aard zijn. Kwalitatief in die zin dat de gereguleerde onderneming de deskundigheid, ervaring

¹⁵ De Richtlijn bood de lidstaten de mogelijkheid om het verbod op afwijkingen uit te breiden tot micro-ondernemingen. De Belgische wetgever heeft geen gebruik gemaakt van deze mogelijkheid.

¹⁶ Zie hierover meer uitgebreid: R. STEENNOT, “Nieuwe wettelijke regeling voor girale en elektronische betalingen: wie wint en wie verliest?”, *NjW* 2010, 518 ev.

¹⁷ Zij moeten voldoen aan twee van de volgende drie voorwaarden: balanstotaal van 20 miljoen euro, netto-omzet van 40 miljoen euro, eigen vermogen van 2 miljoen euro.

¹⁸ Bij toepassing van artikel 9 MiFID-K.B. moet de gereguleerde onderneming de cliënten informeren over hun indeling in een bepaalde categorie. Zie hierover: G. BERARD, “L’information du client dans le cadre de la Directive MiFID”, *Bank Fin.* 2007, 424 ; V. COLAERT, “Welke bescherming voor welke belegger?”, *Bank Fin. R.* 2007, 401.

en kennis van de belegger moet beoordelen en moet nagaan of de belegger in het licht van de aard van de beoogde transacties of diensten in staat is zelf zijn beleggingsbeslissingen te nemen en de eraan verbonden risico's in te schatten. Kwantitatief omdat een behandeling van de niet-professionele cliënt als een professionele cliënt slechts mogelijk is indien voldaan is aan minstens twee van drie volgende criteria:

- de cliënt moet tijdens de voorafgaande vier kwartalen op de desbetreffende markt per kwartaal gemiddeld 10 transacties van significante omvang verricht hebben;
- de cliënt moet een portefeuille (deposito's in contanten en financiële instrumenten) van meer dan 500.000 euro bezitten en
- de cliënt moet 1 jaar werkzaam geweest zijn in de financiële sector waarbij kennis was vereist van de beoogde transacties.

Zonder deze kwantitatieve en kwalitatieve voorwaarden in detail te bestuderen¹⁹, kan men gerust stellen dat slechts heel weinig consumenten aan deze voorwaarden zullen voldoen en dat consumenten dus in de regel de maximale bescherming van de gedragsregelen zullen genieten. Ook bij heel wat ondernemingen zal de vereiste kwaliteit ontbreken, zodat de bescherming van de gedragsregelen in de praktijk zeker niet beperkt is tot consumenten in de enge betekenis van het woord. Bovendien mag men niet uit het oog verliezen dat een behandeling als professionele cliënt slechts mogelijk is indien de cliënt zelf verzoekt om als professioneel te worden behandeld (waarbij dan weer een bepaalde procedure moet worden negeleefd).

§ 4. DE KOSTELOZE BORG

11. De kosteloze borgtocht wordt in artikel 2043*bis* BW omschreven als de handeling waarmee een natuurlijke persoon kosteloos een hoofdschuld verzekert ten gunste van een schuldeiser. Enkel natuurlijke personen kunnen dus als een kosteloze borg worden beschouwd. De kosteloze aard van de borgtocht slaat op het ontbreken van enig economisch voordeel. Een persoon kan dus niet als een kosteloze borg worden beschouwd indien hij rechtstreeks of onrechtstreeks economisch voordeel haalt uit de borgstelling. Het is duidelijk dat een borgstelling met een handelsrechtelijk karakter niet kosteloos kan zijn²⁰.

Voor de vraag wanneer een onrechtstreeks economisch voordeel voor handen is, blijkt niet altijd gemakkelijk te beantwoorden²¹. Waar het duidelijk is dat een bestuurder die zich borg stelt voor schulden van de vennootschap voordeel haalt uit de borgstelling²², is het bijvoorbeeld minder duidelijk of dit ook het geval is voor een echtgenote die zich borg stelt voor de schulden van haar man. Terwijl bepaalde auteurs van oordeel zijn dat de loutere vaststelling dat het gezin gedijt door de inkomsten van de echtgenoot niet voldoende is om aan de

¹⁹ Zie hierover: F. TANGE en W. VAN DE WIELE, "MiFID en categorisatie van cliënten", *Bank Fin.* 2007, 404-406; V. COLAERT, "Welke bescherming voor welke belegger?", *Bank Fin. R.* 2007, 406-408.

²⁰ L. DU JARDIN, "Vers un droit commun des garanties personnelles? La loi relative au cautionnement à titre gratuit", *TBBR* 2008, 208.

²¹ De bewijslast om aan te tonen dat de borgtocht niet kosteloos werd verstrekt, ligt bij de schuldeiser (art. 2043 ter BW).

²² E. DIRIX, "De kosteloze borgtocht", *RW*, 2007-2008, 219; L. DU JARDIN, "Vers un droit commun des garanties personnelles? La loi relative au cautionnement à titre gratuit", *TBBR* 2008, 208; C. ENGELS, "De kosteloze borgtocht", in *Kroniek Notariaat*, Brugge, Die Keure, 2008, 194. In bepaalde uitzonderlijke gevallen kan de bestuurder wel als een kosteloze borg worden beschouwd, bijvoorbeeld indien de bestuurder, die geen aandeelhouder is, onbezoldigd optreedt.

toepassing van de wet te ontsnappen²³, zijn andere auteurs van oordeel dat een onderscheid gemaakt moet worden afhankelijk van het huwelijksvermogensstelsel. Bij gemeenschap van goederen zou dan geen sprake kunnen zijn van een kosteloze borgtocht. Bij scheiding van goederen zal de rechter op grond van de feiten moeten oordelen of de echtgenoot onrechtstreeks voordeel haalt uit de borgstelling (vb. omdat de echtgenoot de wagen van de vennootschap regelmatig gebruikt)²⁴. Wellicht kan dit laatste onderscheid genuanceerd worden, in die zin dat ook de onder scheiding van goederen gehuwde echtgenoot moet bijdragen in de lasten van het huwelijk.

Naast de borg bestaan nog andere persoonlijke zekerheden, zoals de garantie en de mede-schuldenaar die geen belang heeft bij de schuld. De vraag rijst of de regelen inzake kosteloze borgtocht ook gelden voor de stellers van deze persoonlijke zekerheden²⁵. Hieromtrent bestaat geen duidelijkheid. In ieder geval, indien men aanvaardt dat de wet enkel de borg betreft, zal de rechter de mogelijkheid hebben om overeenkomsten waarbij volgens de terminologie van het contract een andere persoonlijke zekerheid wordt verstrekt, als een borgtocht te herkwalficeren indien het in werkelijkheid om een borgtocht gaat²⁶. Een zakelijke borgstelling (zekerheid waarbij een derde een pand of een hypotheek verleent op een goed uit zijn eigen vermogen ten behoeve van andermans schuld) ressorteert evenwel niet onder de toepassing van de regelen inzake de kosteloze borgtocht²⁷.

III. CONTRACTVRIJHEID

12. Het principe van de contractvrijheid houdt, zoals reeds werd vermeld, in dat de financiële instelling in principe vrij is om al dan niet met een bepaalde partij een overeenkomst te sluiten. De toepassing van het gemeen recht houdt dus in dat zij vrij is om al dan niet een rekening te openen²⁸, een betaalinstrument ter beschikking te stellen, een krediet te verstrekken²⁹ of een beleggingsdienst aan te bieden. Verschillende wetten beperken evenwel deze contractvrijheid. In bepaalde gevallen wordt de financiële instelling verplicht om een overeenkomst te sluiten (basis-bankdienst, huurwaarborg), in andere gevallen moet zij weigeren om een overeenkomst te sluiten (consumentenkrediet, kosteloze borg, bepaalde beleggingsdiensten).

§ 1. VERPLICHTING OM TE CONTRACTEREN

A. Basis-bankdienst

13. Artikel 3 §1 van de Wet Basis-bankdienst creëert in hoofde van de consument het recht om een basis-bankdienst, i.e. een zichtrekening met daaraan verbonden een bepaalde minimale dienstverlening, te verwerven

²³ E. DIRIX, "De kosteloze borgtocht", *RW*, 2007-2008, 219.

²⁴ A. CUYPERS, "De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept", *Bank Fin. R.* 2007, 161-162.

²⁵ Bevestigend: E. DIRIX, "De kosteloze borgtocht", *RW*, 2007-2008, 219.

²⁶ A. CUYPERS, "De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept", *Bank Fin. R.* 2007, 162; L. DU JARDIN, "Vers un droit commun des garanties personnelles? La loi relative au cautionnement à titre gratuit", *TBBR* 2008, 208

²⁷ A. CUYPERS, "De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept", *Bank Fin. R.* 2007, 164. Vgl. E. DIRIX, "De kosteloze borgtocht", *RW*, 2007-2008, 220.

²⁸ L. FREDERICQ en S. FREDERICQ, *Handboek Belgisch Handelsrecht*, II, Brussel, Bruylant, 1978, 83.

²⁹ Brussel 6 september 1999, *TBH* 2000, 703, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX; G. SCHRANS en R. STEENNOT, *Algemeen Deel van het Financieel Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 419.

(en in hoofde van de financiële instelling de verplichting deze te verstrekken). De afwijking van het principe van de contractvrijheid bestaat erin dat de wet een daadwerkelijke verplichting in hoofde van de kredietinstelling creëert om een aanbod te doen wanneer de consument, die voldoet aan de in de wet bepaalde voorwaarden, daar om vraagt (zie art. 4 §1). De consument moet de basis-bankdienst schriftelijk aanvragen, via een hem door de kredietinstelling ter beschikking gesteld aanvraagformulier. Hieronder wordt het recht op de basis-bankdienst en de inhoud ervan verder toegelicht.

1. Inhoud en kostprijs van de basis-bankdienst

14. De inhoud van de basis-bankdienst wordt eveneens door de wet bepaald en bestaat uit : 1) het openen, het beheer en het sluiten van de zichtrekening; 2) de terbeschikkingstelling van overschrijvingen die handmatig en afhankelijk van de kredietinstelling ook elektronisch kunnen gebeuren; 3) de mogelijkheid om doorlopende betalingsopdrachten te geven en facturen te domiciliëren; 4) de mogelijkheid om in België geld in deposito te geven³⁰; 5) de mogelijkheid om geld af te halen aan het loket in België en, afhankelijk van de kredietinstelling, ook elektronisch en 6) de periodieke terbeschikkingstelling van rekeninguittreksels in België. Het betreft een limitatieve opsomming van verrichtingen. Uit de opsomming blijkt ook dat de financiële instelling niet verplicht is om een debetkaart ter beschikking te stellen (maar ze kan dit wel doen, wat overigens zijn impact heeft op het aantal verrichtingen dat deel uitmaakt van de basis-bankdienst).

De maximale prijs voor de basis-bankdienst werd in artikel 3 §3 bepaald op 12 euro. Dit bedrag wordt jaarlijks geïndexeerd³¹. Verricht de consument meer dan het maximum aantal manuele verrichtingen dat in het pakket is opgenomen, dan mag de kredietinstelling deze verrichtingen aan het normale tarief aanrekenen. Het feit dat de wetgever de prijs vaststelt, impliceert dat ook wordt afgeweken van het principe van de wilsautonomie.

15. Een kredietinstelling is in het kader van de basis-bankdienst niet verplicht om de consument enig krediet te verstrekken, hetzij door hem de mogelijkheid te bieden om onder nul te gaan (art. 3 §6), hetzij door hem een kredietkaart ter beschikking te stellen. De afwijking van het principe van de contractvrijheid in deze wet (zie wat andere wetgeving betreft: infra nr. 23) reikt dus niet zo ver dat de financiële instelling ook wordt verplicht om krediet te verlenen. Het is aan de kredietinstelling om erover te waken dat de consument niet in het rood gaat. Doet de consument dat toch, dan kan de kredietinstelling uiteraard wel het debetsaldo terugvorderen, maar de consument zal daarop geen debetrente verschuldigd zijn³².

2. Beperkingen inzake de verwerving van de basis-bankdienst

16. Het recht een basis-bankdienst te verwerven is niet absoluut. Artikel 4 van de wet bevat de zogenaamde regeling inzake onverenigbaarheden, een opsomming van omstandigheden waarin men geen aanspraak kan

³⁰ Met uitzondering van een storting van meer dan honderd muntstukken.

³¹ Dit bedrag wordt jaarlijks aangepast rekening houdend met het indexcijfer van de consumptieprijzen van de maand november van elk jaar. Deze aanpassing moet voor 16 december van het jaar waarin de aanpassing gebeurt bekend gemaakt worden in het Belgisch Staatsblad en wordt dan van kracht op 1 januari van het volgende jaar (art. 5 K.B.).

³² Y. THIERY, "De basis-bankdienst: redder in nood?", *DCCR* 2004, afl. 62,17.

maken op de basis-bankdienstverlening. In deze gevallen speelt dan de gemeenrechtelijke contractvrijheid. De financiële instelling kan dan, doch is niet verplicht, een rekeningovereenkomst sluiten.

Kort geschetst mag de consument, wil hij aanspraak maken op de basis-bankdienst, niet reeds over een basis-bankdienst beschikken en niet in het bezit zijn van een zichtrekening of andere gebonden producten. Het kan inderdaad niet de bedoeling van de wet zijn om de consument die reeds een zichtrekening bezit toe te laten een louter bijkomende rekening aan te maken. De grootste moeilijkheid bij de toepassing van deze regel is de invulling van de notie “gebonden producten”. Deze term wordt immers niet gedefinieerd³³. Het enige wat het K.B. doet, is duidelijk maken welke gebonden producten geen beletsel vormen om de basis-bankdienst te verkrijgen. De regel bestaat er dus in dat gebonden producten onverenigbaar zijn met de basis-bankdienst, tenzij wanneer het zou gaan om één van de volgende diensten: rekeningen die geen zichtrekeningen zijn, voor zover het jaarlijks gemiddelde gecumuleerde creditsaldo niet hoger is dan 6000 euro; verzekeringen en kredietovereenkomsten die onder de toepassing vallen van de wet consumentenkrediet in de mate dat het saldo van de rekeningen van de consument (uitgezonderd de zichtrekening) verhoogd met het kredietbedrag niet hoger ligt dan 6.000 euro. Met andere woorden: in geval de consument andere gebonden producten bezit dan deze hier opgesomd, speelt de contractvrijheid.

17. Wat de uitzondering van de rekeningen betreft, kan vooreerst worden benadrukt dat bij de berekening van het maximumbedrag van 6000 euro geen rekening wordt gehouden met het bedrag dat als huurwaarborg (woninghuur) werd gestort op een rekening op naam van de consument die de basis-bankdienst aanvraagt. Daarnaast moet men rekening houden met het feit dat wordt uitgegaan van een jaarlijks gecumuleerd creditsaldo. Het enkele feit dat het creditsaldo van de spaarrekening enkele dagen hoger dan 6000 euro was, zal de consument het recht op de basis-bankdienst dus niet ontnemen. Tot slot rijst de vraag of het bezit van een termijnrekening of een effectenrekening onder deze uitzondering valt. Thiery is van oordeel dat, hoewel het K.B. dit onderscheid niet maakt, termijnrekeningen en effectenrekeningen onverenigbaar zijn met de basis-bankdienst en steunt zich daarbij op de *ratio legis* en het feit dat uitzonderingen restrictief moeten worden geïnterpreteerd³⁴. Wij kunnen deze redenering niet onderschrijven en zien niet in waarom een onderscheid gemaakt zou moeten worden tussen een consument die 4.000 euro op zijn spaarrekening heeft staan en een consument die geen spaarrekening bezit, doch een effectenrekening waarop een kasbon van 4.000 euro staat gecrediteerd. Het belang van deze discussie mag echter niet overdreven worden, aangezien het veelal niet mogelijk is een effectenrekening te bezitten zonder een zichtrekening geopend te hebben.

18. Wat de uitzondering van de verzekeringen betreft, valt het op dat geen onderscheid wordt gemaakt tussen de verschillende verzekeringsproducten. Zowel een autoverzekering als verzekeringen die als beleggingsinstrument worden gebruikt (vb. Tak 23) vallen onder deze uitzondering³⁵. Verzekeringen die zijn afgesloten via bemiddeling van een kredietinstelling kunnen niet als bankproducten beschouwd worden en zijn derhalve geen gebonden producten die de verwerving van een basis-bankdienst verhinderen³⁶.

³³ Tijdens de voorbereidende werken werden BEVEK's genoemd als een voorbeeld van een gebonden product: Amendement nr. 26 van de Regering bij het wetsvoorstel tot instelling van een universele bankdienstverlening, Doc. 50, 1370/008, 6.

³⁴ Y. THIERY, “De basis-bankdienst: redder in nood?”, *DCCR* 2004, afl. 62, 16.

³⁵ Y. THIERY, “De basis-bankdienst: redder in nood?”, *DCCR* 2004, afl. 62, 16; H. SWENNEN, “De basis-bankdienst en de bescherming van tegoed op rekening”, *Bank Fin. R.* 2004, 267.

³⁶ Y. THIERY, “De basis-bankdienst: redder in nood?”, *DCCR* 2004, afl. 62, 16; H. SWENNEN, “De basis-bankdienst en de bescherming van tegoed op rekening”, *Bank Fin. R.* 2004, 267.

Los van deze uitzonderingen kunnen er dus moeilijkheden ontstaan bij de invulling van het begrip “gebonden product”. Bij de interpretatie moet rekening worden gehouden met de doelstellingen van de wetgever, die erin bestaan enerzijds te vermijden dat banken de basis-bankdienst zouden gebruiken om ook andere producten te verkopen, anderzijds te vermijden dat de bemiddelde consument die bij een andere instelling reeds producten afnam bij de betrokken kredietinstelling een rekening zou kunnen openen en bepaalde verrichtingen zou kunnen stellen aan het tarief van de basis-bankdienst³⁷.

19. De consument die een basis-bankdienst aanvraagt, dient niet het bewijs te leveren dat hij niet reeds beschikt over een basis-bankdienst of over een zichtrekening. Het volstaat dat hij op het aanvraagformulier bevestigt dat dit niet het geval is. De consument wordt dus in eerste instantie op zijn woord geloofd, maar indien blijkt dat de consument hieromtrent valse verklaringen heeft afgelegd, zal de kredietinstelling de basis-bankdienst kunnen opzeggen (art. 6).

3. Weigering en opzegging van de basis-bankdienst

20. Artikel 6 §1 bepaalt de gronden waarop de kredietinstelling zich kan steunen om de aanvraag van de consument tot het verkrijgen van een basis-bankdienst te weigeren of een bestaande basis-bankdienst op te zeggen. In al deze gevallen speelt weer de gemeenrechtelijke contractvrijheid. Meer concreet mag de kredietinstelling een aanvraag weigeren of de basis-bankdienst opzeggen in geval de consument werd veroordeeld voor bepaalde strafbare feiten, meer in het bijzonder werd veroordeeld³⁸ voor oplichting, misbruik van vertrouwen, frauduleus bankroet, valsheid in geschrifte of witwassen van kapitalen. Daarnaast mag de aanvraag ook geweigerd worden of de bestaande basis-bankdienst opgezegd worden indien blijkt dat de consument reeds over een basis-bankdienst, zichtrekening of gebonden producten beschikt. De loutere vaststelling dat de consument bijvoorbeeld al beschikt over een zichtrekening volstaat. Een veroordeling van de consument voor valsheid in geschrifte (omdat hij op het aanvraagformulier valselijk heeft verklaard geen zichtrekening te bezitten) is niet noodzakelijk opdat de basis-bankdienst zou kunnen worden opgezegd³⁹. De beschikking van toelaatbaarheid van een verzoek tot collectieve schuldenregeling kan, zo bepaalt artikel 6 §1 uitdrukkelijk, geen reden zijn om een basis-bankdienst te weigeren of op te zeggen.

Benadrukt moet worden dat de opsomming van de gronden op basis waarvan de basis-bankdienst kan worden geweigerd of opgezegd limitatief van aard is⁴⁰. Er kunnen dus geen andere redenen worden aangevoerd om de basis-bankdienst te weigeren of op te zeggen, dan deze die in artikel 6 §1 worden bepaald. Zo zal dus bijvoorbeeld het feit dat de consument er op een of andere manier in geslaagd is onder nul te gaan op de zichtrekening geen reden kunnen vormen om de basis-bankdienst te beëindigen. In dit kader kan reeds melding gemaakt worden van artikel 8 §2 van de wet dat bepaalt dat de kredietinstelling die de basis-bankdienst ten onrechte heeft geweigerd of opgezegd, de basis-bankdienst aan de betrokken aanvrager of titularis gedurende twee jaar niet mag aanrekenen.

21. Indien de basis-bankdienst door de kredietinstelling aan de consument wordt verstrekt op basis van valse verklaringen, zal de consument aansprakelijk zijn voor de schade die de kredietinstelling heeft opgelopen.

³⁷ Y. THIERY, “De basis-bankdienst: redder in nood?”, *DCCR* 2004, afl. 62, 16-17.

³⁸ H. SWENNEN, “De basis-bankdienst en de bescherming van tegoed op rekening”, *Bank Fin. R.* 2004, 270.

³⁹ Y. THIERY, “De basis-bankdienst: redder in nood?”, *DCCR* 2004, afl. 62, 20.

⁴⁰ H. SWENNEN, “De basis-bankdienst en de bescherming van tegoed op rekening”, *Bank Fin. R.* 2004, 270.

Dit impliceert dat de consument een schadevergoeding verschuldigd zal zijn, waarvan het bedrag minstens gelijk is aan het verschil tussen enerzijds het tarief van de basis-bankdienst en anderzijds de kosten die normaliter aan de zichtrekening en de uitgevoerde verrichtingen zijn verbonden⁴¹. Indien de bank ook andere schade kan aantonen, zal ook deze vergoed moeten worden.

B. Huurwaarborg

22. Artikel 10 van de Woninghuurwet bepaalt dat de huurwaarborg, als deze in een som geld is bedongen, drie vormen kan aannemen. Meer concreet heeft de huurder⁴² de keuze tussen: 1) ofwel stort hij in één keer het volledige bedrag van de huurwaarborg op een geïndividualiseerde rekening op zijn naam bij een financiële instelling; 2) ofwel kiest hij voor een bankwaarborg, waarbij hij er zich toe verbindt die volledig weder samen te stellen door constante maandelijkse afbetalingen aan de bank waar hij een rekening heeft waarop de inkomsten uit de uitoefening van een beroep of zijn vervangingsinkomsten worden gestort; 3) ofwel sluit het OCMW van de gemeente waar de gehuurde woning is gelegen, op verzoek van de huurder een overeenkomst met de financiële instelling die een bankwaarborg stelt ten gunste van de verhuurder. In het eerste geval bedraagt de huurwaarborg maximaal twee maanden huur, in het tweede en derde geval maximaal drie maanden huur. Wat de tweede mogelijkheid betreft, ziet men het verband met de basis-bankdienst, aangezien het bezit van een zichtrekening een voorwaarde is opdat de bank verplicht zou zijn de waarborg te verstrekken⁴³.

23. In het tweede en het derde geval is de bank verplicht om een bankwaarborg te verstrekken, hetgeen opnieuw een afwijking inhoudt van het principe van de contractvrijheid. In het tweede geval is de afwijking van het beginsel van de contractvrijheid in feite het grootst omdat de financiële instelling niet enkel wordt verplicht om een overeenkomst te sluiten, doch tevens om aan de huurder krediet te verstrekken (het krediet bestaat erin dat bank zich onmiddellijk persoonlijk verbindt tegenover de verhuurder)⁴⁴. Bovendien bepaalt de wet dat de huurder die er toe gehouden is het verleende krediet terug te betalen door maandelijkse afbetalingen, geen debetrente verschuldigd is.

Traditioneel werd aanvaard dat financiële instellingen er nooit toe gehouden kunnen zijn om krediet te verstrekken⁴⁵. De Woninghuurwet wijkt hier nu van af en verplicht financiële instellingen de huurwaarborg te verstrekken zodra de huurder het vraagt, althans indien de huurder op een rekening bij die instelling zijn beroepsinkomsten of vervangingsinkomsten ontvangt⁴⁶. De financiële instelling kan het verstrekken van de waarborg niet weigeren omdat de financiële situatie van de huurder geen verdere kredieten zou aankunnen (de Wet Consumentenkrediet vindt hier logischerwijze dan ook geen toepassing⁴⁷). Indien de financiële instelling het

⁴¹ H. SWENNEN, "De basis-bankdienst en de bescherming van tegoed op rekening", *Bank Fin. R.* 2004, 270.

⁴² N. BERNARD, "La loi du 25 avril 2007 et les nouvelles dispositions en matière de bail à loyer", *JT* 2007, 519.

⁴³ M. DAMBRE, "Over de verplichting van de banken krediet te verlenen aan niet-kredietwaardige huurders", noot, *Bank Fin. R.* 2009, 35.

⁴⁴ A. VAN OEVELEN, "Wijzigingen in het (woning)huurrecht", *RW* 2007-2008, 304.

⁴⁵ Brussel 6 september 1999, *TBH* 2000, 703, noot J.P. BUYLE en M. DELIERNEUX; G. SCHRANS en R. STEENNOT, *Algemeen Deel van het Financieel Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 419.

⁴⁶ E. BEGUIN, "Des modifications en matière de baux: vers une publicisation de la législation", *Rev. Not. B.* 2007, 536. Het leefloon kan daarbij wellicht niet als vervangingsinkomen bestempeld worden: A. VAN OEVELEN, "Wijzigingen in het (woning)huurrecht", *RW* 2007-2008, 304.

⁴⁷ E. BEGUIN, "Des modifications en matière de baux: vers une publicisation de la législation", *Rev. Not. B.* 2007, 536.

bedrag van de huurwaarborg dient te betalen aan de verhuurder vooraleer het gehele bedrag door de maandelijkse afbetalingen is wedersamengesteld, is het de financiële instelling die hiervan het risico draagt⁴⁸.

24. Indien de bank in strijd met de wet weigert om de huurwaarborg te verstrekken, kan de huurder zowel de uitvoering in natura (onder verbeurte van een dwangsom) vragen als de uitvoering bij equivalent (schadevergoeding)⁴⁹. Waar het bij de tweede maatregel moeilijk zal zijn om aan te tonen welke de omvang is van de schade die de huurder precies heeft geleden door de onterechte weigering een huurwaarborg te verstrekken, zal de eerste maatregel de huurder weinig geliefd maken bij zijn instelling⁵⁰. Indien de financiële instelling evenwel de rekeningovereenkomst zou beëindigen, louter en alleen omdat haar cliënt zijn rechten afdwingt die de Woninghuurwet hem bieden, maakt zij zich evenwel schuldig aan rechtsmisbruik.

§ 2. VERBOD OM TE CONTRACTEREN

A. Consumentenkrediet

25. De Wet Consumentenkrediet bevat een aantal bepalingen die een impact hebben op het principe van de contractvrijheid.

1. Beoordeling terugbetalingsmogelijkheden van de kredietnemer

26. Artikel 10 van de Wet Consumentenkrediet verplicht de kredietgever of de kredietbemiddelaar om bij de consument informatie in te winnen omtrent zijn financiële situatie en zijn terugbetalingsmogelijkheden. Tevens dient de kredietgever de Centrale voor Kredieten aan Particulieren te raadplegen. De kredietgever mag slechts een kredietovereenkomst sluiten wanneer hij op grond van deze gegevens redelijkerwijze moet aannemen dat de consument in staat zal zijn om zijn verplichtingen die voortvloeien uit de overeenkomst na te komen (art. 15, lid 2 WCK). Met andere woorden, indien de kredietgever van oordeel is dat de consument redelijkerwijze niet zal kunnen voldoen aan zijn terugbetalingsverplichtingen, dan moet hij weigeren de kredietovereenkomst te sluiten⁵¹. Het volstaat derhalve niet de consument te waarschuwen. De Belgische wet gaat op dit punt verder dan de Europese Richtlijn, in die zin dat de Richtlijn enkel de verplichting bevat om informatie in te winnen omtrent de terugbetalingsmogelijkheden van de consument. Aangezien de Richtlijn steunt op het principe van de volledige harmonisatie, rijst dan de vraag of de Belgische wet op dit punt strijdig is met de Richtlijn. De Richtlijn zelf biedt op dit punt geen uitsluitel, maar ik ben in elk geval van oordeel dat de Belgische wetgever de onthoudingsverplichting, die reeds vervat lag in de wet van 1991, kon behouden. Meer concreet is deze verplichting naar mijn overtuiging niet in strijd met de Richtlijn omdat deze vraag niet geregeld wordt door de Richtlijn en derhalve niet behoort tot het geharmoniseerde gebied.

27. De onthoudingsverplichting, die voortvloeit uit artikel 15, lid 2 WCK vormt een duidelijke afwijking van het principe van de contractvrijheid dat zou inhouden dat de kredietgever in alle vrijheid kan beslissen of hij

⁴⁸ A. VAN OEVELEN, "Wijzigingen in het (woning)huurrecht", *RW* 2007-2008, 304.

⁴⁹ M. DAMBRE, "Over de verplichting van de banken krediet te verlenen aan niet-kredietwaardige huurders", noot, *Bank Fin. R.* 2009, 36.

⁵⁰ A. VAN OEVELEN, "Wijzigingen in het (woning)huurrecht", *RW* 2007-2008, 304.

⁵¹ Vb. Rb. Oudenaarde 4 december 2002, *Jaarboek Kredietrecht 2002*, 104; Rb. Kortrijk 11 september 1998, *Jaarboek Kredietrecht 1998*, 95.

al dan niet krediet verstrekt. Een zuivere toepassing van het beginsel van de contractvrijheid, gesteund op de individuele vrijheid van de partijen, houdt immers in dat de kredietnemer zelf beoordeelt of het krediet opportuun is⁵². Men stelt echter vast dat dit principe van de contractvrijheid ook zonder uitdrukkelijke inperking door de wetgever in bepaalde rechtspraak, met name in rechtspraak aangaande hypothecaire kredieten, aan banden wordt gelegd.

In tegenstelling tot de Wet Consumentenkrediet bevat de Wet Hypothecair Krediet geen verplichting om 1) informatie in te winnen omtrent de financiële situatie van de kredietnemer en 2) diens terugbetalingsmogelijkheden te beoordelen. Nochtans dient volgens bepaalde rechtspraak ook de hypotheekonderneming te weigeren krediet te verlenen indien de financiële situatie van de kredietnemer de terugbetaling van dergelijk krediet duidelijk niet toelaat. Door de rechtbank van koophandel te Brussel werd ter zake geoordeeld dat de informatieverplichtingen uit de Wet Consumentenkrediet naar analogie van toepassing zijn op hypothecaire kredieten⁵³. In de annotatie wordt deze beslissing terecht bekritiseerd. Van een analogische toepassing van de Wet Consumentenkrediet op hypothecaire kredieten, die uitdrukkelijk van de Wet Consumentenkrediet worden uitgesloten, kan geen sprake zijn. Evenwel kan worden geargumenteed dat het bestaan van een informatie-inwinningsverplichting en onthoudingsverplichting in bepaalde gevallen gesteund kan worden op het gemeen recht, meer concreet op de algemene zorgvuldigheidsnorm uit artikel 1382 B.W. In deze context kan worden verwezen naar een uitspraak van het vrederegerecht te Zottegem⁵⁴ waarin werd gesteld dat de bepalingen uit de Wet Consumentenkrediet slechts een toepassing vormen van het gemeen aansprakelijkheidsrecht en dat de vraag naar de aansprakelijkheid van de bankier bij toepassing van de Wet Consumentenkrediet en het gemeen recht *op identieke wijze* moet worden benaderd.

Het zou echter verkeerd zijn te stellen dat artikel 15, lid 2 WCK geen toegevoegde waarde heeft. Vooreerst mag men niet uit het oog verliezen dat de correctie op de contractvrijheid geschiedt op grond van de algemene zorgvuldigheidsnorm, hetgeen impliceert dat de rechter in elk geval afzonderlijk moet nagaan of de kredietgever zich, rekening houdend met de omstandigheden van de zaak, al dan niet heeft gedragen als een redelijk zorgvuldig bankier (*bonus pater familias*). Slechts indien blijkt dat een ander redelijk normaal zorgvuldig kredietgever in die omstandigheden geen krediet verstrekt zou hebben, kan er sprake zijn van een inbreuk op de algemene zorgvuldigheidsnorm. Overigens wordt niet unaniem aanvaard dat uit artikel 1382 B.W. een onthoudingsverplichting kan voortvloeien. Artikel 1382 B.W. zou volgens bepaalde auteurs enkel een grond kunnen zijn voor het ontstaan van informatie- en adviesverplichtingen⁵⁵.

28. Tot slot moet worden benadrukt dat gemeenrechtelijk een schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm maar gesanctioneerd kan worden indien deze schending bij de consument schade heeft veroorzaakt. De Wet Consumentenkrediet voorziet daarentegen in een eigen sanctioneringsmechanisme. Het is artikel 92 WCK dat de sanctie bevat voor het geval waarin ten onrechte krediet wordt verleend. In de praktijk zal de rechter de verplichting van de consument verminderen tot het ontleende bedrag, dit met behoud van

⁵² L. CORNELIS en J. PEETERS, “De bankier als raadgever, vermogensbeheerder en beleggingsadviseur: inhoud en draagwijdte van zijn informatie- en raadgevingsverplichtingen”, in *Actuele Ontwikkelingen in de rechtsverhouding tussen bank en consument*, Antwerpen, Maklu, 216.

⁵³ Kh. Brussel 15 januari 2008, *DCCR* 2008, afl. 80, 90, noot A. VANDOOLAEGHE.

⁵⁴ Vred. Zottegem 25 mei 2000, *Jaarboek Kredietrecht 2000*, 13.

⁵⁵ F. VAN DER HERTEN, “Informatie en adviesverplichtingen”, in *Handboek Consumentenkrediet (ed.)*, Brugge, Die Keure, 2007, 122, die er verder op wijst dat bij toepassing van het gemeen recht de kredietgever zich ook kan exonereren van zijn informatie- en adviesverplichtingen.

termijnen. De toepassing van deze sanctie heeft derhalve tot gevolg dat het bedrag van de mensualiteiten zal worden verminderd. Ik illustreer dit aan de hand van een cijfervoorbeeld:

- Ontleende bedrag: 12.000 euro op 5 jaar met een JKP van 6%
- Mensualiteiten: 60 x 231, 32 euro
- Reeds betaald: 1775, 84 euro (12 mensualiteiten)
- Toepassing sanctie: $12.000 - 1775, 84 = 10224,16 \Rightarrow$ nog 213 euro per maand te betalen gedurende 48 maanden

Uit dit voorbeeld blijkt duidelijk dat de reeds betaalde interesten tijdens het eerste jaar in mindering gebracht mogen worden van het ontleende bedrag, met het oog op de toepassing van deze sanctie.

Bekijkt men de in artikel 92 WCK bepaalde sanctie, dan stelt men vast dat zij in aanzienlijke mate afwijkt van de sanctie die bij toepassing van het gemeen aansprakelijkheidsrecht gehanteerd zou moeten worden. Bij toepassing van het gemeen recht zou de consument moeten aantonen dat de kredietgever een fout heeft gemaakt en dat deze bovendien in causaal verband staat tot de schade die de kredietnemer heeft geleden. Bij toepassing van artikel 92 WCK verdwijnt deze bewijslast. Zodra duidelijk is dat de kredietgever aan zijn informatieverplichting tekort is geschoten, vindt de in artikel 92 WCK bepaalde sanctie toepassing. Het is dus maar wanneer de kredietnemer naast de in artikel 92 WCK voorziene sanctie een bijkomende schadevergoeding wenst te verkrijgen dat het gemeen aansprakelijkheidsrecht opnieuw een rol speelt⁵⁶.

29. De vraag rijst tenslotte of de in artikel 92 WCK bepaalde sanctie ook toepassing kan vinden indien de beslissing van de kredietgever mede gebaseerd is op door de consument verstrekte foutieve informatie. Men kan in feite drie hypothesen onderscheiden : 1) de consument verstrekt verkeerde informatie, doch zelfs indien de op dit punt verstrekte informatie correct ware geweest had de kredietgever op grond van (andere) hem bekende informatie, geen krediet mogen verstrekken; 2) de consument heeft verkeerde informatie, die de kredietgever niet kon verifiëren op haar juistheid verstrekt en deze heeft geleid tot de toekenning van het krediet en 3) de consument heeft verkeerde informatie verstrekt, waarvan de kredietgever mits controle op eenvoudige manier had kunnen vaststellen dat ze verkeerd was en deze informatie heeft geleid tot de verstrekking van het krediet.

In het eerste geval kan de hierboven vermelde sanctie zonder meer toepassing vinden. Er bestaat immers geen causaal verband tussen de verkeerde informatie en de beslissing van de kredietgever⁵⁷. Ook de tweede situatie is duidelijk: de in artikel 92 WCK bepaalde sanctie kan geen toepassing vinden. De derde hypothese is de moeilijkste. In de rechtspraak wordt aanvaard dat de kredietgever een verificatieverplichting heeft met betrekking tot elementen die eenvoudig geverifieerd kunnen worden (beroepsinkomsten, kredieten vermeld in de Centrale voor Kredieten, aan Particulieren)⁵⁸. Met andere woorden, indien de kredietgever deze verificatieverplichting miskent, dan hebben zowel de kredietgever als de consument een fout gemaakt die leidt

⁵⁶ Vred. Sint-Niklaas 28 maart 2001, *DCCR* 2001, 170.

⁵⁷ Vgl. Vred. Kortrijk 28 juni 2005, *Jaarboek Kredietrecht* 2005, 34.

⁵⁸ Vb. Rb. Brugge 31 januari 2003, *T. Vred.* 2003, 224; Vred. Kortrijk 28 juni 2005, *Jaarboek Kredietrecht* 2005, 34; Vred. Gent 6 januari 2005, *RABG* 2005, 345; Vred. Ronse 27 juli 2004, *Jaarboek Kredietrecht* 2004, 18; Vred. Waregem 6 april 2004, *Jaarboek Kredietrecht* 2004, 9. Anders: Vred. Houthalen-Helchteren 14 september 2004, *Jaarboek Kredietrecht* 2004, 29, waarin werd geoordeeld dat de kredietgever zich kan verlaten op de verklaringen die door de consument met betrekking tot het loon worden gedaan.

tot de verstrekking van het krediet. In de praktijk zal de rechter de in artikel 92 WCK bepaalde sanctie dan ook niet zomaar toepassen. De rechter kan bijvoorbeeld de consument zijn verplichtingen slechts gedeeltelijk verminderen (dus niet tot het ontleende bedrag) of bijvoorbeeld de verplichtingen van de consument verminderen zonder behoud van termijnen⁵⁹. Aldus wordt de fout van beide partijen in rekening gebracht, zoals dat ook gebeurt bij de equivalentieeler die toepassing vindt in het gemeen recht.

2. Zoeken naar het best aangepaste krediet

30. Artikel 15, lid 1 WCK bepaalt dat de kredietgever en de kredietbemiddelaar verplicht zijn om voor de kredietovereenkomsten die zij gewoonlijk aanbieden of waarvoor zij gewoonlijk bemiddelen, het krediet te zoeken dat qua soort en bedrag het best aangepast is, rekening houdend met de financiële situatie van de consument op het ogenblik van het sluiten van de kredietovereenkomst en met het doel van het krediet. Deze regel die vroeger vervat lag in artikel 11, lid 2 WCK, houdt niet in dat de kredietgever de consument moet verwijzen naar het bestaan van voor de consument meer voordelige formules bij de concurrentie⁶⁰. Immers, de kredietgever moet enkel zoeken naar het best aangepaste krediet binnen de kredieten die *hij gewoonlijk aanbiedt*. Uit de regel van artikel 15 WCK resulteert daarentegen wel dat de kredietgever die helemaal geen gepast krediet kan aanbieden zich ervan moet onthouden om een kredietovereenkomst te sluiten⁶¹.

De vraag rijst vooreerst of deze bepaling in overeenstemming is met de Richtlijn Consumentenkrediet, rekening houdend met het feit dat de Richtlijn gesteund is op het principe van de volledige harmonisatie. Wat de raadgevingsverplichting betreft bepaalt artikel 5.6 van de Richtlijn dat de lidstaten er moeten voor zorgen 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. De lidstaten kunnen de wijze waarop en de mate waarin dergelijke bijstand wordt verleend, alsmede de identiteit van degene door wie de bijstand wordt verleend, *aanpassen aan de specifieke omstandigheden waarin de overeenkomst wordt aangeboden, de persoon aan wie zij wordt aangeboden, en het soort krediet dat wordt aangeboden*. Uit deze laatste regel blijkt duidelijk dat de Richtlijn geen algemene verplichting voor de consument te zoeken naar het best aangepaste krediet toelaat. De lidstaten mogen dergelijke vergaande bijstandsverplichting slechts opleggen indien de omstandigheden, de persoon van de kredietnemer of het soort krediet dat vereisen. De inperking van de contractvrijheid die resulteert uit artikel 15, lid 1 WCK is naar mijn overtuiging dus niet verenigbaar met de Europese Richtlijn Consumentenkrediet⁶².

31. Vervolgens dient onderzocht of ook deze bepaling een inperking inhoudt van het principe van de contractvrijheid. Deze vraag kan zonder twijfel bevestigend beantwoord worden. Contractvrijheid steunt op individuele vrijheid, hetgeen impliceert dat het aan de consument is om te oordelen welk type kredietovereenkomst hij wenst te sluiten. Vertrekkend vanuit de gelijkheid van de partijen zou het bovendien aan de consument zijn om informatie in te winnen betreffende de voor- en nadelen van de verschillende kredietvormen. Uiteraard is er in de praktijk vaak geen sprake van enige gelijkheid tussen de kredietgever en de

⁵⁹ Rb. Antwerpen 16 januari 2004, *NjW* 2004, 1065.

⁶⁰ P. LETTANY, *Het consumentenkrediet. De wet van 12 juni 1991*, Deurne, Kluwer, 1993, 68.

⁶¹ C. BIQUET-MATHIEU, "Du financement d'un véhicule par l'octroi d'une ouverture de crédit sans obligation d'apurement périodique du capital", *JLMB* 2008, 111.

⁶² Zie ook: E. TERRYEN en J. VANNEROM, "De implicaties van de nieuwe richtlijn consumentenkrediet voor het Belgische recht", in *Recht in Beweging*, Antwerpen, Maklu, 2009, 34.

consument, waardoor het logisch is dat, zelfs bij afwezigheid van een uitdrukkelijke wettelijke bepaling ter zake, een redelijk zorgvuldig kredietgever in vele gevallen actief informatie dient te verstrekken aan de onwetende consument en de consument dient te adviseren omtrent het best aangepaste krediet. In de relatie tussen de kredietnemer en de kredietgever mag de consument er, gelet op de veelal grotere deskundigheid van de kredietgever, er immers op vertrouwen dat de kredietgever spontaan zijn kennis zal delen en advies zal verstrekken omtrent het krediet dat het best is aangepast aan de situatie van de consument⁶³.

B. Kosteloze borg

32. Bij toepassing van artikel 2043*sexies* BW mag er geen borgtocht worden afgesloten waarvan het bedrag kennelijk niet in verhouding is tot de terugbetalingsmogelijkheden van de borg. Met andere woorden, ook in geval van een kosteloze borgtocht moet de financiële instelling de terugbetalingsmogelijkheden van de wederpartij onderzoeken. De financiële instelling moet meer concreet onderzoeken of er geen kennelijke wanverhouding bestaat tussen enerzijds de gewaarborgde schuld en anderzijds het vermogen van de borg. Volgens de wet moet de financiële instelling rekening houden met de roerende en onroerende goederen en inkomsten van de borg (art. 2043*sexies* BW). Het is echter duidelijk dat het netto-vermogen van de borg in aanmerking moet worden genomen, dat er met andere woorden ook rekening moet worden gehouden met de bestaande schulden⁶⁴.

Enkel indien er een kennelijke wanverhouding is, i.e. wanneer er een onevenwicht is dat dermate kennelijk is dat over het bestaan ervan geen redelijke discussie kan rijzen⁶⁵, of nog indien de wanverhouding zonneklaar is⁶⁶, moet de financiële instelling zich onthouden van het sluiten van een borgtochtovereenkomst. Enkel in dat geval wijkt de wet dus af van het gemeenrechtelijk principe van de contractvrijheid. De beoordeling van het al dan niet bestaan van een kennelijke wanverhouding moet geschieden op het tijdstip van de totstandkoming van de borgtocht, niet bij de uitvoering ervan⁶⁷. In het geval waarin de financiële instelling deze verplichting miskent, is de borgtochtovereenkomst (relatief) nietig.

De vraag zou kunnen worden opgeworpen wat deze regeling toevoegt aan deze die vervat ligt in de Wet Consumentenkrediet aangezien ook artikel 10 WCK de verplichting creëert in hoofde van de kredietgever om informatie in te winnen omtrent de terugbetalingsmogelijkheden van de borg. Het onderscheid met de Wet Consumentenkrediet bestaat erin dat de Wet Consumentenkrediet niet *uitdrukkelijk* bepaalt dat de kredietgever moet weigeren een borgtochtovereenkomst te sluiten indien er een kennelijke wanverhouding bestaat tussen de

⁶³ E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, “Kroniek Verbintenissenrecht (1981-1983)”, *RW* 1985-1986, k. 12-13; R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY EN B. DE TEMMERMAN, “Verbintenissen. Overzicht van rechtspraak (1981-1992)”, *TPR* 1994, 283.

⁶⁴ E. DIRIX, “De kosteloze borgtocht”, *RW* 2007-2008, 222; C. ENGELS, “De kosteloze borgtocht”, in *Kroniek Notariaat*, Brugge, Die Keure, 2008, 203.

⁶⁵ E. DIRIX, “De kosteloze borgtocht”, *RW* 2007-2008, 222.

⁶⁶ A. CUYPERS, “De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept”, *Bank Fin. R.* 2007, 172; C. ENGELS, “De kosteloze borgtocht”, in *Kroniek Notariaat*, Brugge, Die Keure, 2008, 203.

⁶⁷ A. CUYPERS, “De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept”, *Bank Fin. R.* 2007, 171; E. DIRIX, “De kosteloze borgtocht”, *RW* 2007-2008, 222; L. DU JARDIN, “Vers un droit commun des garanties personnelles? La loi relative au cautionnement à titre gratuit”, *TBBR* 2008, 212-213.

gewaarborgde schuld en het vermogen van de borg⁶⁸. Artikel 2043*sexies* BW bevat deze verplichting wel uitdrukkelijk en koppelt bovendien een duidelijke sanctie, met name de nietigheid van de borgtochtovereenkomst, aan een schending van deze bepaling.

C. Beleggingsdiensten

33. Zoals reeds werd vermeld, bevat de Wet Financieel Toezicht een hele reeks gedragsregelen die nageleefd moeten worden bij het verrichten van beleggingsdiensten⁶⁹, en in voorkomend geval nevendiensten. In het kader van deze bijdrage, moet melding gemaakt worden van de *know your customer rule*, die de gereglementeerde onderneming enerzijds de verplichting oplegt om voorafgaand aan het verstrekken van bepaalde beleggingsdiensten bij de niet-professionele cliënt bepaalde informatie in te winnen, anderzijds in bepaalde gevallen aan de gereglementeerde onderneming een verbod oplegt om een bepaalde beleggingsdienst aan te bieden.

1. Verschillende categorieën beleggingsdiensten

34. Artikel 27 §4 WFT omvat de verplichting voor gereglementeerde ondernemingen om bij de belegger informatie in te winnen. Een onderscheid wordt gemaakt tussen drie categorieën diensten: 1) vermogensbeheer en beleggingsadvies, 2) execution-only diensten en 3) diensten die zich tussen deze beide categorieën bevinden. Het is nuttig het onderscheid tussen deze verschillende categorieën beleggingsdiensten toe te lichten, aangezien de mate waarin informatie moet worden ingewonnen en de mate waarin wordt afgeweken van het gemeenrechtelijk principe van de contractvrijheid verschillen afhankelijk aan het type beleggingsdienst.

35. Vermogensbeheer is het per cliënt op discretionaire basis beheren van portefeuilles op grond van een door de cliënten gegeven opdracht, voor zover die portefeuilles één of meer financiële instrumenten bevatten (art. 46, 8° Wet van 6 april 1995 inzake het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen). Essentieel bij vermogensbeheer is dat de beheerder in het kader van het beheer de mogelijkheid heeft daden van beschikking te stellen, zonder dat hij daarbij voor die concrete transactie de toestemming nodig heeft van de belegger⁷⁰.

36. Beleggingsadvies wordt gedefinieerd als het doen van gepersonaliseerde aanbevelingen aan een cliënt, hetzij op diens verzoek hetzij op initiatief van de beleggingsonderneming, met betrekking tot één of meer verrichtingen die betrekking hebben op financiële instrumenten (art. 48, 9° Wet van 6 april 1995). Het onderscheid tussen beleggingsadvies en vermogensbeheer is dus duidelijk. In geval van beleggingsadvies wordt

⁶⁸ Hoewel dat natuurlijk wel logisch voortvloeit uit de in artikel 10 WCK bepaalde verplichting om informatie in te winnen omtrent de terugbetalingsmogelijkheden van de borg: C. BIQUET-MATHIEU, "Pluralité des débiteurs, solidarité-sûreté, , sûretés personnelles en matière de crédit à la consommation", *T. Vred.* 2006, 42.

⁶⁹ Kunnen bijvoorbeeld als een beleggingsdienst worden beschouwd: vermogensbeheer, beleggingsadvies en het uitvoeren en / of ontvangen en doorgeven van orders betreffende financiële instrumenten.

⁷⁰ Zie ook: B. FERON, "La gestion de fortune en droit belge", in *Aspects juridiques de la gestion de fortune, Cahiers AEDBF*, Brussel, Bruylant, 1999, 86-87. Vgl. L. CORNELIS en J. PEETERS, "De bankier als raadgever, vermogensbeheerder en beleggingsadviseur: inhoud en draagwijdte van zijn informatie- en adviesverplichtingen", Centrum voor Beroepsvervolmaking in de Rechten (ed.), *Actuele ontwikkelingen in de rechtsverhouding tussen bank en consument*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1994, 194.

enkel advies (persoonlijke aanbeveling) verstrekt met betrekking tot één of meer transacties in financiële instrumenten. De beleggingsadviseur is niet bevoegd om zonder daartoe concreet de opdracht te hebben verkregen de betrokken transactie ook door te voeren.

Opdat sprake kan zijn van beleggingsadvies moet het gaan om een gepersonaliseerde aanbeveling. Het betreft een aanbeveling die wordt voorgesteld als een aanbeveling die geschikt is voor de betrokken persoon, of berust op een afweging van diens persoonlijke omstandigheden en als oogmerk heeft dat 1) een bepaald financieel instrument wordt gekocht, verkocht, geruild, te gelde gemaakt, gehouden, overgenomen of er wordt daarop ingetekend of 2) een aan een bepaald financieel instrument verbonden recht wordt uitgeoefend of juist niet uitgeoefend om een financieel instrument te kopen, te verkopen, te ruilen, te gelde te maken of daarop in te tekenen (art. 46, 10° Wet 6 april 1995). Er is daarentegen geen sprake van een gepersonaliseerde aanbeveling indien de aanbeveling uitsluitend via distributiekanaalen of aan het publiek wordt gedaan. Er is ook geen sprake van beleggingsadvies indien het advies geen betrekking heeft op bepaalde financiële instrumenten (zgn. generiek advies). Opdat de gedragsregelen in geval van beleggingsadvies toepassing vinden, is het irrelevant of het advies wordt verstrekt op vraag van de cliënt of op initiatief van de adviseur en is niet vereist dat het advies wordt geformaliseerd in een overeenkomst. Het is ook niet noodzakelijk dat een vergoeding voor het advies wordt betaald.

37. Execution-only diensten betreffen diensten waarbij de gereguleerde onderneming zich uitsluitend beperkt tot het uitvoeren van orders van cliënten en/of het ontvangen en doorgeven van deze orders⁷¹. Het betreft bijvoorbeeld de hypothese waar een belegger een kredietinstelling binnen stapt en er vraagt om een bepaald aantal effecten te kopen of te verkopen en de onderneming zich beperkt tot het doorgeven of uitvoeren van het order. Het specifieke regime voor execution-only diensten geldt bovendien maar indien aan een aantal voorwaarden cumulatief wordt voldaan (art 27 §6 Wet): 1) de beleggingsdienst moet verband houden met aandelen die tot de handel op een gereguleerde markt of een gelijkwaardige markt in een derde land zijn toegelaten of geldmarktinstrumenten, obligaties of schuldmarktinstrumenten of icb's of andere niet-complexe financiële instrumenten⁷²; 2) de dienst moet worden verricht op initiatief van de cliënt of de potentiële cliënt⁷³; 3) de cliënt moet ervan worden verwittigd dat de gereguleerde onderneming er niet toe gehouden is de passendheid van de dienst te beoordelen en dat hij derhalve niet de bescherming van de gedragsregels bezit (deze waarschuwing mag in een gestandaardiseerde vorm worden gegeven); 4) de gereguleerde onderneming dient de belangenconflictregelgeving te respecteren.

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

⁷¹ V. COLAERT en T. VAN DYCK, "MiFID en de gedragsregels: een nieuw juridisch kader voor beleggingsdiensten", *TBH* 2008, 264. De term "execution-only diensten" wordt in bepaalde rechtsleer ook gebruikt in een andere betekenis, met name wanneer men verwijst naar de hypothese waarin de informatie-inwinningsverplichting geen toepassing vindt. Daartoe is evenwel vereist dat aan een aantal bijkomende voorwaarden is voldaan. Beleggingsdiensten die bestaan uit het louter uitvoeren van orders, maar die niet voldoen aan die bijkomende voorwaarden, worden bij gebruik van deze terminologie dan niet als execution-only diensten beschouwd.

⁷² In artikel 18 MiFID-K.B. wordt bepaald wat onder niet-complexe producten dient te worden verstaan. Afgeleide instrumenten zijn steeds als complex aan te merken.

⁷³ Aan deze voorwaarde is niet voldaan indien de cliënt om een dienst vraagt in antwoord op een *gepersonaliseerde* aan hem gerichte mededeling die een uitnodiging behelst of bedoeld is om het te beïnvloeden: F. TANGE en W. VAN DE WIELE, "MiFID en categorisatie van cliënten", *Bank Fin.* 2007, 417.

beleggers als gepast suggereert⁷⁴) toe wordt gebracht te beleggen in een bepaalde dienst. Ook execution-only diensten die niet beantwoorden aan één van de hierboven opgesomde voorwaarden vallen onder deze categorie.

2. Inhoud van de informatie-inwinningsverplichting

39. Bij het verstrekken van *vermogensbeheer* of het verrichten van *beleggingsadvies* dient de gereglementeerde onderneming van de cliënt of de potentiële cliënt informatie in te winnen betreffende de kennis en ervaring van de potentiële cliënt op beleggingsgebied met betrekking tot het specifieke soort product of dienst, zijn financiële situatie en zijn beleggingsdoelstellingen (art. 27 §4 WFT). De ingewonnen informatie moet de gereglementeerde onderneming toelaten om geschikte beleggingsdiensten of financiële instrumenten te kunnen aanbevelen of om geschikt vermogensbeheer te kunnen verstrekken. Met andere woorden, de onderneming moet onderzoeken of rekening houdend met de financiële situatie, de beleggingservaringen en beleggingsdoelstellingen van de belegger een bepaalde dienst voor hem wel geschikt is. In het bijzonder zal daarbij door de gereglementeerde onderneming moeten worden onderzocht of de belegger de aan de beleggingsdienst verbonden risico's begrijpt (waarbij de beleggingservaring van de cliënt een cruciale rol speelt) en financieel kan dragen (art. 15 §1 MiFID-K.B.).

Deze geschiktheidstest of *suitability-test* impliceert dat de onderneming geen beleggingsdiensten mag aanbevelen en zich in het kader van haar mandaat als vermogensbeheerder moet onthouden van een welbepaalde transactie indien deze niet stroken met het profiel van de belegger. Het is dus de beleggingsonderneming, en niet de belegger, die oordeelt of een transactie in het belang is van de belegger⁷⁵. Een waarschuwing dat een bepaalde transactie niet in het belang is van de cliënt volstaat niet. Ook wanneer de gereglementeerde onderneming de door de wet en het K.B. bepaalde informatie niet ontvangt, mag zij geen diensten van vermogensbeheer of beleggingsadvies aanbieden. Het volstaat dus niet de belegger te waarschuwen dat het niet verstrekken van bepaalde informatie voor hem nadelige gevolgen kan hebben⁷⁶.

De gelijkenis met de regeling inzake consumentenkrediet is treffend, in die zin dat in beide gevallen de uiteindelijke verantwoordelijkheid bij de kredietgever / gereglementeerde onderneming wordt gelegd. Het is de financiële instelling die beslist, niet de cliënt, waarbij de wet in bepaalde gevallen op een absolute wijze verbiedt om een contract te sluiten of verrichting door te voeren. Deze onthoudingsverplichting houdt, zoals reeds vermeld, een duidelijke inperking in van het principe van de contractvrijheid, dat financiële instellingen, onder voorbehoud van een schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm, vrij laat te bepalen of en onder welke voorwaarden zij een overeenkomst sluiten.

40. Worden beleggingsdiensten aangeboden die geen vermogensbeheer of beleggingsadvies uitmaken en die niet ressorteren onder het bijzondere regime van het uitsluitend uitvoeren of doorgeven van orders (execution-only), dan moet de gereglementeerde onderneming bij de cliënt of potentiële cliënt informatie inwinnen over zijn ervaring en kennis op beleggingsgebied met betrekking tot het specifieke soort product of

⁷⁴ W. VANDEVOORDE, "De bescherming van de belegger herbekeken", *Bank Fin. R.* 2007, 383.

⁷⁵ W. VANDEVOORDE, "De bescherming van de belegger herbekeken", *Bank Fin. R.* 2007, 383.

⁷⁶ Wanneer daarentegen onjuiste informatie wordt verstrekt, mag de onderneming zich op de betrokken informatie steunen, tenzij wanneer zij wist of diende te weten dat deze informatie kennelijk verouderd, onnauwkeurig of onvolledig is: V. COLAERT en T. VAN DYCK, "MiFID en de gedragsregels: een nieuw juridisch kader voor beleggingsdiensten", *TBH* 2008, 259; F. TANGE en W. VAN DE WIELE, "MiFID en categorisatie van cliënten", *Bank Fin.* 2007, 415.

dienst die men voornemens is aan te bieden of die wordt verlangd. Op grond van deze informatie moet de onderneming oordelen of het aangeboden product of te verrichten beleggingsdienst passend is voor die cliënt, i.e. of deze cliënt over de nodige ervaring en kennis beschikt om te begrijpen welke risico's verbonden zijn aan het product of de beleggingsdienst die aangeboden of gevraagd wordt (art. 16 MiFID-K.B.). Het betreft de zogenaamde *appropriateness-test*

In tegenstelling tot hetgeen het geval is bij beleggingsadvies en vermogensbeheer mag de onderneming de betrokken beleggingsdienst ook verstrekken indien zij van de potentiële cliënt niet alle gevraagde informatie heeft verkregen. Wel moet de potentiële cliënt daarbij gewaarschuwd worden dat de onderneming, doordat zij niet beschikt over alle informatie, niet kan vaststellen of de aangeboden dienst of het aangeboden product passend is⁷⁷. Een ander onderscheid met vermogensbeheer en beleggingsadvies bestaat erin dat ook wanneer de onderneming oordeelt dat de betrokken beleggingsdienst of het betrokken product niet passend is, de dienst of het product toch kan worden verstrekt of aangeboden. Het volstaat daarbij de cliënt erop te wijzen dat de betrokken beleggingsdienst of het betrokken product voor hem niet passend is. Ook deze waarschuwing mag in gestandaardiseerde vorm worden verstrekt.

Op zich genomen houdt het principe van de contractvrijheid in dat een gereguleerde onderneming geheel zelfstandig kan beslissen de overeenkomst te sluiten, zonder daarbij enige informatie te moeten inwinnen en zonder in het geval van niet-gepastheid een waarschuwing te moeten verstrekken. Men mag echter niet uit het oog verliezen dat ook de contractvrijheid geen absoluut recht is, i.e. een recht dat aan geen enkele beperking onderhevig zou zijn. Meer bepaald kan ook hier op grond van de algemene zorgvuldigheidsverplichting de verplichting ontstaan in hoofde van de professioneel om bepaalde informatie in te winnen en / of te verstrekken, met name wanneer zij als professioneel over een veel grotere kennis en ervaring beschikt dan de wederpartij waarmee zij wordt geconfronteerd⁷⁸.

41. Wanneer gereguleerde ondernemingen beleggingsdiensten verrichten die enkel bestaan in het uitvoeren van orders van cliënten en / of het ontvangen en doorgeven van orders (execution-only diensten), dan dienen zij, voor zover aan een aantal voorwaarden is voldaan (supra nr. 37.)⁷⁹, geen informatie in te winnen, noch over de financiële situatie van de belegger, noch over zijn beleggingservaringen en beleggingsdoelstellingen. Het spreekt voor zich dat er in een dergelijk geval ook geen verplichting bestaat om na te gaan of de betrokken beleggingsdienst passend is voor de belegger. Het principe van de contractvrijheid blijft overeind.

3. Sanctionering

42. De Wet Financieel Toezicht voorziet niet in specifieke civielrechtelijke sancties, zodat de sanctionering in de verhouding tussen de gereguleerde onderneming en de belegger dient te geschieden aan de hand van

⁷⁷ V. COLAERT en T. VAN DYCK, "MiFID en de gedragsregels: een nieuw juridisch kader voor beleggingsdiensten", *TBH* 2008, 260.

⁷⁸ R. KRUIJTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY EN B. DE TEMMERMAN, "Verbintenissen. Overzicht van rechtspraak (1981-1992)", *TPR* 1994, 283.

⁷⁹ Is evenwel aan één van deze voorwaarden niet voldaan (vb. betreft het een complex financieel instrument, zoals een afgeleid product), dan zal toch onderzocht moeten worden of de concreet aangeboden beleggingsdienst of het concrete financiële instrument passend is voor de belegger, dit rekening houdend met de kennis en ervaring van de belegger op beleggingsgebied met betrekking tot het specifieke soort van product of dienst.

het gemeen aansprakelijkheidsrecht⁸⁰. Fout, schade en causaal verband zullen dus moeten worden aangetoond. De aansprakelijkheid is extracontractueel van aard indien de gereguleerde onderneming niet alle vereiste informatie heeft ingewonnen (miskennis precontractuele informatieverplichting), zij is contractueel van aard indien bij de uitvoering van de overeenkomst wordt gehandeld in strijd met de verkregen informatie (vb. betreffende de beleggingsdoelstellingen)⁸¹.

IV. WILSAUTONOMIE

§ 1. VERPLICHTE VERMELDINGEN IN CONTRACTEN

43. Het principe van wilsautonomie houdt in dat de partijen in beginsel vrij zijn de inhoud van de overeenkomst te bepalen. Men stelt echter vast dat in bepaalde gevallen de wetgever aan de sterkere partij de verplichting oplegt om bepaalde vermeldingen in de overeenkomst op te nemen. Aangezien dergelijke verplichting in de regel voorkomt bij overeenkomsten waarbij tevens bepaalde formaliteiten worden opgelegd inzake de totstandkoming van de overeenkomst, i.e. waarbij tevens wordt afgeweken van het principe van het consensualisme, wordt de problematiek van de verplichte vermeldingen besproken in het hoofdstuk betreffende het consensualisme.

§ 2. VERBODEN BEDINGEN

44. Zoals vermeld, houdt de wilsautonomie in dat partijen vrij zijn de inhoud van de overeenkomst te bepalen. Financiële instellingen maken daar in de praktijk gretig gebruik van, met name door in de algemene bankvoorwaarden en bijzondere reglementen betreffende bepaalde producten af te wijken van de suppletiefrechtelijke regelen die voortvloeien uit de toepassing van het gemeen recht. Men stelt daarbij vast dat deze bedingen in de regel in het voordeel van de financiële instelling zijn opgesteld. De mogelijkheid voor financiële instellingen om in hun eigen voordeel te bedingen is het gevolg van het onevenwicht dat bestaat in de onderhandelingspositie tussen enerzijds de financiële instelling en anderzijds de zwakkere partij. Stelt men vast dat financiële instellingen misbruik zouden maken van hun onderhandelingspositie, dan biedt het gemeen recht slechts in beperkte mate de mogelijkheid om daar tegen op te treden. Zo is het bijvoorbeeld niet mogelijk een contractueel beding nietig te verklaren omdat het in strijd is met de goede trouw. De Belgische rechtspraak erkent de derogerende werking van de goede trouw niet. Wat wel kan, is dat een rechter oordeelt dat een op zich geldig contractueel recht op een kennelijk onredelijke wijze wordt uitgeoefend en de uitoefening tot haar normale proporties moet worden herleid (beperkende werking van de goede trouw)⁸².

Om te vermijden dat het bestaande onevenwicht in de onderhandelingspositie ertoe zou leiden dat bedingen worden opgesteld die de zwakkere partij op een overdreven wijze benadelen – hetzij door haar rechten te zeer te

⁸⁰ M. TISON, “The Civil Law Effects of MiFID in a comparative law perspective”, *Financial Law Institute Working Paper Series*, beschikbaar op http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1596782, p. 7-8.

⁸¹ E. WYMEERSCH, “Les règles de conduite relatives aux opérations sur instruments financiers – l’article 36 de la loi du 6 avril 1995”, *Bank Fin.* 1995, 585.

⁸² Cass. 16 januari 1986, *RW* 1987-1988, 1470; Cass. 19 september 1983, *RCJB* 1986, 282, noot J.L. FAGNART, “L’exécution de bonne foi des conventions: un principe en expansion”; Cass. 18 juni 1987, *W.* 1987-1988, 502; Cass. 20 november 1987, *RW* 1987-1988, 1099; Cass. 15 oktober 1987, *RW* 1987-1988, 1506; H. BOCKEN, “De goede trouw bij de uitvoering van verbintenissen”, *RW* 1989-1990, 1045.

beperken of haar verplichtingen te zeer uit te breiden - heeft de wetgever het nodig geacht van het principe van de wilsautonomie, dat overigens uitging van het feit dat de partijen zich bij het sluiten van de overeenkomst op voet van gelijkheid bevinden⁸³, af te wijken door te verbieden bedingen met een bepaalde strekking op te nemen in de overeenkomst. We onderscheiden terzake de algemene verbodsbepalingen uit de Wet Marktpraktijken die gelden voor alle overeenkomsten gesloten tussen een onderneming en een consument en de bijzondere verbodsbepalingen, die vervat liggen in financieelrechtelijke wetgeving waarvan het toepassingsgebied beperkt is tot een bepaalde categorie financiële diensten (vb. consumentenkrediet, beleggingsdiensten).

A. Wet Marktpraktijken

45. De regelen inzake onrechtmatige bedingen die vervat liggen in de Wet Marktpraktijken (artt. 73-75 WMPC) vinden tevens toepassing op contracten gesloten tussen consumenten en financiële instellingen, waarbij de financiële instelling diensten verstrekt. De Wet Marktpraktijken vormt de *lex generalis*, die bij ontstentenis van meer specifieke wetgeving gehanteerd moet worden.

Eén bijzondere vraag die in dit kader rijst en die hier toch aandacht verdient is of de Wet Marktpraktijken toepassing vindt op een borgtochtovereenkomst gesloten tussen een financiële instelling en een consument. Het lijkt geen twijfel dat een financiële instelling als een onderneming beschouwd moet worden, aangezien de financiële instelling een entiteit is die op een duurzame wijze een economische activiteit verricht (art. 2, 1° WMPC). Maar kan een borg als een consument beschouwd worden? Artikel 2, 3° WMPC omschrijft consumenten als natuurlijke personen die voor uitsluitend private doeleinden producten verwerven of gebruiken. Een letterlijke interpretatie van deze definitie houdt in dat de borg niet als een consument kan worden beschouwd, aangezien de borg geen producten verwerft of gebruikt⁸⁴. Nochtans blijkt dat borgen wel degelijk onder het Europees consumentenbegrip, dat niet het vereiste van verwerving of gebruik van producten bevat, ressorteren in de mate waarin de borstelling geschiedt voor een schuld die is aangegaan voor private doeleinden⁸⁵. Een letterlijke interpretatie van het begrip “consument” die leidt tot de uitsluiting van de borg, is dan ook in strijd met het Europees recht.

B. Consumentenkrediet

46. De Wet Consumentenkrediet bevat een aantal specifieke regelen inzake onrechtmatige bedingen. Daarnaast bevat de wet een algemeen verbod om de rechten die de consument aan de wet consumentenkrediet ontleent in te perken of zijn verplichtingen te verzwaren (art. 4 WCK). De impact van een dergelijk algemeen verbod op de wilsautonomie mag niet onderschat worden, aangezien het impliceert dat van geen enkele bepaling uit de Wet Consumentenkrediet ten nadele van de consument contractueel kan worden afgeweken. De vaststelling dat de bepalingen van de Wet Consumentenkrediet dus minstens van dwingend recht zijn, impliceert dat het op het vlak van consumentenkrediet op heel wat punten niet of nauwelijks nog de mogelijkheid bestaat om de rechtspositie van de partijen vrij te regelen.

⁸³ A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in het contracten- en verbintenissenrecht”, in *Algemene Rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 102.

⁸⁴ In die zin: Rb. Brussel 12 november 2003, *JT* 2004, 185.

⁸⁵ H.v.J. 17 maart 1998, *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG*, zaak C-45/96, <http://curia.eu.int>.

47. Wat de specifieke bepalingen inzake onrechtmatige bedingen betreft, beperken ons hier tot een bespreking van de regelen die verband houden met de wanprestatie van de consument, met name tot de problematiek van de uitdrukkelijk ontbindende bedingen en de schadebedingen. Ik streef daarbij geen volledige bespreking na van deze bepalingen, aangezien ik de regelen reeds elders uitgebreid heb becommentarieerd⁸⁶, en beperk er me toe te schetsen in welke mate deze bepalingen afwijken van het principe van de wilsautonomie.

1. Uitdrukkelijk ontbindende bedingen

48. Opdat bij toepassing van artikel 1184 B.W. een overeenkomst kan worden ontbonden, dient de rechter in principe voorafgaandelijk tussen te komen. De rechter zal nagaan of de wanprestatie van de schuldenaar voldoende ernstig is om de ontbinding van de overeenkomst te rechtvaardigen. Een uitdrukkelijk ontbindend beding wijkt af van artikel 1184 B.W. en heeft tot doel een contractuele regeling te treffen omtrent de voorwaarden waaronder de ontbinding kan geschieden. Op grond van het principe van de wilsautonomie kunnen de partijen middels de inlassing van een uitdrukkelijk ontbindend beding vrij overeenkomen, enerzijds welke wanprestatie voldoende ernstig is om de ontbinding te rechtvaardigen, anderzijds dat indien deze wanprestatie zich voordoet, de ontbinding van rechtswege en zonder ingebrekestelling plaatsvindt.

49. Artikel 29 WCK legt nu de mogelijkheid om uitdrukkelijk ontbindende bedingen in de kredietovereenkomst op te nemen aan banden. Meer concreet bepaalt het dat bedingen die voorzien in het verval van de termijnbepaling of in een uitdrukkelijke ontbindende voorwaarde (lees: uitdrukkelijk ontbindend beding) als niet-geschreven moeten worden beschouwd, tenzij in drie gevallen. De belangrijkste hypothese betreft daarbij de mogelijkheid een uitdrukkelijk ontbindend beding op te nemen voor het geval de consument tenminste twee termijnen of een bedrag gelijk aan 20 % van de totale terug te betalen som niet heeft betaald en hij één maand na het ter post afgeven van een aangetekende brief tot ingebrekestelling zijn verplichtingen niet is nagekomen⁸⁷. Die regels moeten door de kredietgever bij de consument in herinnering worden gebracht bij de ingebrekestelling.

50. Deze bepaling perkt de mogelijkheid van de partijen om de ontbinding van de overeenkomst vrij te regelen in vergaande mate in. Enerzijds wordt bepaald welke wanprestatie minstens aanwezig moet zijn opdat een uitdrukkelijk ontbindend beding mogelijk is. Anderzijds kan de ingebrekestelling niet worden wegbedongen. De inperking van de wilsautonomie die uit deze bepaling voortvloeit, kan verantwoord worden, gelet op de dramatische gevolgen van een ontbinding voor de consument. De ontbinding leidt er immers toe dat het verschuldigd saldo ineens eisbaar wordt, een scenario dat zich slechts mag voordoen indien duidelijk is dat de consument niet meer aan zijn contractuele verplichtingen die voortvloeien uit de kredietovereenkomst zal kunnen voldoen.

⁸⁶ Zie: R. STEENNOT, "Consumentenkredietovereenkomsten. Ontbinding ingevolge wanprestatie van de consument", *NjW* 2006, 50-58 en R. STEENNOT, "Beëindigings-, exoneratie- en schadebedingen bij bijzondere overeenkomsten", in *Bijzonder Overeenkomsten. Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2007-2008*, Mechelen, Kluwer, 2008, 558-563 en 576-581.

⁸⁷ Hoewel deze bepaling op zich duidelijk lijkt, creëert de toepassing ervan heel wat problemen. Zie: R. STEENNOT, "Consumentenkredietovereenkomsten. Ontbinding ingevolge wanprestatie van de consument", *NjW* 2006, 50 ev.

2. Vergoedingen bij wanbetaling

51. Wanneer een partij in gebreke blijft haar contractuele verbintenissen uit te voeren, zal zij de schade die hierdoor bij de wederpartij ontstaat, moeten vergoeden. Om te vermijden dat bewezen moet worden welke de werkelijk geleden schade is, zullen partijen vaak in de overeenkomst bepalen welke schadevergoedingen verschuldigd zijn in geval van een bepaalde wanprestatie. De partijen maken aldus gebruik van de wilsautonomie om hun rechtspositie bij wanprestatie te regelen. Afwijkingen op het principe van de wilsautonomie zijn op het vlak van schadevergoedingsregelingen legio. Melding kan hier gemaakt worden van de artikelen 1153 en 1231 BW (die toelaten kennelijk bovenmatige nalatigheidsinteressen en schadebedingen te reduceren), alsook van artikel 74, 17° en 24° WMPC (die toelaten schadevergoedingsregelingen te vernietigen, die niet wederkerig en gelijkwaardig zijn of die duidelijk bovenmatig zijn).

52. De wet consumentenkrediet bevat een bijzondere regeling omtrent de bedragen die in het geval waarin de consument in gebreke blijft van de consument kunnen worden ingevorderd. Er wordt daarbij onder meer een onderscheid gemaakt tussen de hypothese van een ontbinding (of verval van termijnbepaling) en de hypothese van de eenvoudige betalingsachterstand die geen ontbinding rechtvaardigt. De in de wet voorziene regeling is dubbel. Langs de ene kant bevat de wet zogenaamde *per se* verboden (art. 27bis WCK), langs de andere kant biedt ze de rechter bijkomend de mogelijkheid om overdreven of onverantwoorde schadevergoedingsregelingen te matigen (art. 90, lid 2 WCK).

53. Meer concreet bepaalt artikel 27bis WCK dat bij een eenvoudige betalingsachterstand enkel nalatigheidsinteressen en kosten voor aanmaning bij wege van schadevergoeding kunnen worden geëist. Bovendien worden de kosten tot een bepaald bedrag beperkt. De nalatigheidsinteressen worden eveneens beperkt, enerzijds door de bepaling van de maximale debetrentevoet (de laatste toegepaste debetrentevoet verhoogd met coëfficiënt van maximaal 10%), anderzijds door de bepaling van de berekeningsbasis (vervallen en niet betaalde kapitaal). Bij een ontbinding wordt eveneens in een begrenzing voorzien. Bij wege van schadevergoeding kunnen enkel nalatigheidsinteressen en schadebedingen worden geëist. Ook in dit geval worden de nalatigheidsinteressen en de schadebedingen in dubbel opzicht begrensd. Zij mogen een bepaald maximum (voor nalatigheidsinteressen: de laatst toegepaste debetrentevoet verhoogd met coëfficiënt van maximaal 10%; voor schadebedingen: ten hoogste 10 % van de schijf van het verschuldigd blijvende saldo tot 7 500 euro; ten hoogste 5 % van de schijf van het verschuldigd blijvende saldo boven 7 500 euro⁸⁸) niet overschrijden en moeten berekend worden op het verschuldigd blijvend saldo.

Bedingen die voorzien in een hogere vergoeding zijn nietig (art. 28 WCK). Maar zelfs bedingen die de door artikel 27bis WCK bepaalde grenzen niet overschrijden, kunnen door de rechter verder worden ingeperkt. Artikel 90, lid 2 WCK biedt de rechter immers de mogelijkheid om de overeengekomen of toegepaste straffen of schadevergoedingen- en dit zelfs ambtshalve - te verminderen of de consument er zelfs geheel van te ontslaan⁸⁹, wanneer de overeengekomen of toegepaste straffen of schadevergoedingen overdreven of onverantwoord zijn. Bij de beoordeling van het al dan niet overdreven karakter van een schadevergoeding zal de rechter de bedongen vergoeding moeten vergelijken met de de werkelijk geleden schade (aangezien de wet bepaalt welke de

⁸⁸ Rb. Antwerpen 7 september 2004, *Jaarboek Kredietrecht* 2004, 70; Vred. Sint-Niklaas 25 juni 2003, *Jaarboek Kredietrecht* 2003, 117. Vgl. Vred. Luik 17 april 2002, *Jaarboek Kredietrecht* 2002, 183; Vred. Verviers – Herve 19 november 2002, *Jaarboek Handelspraktijken* 2002, 175.

⁸⁹ Rb. Kortrijk 4 juni 2003, *Jaarboek Kredietrecht* 2003, 109; Vred. Izegem 16 juni 2004, *Jaarboek Kredietrecht* 2004, 75.

potentieel voorzienbare schade is)⁹⁰. Bij de beoordeling van het onverantwoord karakter van de bedongen schadevergoeding kan volgens het Hof van Cassatie rekening worden gehouden met externe omstandigheden, daarin begrepen de ongelukkige situatie waarin de consument te goeder trouw zich bevindt⁹¹. Een schadevergoeding kan dus onverantwoord zijn wanneer het, gelet op externe omstandigheden die de consument ongewild in een moeilijke positie hebben gebracht (vb. een niet-voorzienbare financiële tegenslag waaraan de consument geen schuld treft, ziekte, werkloosheid), niet gerechtvaardigd is van de consument een dergelijke vergoeding te vragen⁹².

54. De bepalingen in de Wet Consumentenkrediet wijken duidelijk af van het principe van de wilsautonomie. De afwijking van het beginsel van de wilsautonomie gaat daarbij duidelijk verder dan de regelen die men aantreft in de artikelen 1153 en 1231 van het Burgerlijk Wetboek. Deze regelen laten immers enkel toe dat de rechter kennelijk bovenmatige vergoedingen reduceert. De Wet Consumentenkrediet gaat verder door bepaalde bedingen sowieso te verbieden en de rechter de mogelijkheid te bieden om de consument geheel of gedeeltelijk te ontslaan van zijn verplichting tot schadevergoeding enkel en alleen omdat het gelet op de omstandigheden onverantwoord zou zijn van de consument een dergelijke vergoeding te vragen.

C. Hypothecair krediet

55. Net als de Wet Consumentenkrediet bepaalt de Wet Hypothecair Krediet dat contractuele bedingen die strijdig zijn met de wet (Titel I) en de koninklijke besluiten ter uitvoering ervan genomen nietig zijn (art. 3). Het betreft derhalve een algemeen verbod om de rechten van de consument te beperken of diens verplichtingen te verzwaren. Daarnaast bevat de wet nog enkele specifieke verbodsbepalingen, zoals het verbod voor de kredietgever om zich het recht voor te behouden om de overeenkomst eenzijdig te wijzigen (art. 15). Ook de Wet Hypothecair Krediet houdt aldus een belangrijke inperking in van het principe van de wilsautonomie.

D. Kosteloze borg

56. De bepalingen inzake de kosteloze borgtocht bevatten tevens een aantal afwijkingen op het principe van de wilsautonomie dat zou impliceren dat de schuldeiser en de borg de draagwijdte van de borgstelling volledig vrij kunnen bepalen. Meer concreet bepaalt artikel 2043 *quinquies* BW dat de borgtochtovereenkomst vijf jaar niet mag overschrijden, indien de gewaarborgde overeenkomst van onbepaalde duur is. Met andere woorden, de duur van de borgtocht kan slechts langer zijn dan vijf jaar indien de duur van de gewaarborgde verbintenis

⁹⁰ Zie: Rb. Kortrijk, 14 februari 2003, *Jaarboek Kredietrecht* 2003, 103. Vgl. Vred. Luik 10 november 1998, *T. Vred.* 2000, 159; Vred. Torhout 12 mei 1998, *Jaarboek Kredietrecht* 1998, 61; Vred. Doornik 4 april 2000, *Jaarboek Kredietrecht* 2000, 85; Vred. Doornik 26 februari 2002, *Jaarboek Kredietrecht* 2002, 180; Vred. Gr ace-Hollogne 12 september 2000, *Jaarboek Kredietrecht* 2000, 93.

⁹¹ Cass. 5 maart 2004, *Jaarboek Kredietrecht* 2004, 89, noot M. DAMBRE. Zie verder: Rb. Oudenaarde 1 september 1999, *Jaarboek Kredietrecht* 1999, 127; Rb. Oudenaarde 24 maart 1999, *Jaarboek Kredietrecht* 1999, 96; D. BLOMMAERT en F. NICHELS, "Artikel 90 W.C.K.," in *Artikelsgewijze Commentaar Financieel Recht*, Kluwer, losbl.

⁹² Rb. Kortrijk 4 juni 2003, *Jaarboek Kredietrecht* 2003, 109.

bepaald is op meer dan vijf jaar en deze duur in de overeenkomst wordt vermeld⁹³. Uiteraard zal de borg na het einde van de termijn waarvoor hij zich borg heeft gesteld nog steeds moeten instaan voor de schulden die tijdens de looptijd van de overeenkomst zijn ontstaan⁹⁴.

Daarnaast dient bij toepassing van artikel 2043^{sexies} BW de borgtocht op straffe van nietigheid te worden beperkt tot de som die is vermeld in de overeenkomst, verhoogd met interesten tegen de wettelijke of conventionele rente en zonder dat deze interesten hoger mogen zijn dan 50 % van de hoofdsom (de gewaarborgde interesten worden aldus geplafonneerd). Vooreerst blijkt uit deze bepaling dat de wetgever andere accessoria van de schuld, zoals schadebedingen en kosten heeft willen uitsluiten van de waarborg⁹⁵. Tevens heeft de wetgever met deze bepaling, hoewel dit geenszins duidelijk blijkt uit de bewoordingen van het artikel de borgtocht voor alle sommen willen verbieden⁹⁶.

De beperkingen van de wilsautonomie zijn dus van verschillende aard. Zij betreffen de duur van de borgtocht, het bedrag waartoe de borg kan gehouden zijn en de uitsluiting van de borgtocht van alle sommen.

E. Beleggingsdiensten

57. Artikel 20 §4 van het K.B. van 3 juni 2007 tot bepaling van nadere regels tot omzetting van de Richtlijn betreffende markten voor financiële instrumenten bepaalt dat een gereguleerde onderneming, in het geval van vermogensbeheer, de aansprakelijkheid die bij toepassing van het gemeen recht op haar rust niet mag beperken en dus *a fortiori* niet mag uitsluiten. Deze regel houdt een belangrijke inperking van de wilsautonomie in, omdat zij een absoluut verbod bevat om exoneratiebedingen op te nemen in de overeenkomst. Elke contractuele regeling die de aansprakelijkheid van de vermogensbeheerder inperkt wordt immers verboden. Dit verbod reikt veel verder dan het gemeenrechtelijk verbod zich te exonereren voor zijn eigen opzet, alsook voor datgene wat het voorwerp van de overeenkomst is⁹⁷, en verder dan het verbod uit artikel 74, 13° WMPC dat bedingen verbiedt waarbij de onderneming haar aansprakelijkheid uitsluit voor haar opzet of grove schuld, voor het opzet of de grove schuld van haar aangestelden of lasthebbers en voor één van de voornaamste prestaties van de overeenkomst⁹⁸. De regel inzake vermogensbeheer kan dus beschouwd worden als de meest vergaande inperking van de wilsautonomie op het vlak van afspraken omtrent de aansprakelijkheid voor contractuele tekortkomingen.

⁹³ A. CUYPERS, "De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept", *Bank Fin. R.* 2007, 167; E. DIRIX, "De kosteloze borgtocht", *RW* 2007-2008, 222; L. DU JARDIN, "Vers un droit commun des garanties personnelles? La loi relative au cautionnement à titre gratuit", *TBBR* 2008, 210.

⁹⁴ E. DIRIX, "De kosteloze borgtocht", *RW* 2007-2008, 221.

⁹⁵ A. CUYPERS, "De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept", *Bank Fin. R.* 2007, 167; E. DIRIX, "De kosteloze borgtocht", *RW* 2007-2008, 222; C. ENGELS, "De kosteloze borgtocht", in *Kroniek Notariaat*, Brugge, Die Keure, 2008, 202.

⁹⁶ A. CUYPERS, "De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept", *Bank Fin. R.* 2007, 171; E. DIRIX, "De kosteloze borgtocht", *RW* 2007-2008, 221; C. ENGELS, "De kosteloze borgtocht", in *Kroniek Notariaat*, Brugge, Die Keure, 2008, 202. Anders: P. Coussement, "Is er nog leven voor de kosteloze borgtocht na de wet van 3 juni 2007?", *Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2007-2008*, Mechelen, Kluwer, 2008, 229-230. Zie ook: artikel 34 WCK indien de borgtocht ertoe strekt een consumentenkrediet te waarborgen.

⁹⁷ Cass. 25 september 1959, A.C. 1960, 86; *R.C.J.B.* 1960, 5, noot J. DABIN; Cass. 27 september 1990, *Bank Fin.* 1992, 37, noot J.F. ROMAIN, "La responsabilité du banquier qui exécute un chèque ou un virement comportant une fausse signature".

⁹⁸ Zie hierover bv. R. STEENNOT, "Artikel 32, 11° Wet Handelspraktijken", in *Artikelsgewijze Commentaar Handels- en Economisch Recht*, Mechelen, Kluwer, losbl. en de daar geciteerde rechtsleer.

Uiteraard mag men hieruit niet afleiden dat de vermogensbeheerder steeds aansprakelijk is voor een minwaarde. Op de vermogensbeheerder rust, wat het beheer betreft, slechts een inspanningsverbintenis, hetgeen impliceert dat hij slechts aansprakelijk is indien kan worden bewezen dat hij een (lichte) fout heeft gemaakt, i.e. dat hij zich niet heeft gedragen als een normaal, redelijk zorgvuldig vermogensbeheerder geplaatst in dezelfde omstandigheden⁹⁹.

58. De vraag rijst of het verbod om exoneratiebedingen op te nemen dat in het K.B. enkel wordt geëxpliciteerd voor contracten betreffende vermogensbeheer ook van toepassing is op contracten betreffende andere beleggingsdiensten (vb. beleggingsadvies). Meer concreet, zijn de gedrageregelen in het algemeen niet dermate dwingend dat elk exoneratiebeding waardoor de rechten van de consument worden ingeperkt is verboden? Tison argumenteert dat er weinig of geen ruimte is voor exoneratiebedingen¹⁰⁰. Kruithof is daarentegen van oordeel dat het mogelijk is om de aansprakelijkheid, of beter de verplichting tot het betalen van een schadevergoeding, tot op zekere hoogte te beperken¹⁰¹. Ik heb deze laatste stelling in het verleden ook ingenomen, waarbij ik me liet leiden door het feit dat een uitdrukkelijk verbod exoneratiebedingen op te nemen in de Belgische regelgeving enkel is voorzien in het geval van vermogensbeheer en dergelijk uitdrukkelijk verbod niet noodzakelijk zou zijn indien het in het algemeen sowieso verboden is om exoneratiebedingen op te nemen. Heden ben ik meer geneigd aan te sluiten bij de stelling van Tison, die het Europees recht als uitgangspunt neemt (en niet het Belgische recht, waarin het verbod op exoneratiebedingen bij vermogensbeheer werd overgenomen uit het opgeheven K.B. van 1991). Geargumenteerd wordt dat de gedragsregelen behoren tot de Europese openbare orde, aangezien ze niet enkel de belangen van de beleggers beschermen, doch tevens de goede werking van de markten betreffen, zodat elke afwijking of inperking van aansprakelijkheid onmogelijk is. Bovendien is er een beleidsmatig argument. De gedragsregelen dreigen een maat voor niets te worden indien men aanvaardt dat gereglementeerde ondernemingen de mogelijkheid hebben om hun aansprakelijkheid te beperken indien het niet gaat om vermogensbeheer.

F. Betalingsdiensten

59. De Wet Betalingsdiensten is vooral interessant omdat zij een groot aantal regelen bevat met betrekking tot de aansprakelijkheid van de betalingsdienstaanbieder, dit zowel in het geval van foutieve uitvoering van een betalingstransactie als in het geval van niet-toegestane betalingstransacties. De beperkingen aan de wilsautonomie zijn het gevolg van enerzijds de formulering van regelen aangaande de aansprakelijkheid van de betalingsdienstaanbieder en anderzijds artikel 61 van de wet dat bedingen verbiedt die de rechten van de betalingsdienstgebruiker geheel of gedeeltelijk beperken, alsook bedingen verbiedt die de verplichtingen van de betalingsdienstaanbieder inperken. Eén enkele bepaling zorgt er dus voor dat een groot aantal regelen van dwingend recht wordt. Over deze bepalingen kunnen geen contractuele afspraken meer gemaakt worden, tenminste niet ten nadele van de beschermde partij. Hieruit resulteert een vergaande beperking van de wilsautonomie.

⁹⁹ M. DE LUYCK en T. PAELINCK, "Het K.B. van 5 augustus 1991 betreffende het vermogensbeheer en het beleggingsadvies", *T.R.V.* 1992, 72; S. DEJONGHE, noot onder Kh. Gent 28 november 2000, *Bank Fin. R.* 2001, 191.

¹⁰⁰ M. TISON, "The Civil Law Effects of MiFID in a comparative law perspective", *Financial Law Institute Working Paper Series*, beschikbaar op http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1596782, p. 12-13.

¹⁰¹ M. KRUIHOF, *Belangenconflicten in financiële instellingen*, proefschrift, Gent, 2009, 335. De auteur voegt er wel aan toe dat het niet mogelijk is om zich vrij te stellen van aansprakelijkheid voor het niet-naleven van een loyaliteitsplicht.

60. Omdat ik de inhoud van deze regelen in andere bijdragen in detail heb geschetst, beperk ik me hier tot een schets van de basisregelen inzake aansprakelijkheid¹⁰².

Wat de foutieve uitvoering betreft van door de betaler geïnitieerde betalingstransacties (vb. overschrijving) – een situatie die zich bijvoorbeeld voordoet indien de rekening van een verkeerd persoon wordt gecrediteerd - bepaalt artikel 50 van de Wet Betaaldiensten dat de betalingsdienstaanbieder van de betaler jegens de betaler aansprakelijk is voor de juiste uitvoering van de betaalopdracht. De betalingsdienstaanbieder van de betaler kan evenwel in een aantal gevallen aan aansprakelijkheid ontsnappen, met name door te bewijzen 1) dat de rekening van de betalingsdienstaanbieder van de begunstigde met het bedrag van de opdracht werd gecrediteerd (in welk geval de betalingsdienstaanbieder van de begunstigde jegens deze laatste aansprakelijk is); 2) dat de foutieve uitvoering te wijten is aan overmacht OF 3) dat de foutieve uitvoering te wijten is aan het gebruik van een verkeerde unieke identicator (vb. IBAN en BIC) door de betaler. Indien de betalingsdienstaanbieder aansprakelijk is, moet hij onverwijld het bedrag van de gebrekkig uitgevoerde betalingstransactie terugstorten en in voorkomend geval de betaalrekening herstellen in de situatie zoals die geweest zou zijn mocht de gebrekkig uitgevoerde betalingstransactie niet hebben plaatsgevonden (art. 51). Bovendien hebben de betalingsdienstgebruikers recht op een vergoeding voor de kosten waarvoor de betalingsdienstaanbieders verantwoordelijk zijn en een vergoeding voor de interesten die hen werden aangerekend wegens de niet-uitvoering of gebrekkige uitvoering van de transactie (art. 52). De betalingsdienstgebruiker heeft daarnaast ook recht op aanvullende vergoedingen voor eventueel verdere financiële gevolgen (art. 52, lid 2).

In geval van een niet-toegestane betalingstransactie, i.e. een transactie waartoe de betaler zijn instemming niet heeft verleend, bepaalt artikel 36 van de Wet Betaaldiensten dat de betalingsdienstaanbieder van de betaler, na een prima facie onderzoek met betrekking tot bedrog in hoofde van de betaler, de betaler onmiddellijk het bedrag van de niet-toegestane betalingstransactie moet terug betalen en in voorkomend geval de betaalrekening die met dat bedrag was gedebiteerd moet herstellen in de toestand zoals die geweest zou zijn mocht de niet-toegestane betalingstransactie niet hebben plaatsgevonden, desgevallend vermeerderd met de rente op dat bedrag. In afwijking van artikel 36, voorziet artikel 37 van de Wet Betaaldiensten in een afwijkend regime voor het geval dat fraude te wijten is aan diefstal, verlies of onrechtmatig gebruik van een betaalinstrument (vb. betaalkaart). Een onderscheid wordt gemaakt tussen transacties die plaatsvinden voor kennisgeving en transacties die plaatsvinden na kennisgeving van verlies, diefstal of onrechtmatig gebruik. De betaler kan niet aansprakelijk gesteld worden voor transacties die hebben plaatsgevonden na kennisgeving, tenzij wanneer hij zelf frauduleus heeft gehandeld. De betaler zal daarentegen wel aansprakelijk zijn voor transacties die hebben plaatsgevonden voor kennisgeving, doch de aansprakelijkheid is beperkt tot 150 euro, tenzij wanneer de betaler met opzet of grove nalatigheid de verplichtingen die hem worden opgelegd met betrekking tot het instrument heeft miskend. In die gevallen is zijn aansprakelijkheid onbeperkt. De rechter beoordeelt wanneer sprake is van een grove nalatigheid. In een aantal gevallen kan de betaler, behoudens fraude van de betaler zelf, helemaal niet aansprakelijk gesteld worden. Dit is bijvoorbeeld het geval indien een niet-toegestane betalingstransactie plaatsvindt met een instrument dat niet fysiek wordt gepresenteerd, noch elektronisch wordt geïdentificeerd (vb. wanneer een betaling via Internet geschiedt door het louter overmaken van het nummer, vervaldatum en verificatiecode van de kaart).

Men ziet duidelijk de vergaande inperking van de wilsautonomie waar de aansprakelijkheid van de partijen volledig door de wet wordt bepaald en van de wettelijke regeling niet kan worden afgeweken ten nadele van de zwakkere partij. Overigens, er wordt niet enkel bepaald wie aansprakelijk is voor een transactie met een gestolen

¹⁰² R. STEENNOT, "Nieuwe wettelijke regeling voor girale en elektronische betalingen: wie wint en wie verliest?", *NjW* 2010, 531-536.

betaalinstrument. Uit de wettekst vloeit ook voort dat de rechter contractuele regelingen omtrent de inhoud van het begrip “grove nalatigheid” naast zich neer kan leggen. Een ruime omschrijving van het begrip “grove nalatigheid” komt immers neer op een inperking van de rechten van de consument. Doordat in de verhouding van niet-consumenten niet kan worden afgeweken van artikel 36 van de wet, is de inperking van de wilsautonomie ook in de verhouding tot professionele betalers een feit. Enkel wat de aansprakelijkheid voor foutieve uitvoering betreft, speelt de wilsautonomie nog een belangrijke rol, in die zin dat betalingsdienstaanbieders ten aanzien van niet-consumenten op dit punt van de door de wet bepaalde aansprakelijkheidsregelen mogen afwijken (art. 55).

§ 3. DUUR VAN DE OVEREENKOMST

61. Het principe van de wilsautonomie houdt ook in dat de partijen vrij zijn om de duur van de overeenkomst vrij te bepalen. Ook op dit punt wijkt de reglementering inzake consumentenkrediet af van het principe van de wilsautonomie, enerzijds door voor bepaalde kredietovereenkomsten een maximale duurtijd te voorzien (zie art. 22 §1 WCK), anderzijds door voor kredietopeningen van onbepaalde duur en kredietopeningen met een looptijd van meer dan vijf jaar te voorzien in een nulstellingstermijn, waarbinnen het totaal terug te betalen bedrag betaald moet worden. De Koning kan een maximale nulstellingstermijn bepalen (art. 22 §2 WCK).

V. HET CONSENSUALISME

62. Het principe van het consensualisme houdt in dat overeenkomsten tot stand komen door loutere wilsovereenstemming¹⁰³. Zodra de partijen het eens zijn geworden, ontstaat het contract dat voor de partijen verbindend is (art. 1134 BW). Wanneer partijen ervoor opteren een geschrift op te maken, dan is dit veelal om het bewijs van de betrokken overeenkomst te kunnen leveren (art. 1341 BW).

In het financieel recht bestaan er echter een aantal regelen die een bepaalde vorm voorschrijven opdat de overeenkomst rechtsgeldig ontstaat. Het geschrift wordt niet vereist voor bewijsrechtelijke doeleinden, doch voorgeschreven op straffe van nietigheid van het contract. De loutere wilsovereenstemming volstaat dan niet. Men spreekt ter zake over formele of plechtige overeenkomsten. In heel wat gevallen wordt dan niet enkel een geschrift vereist, maar zal de wet tevens bepalen welke vermeldingen minstens in de overeenkomst moeten worden opgenomen. De vereiste van een bepaalde vorm en de vereiste bepaalde vermeldingen op te nemen gaan aldus hand in hand. Samen genomen gaat het om een afwijking van het principe van het consensualisme en het principe van de wilsautonomie.

§ 1. CONSUMENTENKREDIET

63. Artikel 14 WCK bepaalt dat de kredietovereenkomst wordt gesloten door de ondertekening van de overeenkomst door alle contracterende partijen. Zij dient te worden opgesteld op papier of op een andere duurzame drager. Elke overeenkomstsluitende partij die een onderscheiden belang heeft, alsook de

¹⁰³ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, Brussel, Bruylant, 1934, nr. 117

kredietbemiddelaar dienen een exemplaar van de kredietovereenkomst te krijgen. Tenzij wanneer het gaat om een kredietopening is bovendien geen enkele kredietovereenkomst van bepaalde duur met aflossing van kapitaal voltrokken, zoals er geen aflossingstabel werd overhandigd aan elke partij met een onderscheiden belang. Tenslotte moet de consument zijn handtekening laten voorafgaan door de vermelding “Gelezen en goedgekeurd voor ... euro op krediet” (kredietopening) of “Gelezen en goedgekeurd voor ... euro terug te betalen (andere kredietovereenkomsten). De consument moet ook de datum en het precieze adres van de ondertekening op het contract aanbrengen.

Het voorgaande maakt duidelijk dat loutere wilsovereenstemming niet volstaat opdat een consumentkrediet rechtsgeldig tot stand zou komen (afwijking van het consensualisme). De overeenkomst dient immers schriftelijk of op een duurzame drager te worden gesloten en moet ondertekend worden. De consument moet bepaalde vermeldingen aanbrengen. Het gaat duidelijk over een vormelijk contract. Wat de sanctionering betreft van een schending van deze regelen dient tevens rekening te worden gehouden met artikel 16, lid 1 WCK dat geen enkele betaling mag worden gedaan, noch door de kredietgever aan de consument, noch door de consument aan de kredietgever, zolang de overeenkomst niet is ondertekend. Indien de kredietgever voorafgaand aan de ondertekening van de kredietovereenkomst toch het kredietbedrag ter beschikking stelt van de consument, dan is de consument bij toepassing van artikel 89 WCK vrijgesteld van terugbetaling. Deze sanctie vindt enkel toepassing bij een miskennis van artikel 16, lid 1 WCK en kan niet gehanteerd worden indien artikel 14, lid 2 WCK wordt geschonden. In dergelijk geval moet rekening worden gehouden met artikel 86 dat bepaalt dat de rechter, onverminderd de toepassing van gemeenrechtelijke sancties, de overeenkomst nietig moet verklaren of de verplichtingen van de consument moet verminderen hoogstens tot het ontleende bedrag, dit met behoud van termijnen.

64. Artikel 14 WCK regelt niet enkel de totstandkoming van de overeenkomst, doch tevens de vermeldingen die in de kredietovereenkomst moeten worden opgenomen (art. 14 §2 en 3). Sedert de wijziging van de wet in 2010 maakt artikel 14 daarbij een onderscheid tussen enerzijds geoorloofde debetstanden op een rekening terugbetaalbaar op verzoek van de kredietgever of binnen een termijn van drie maanden (§3) en anderzijds de andere kredietovereenkomsten die onder de toepassing van de wet ressorteren (§2). Het onderscheid bestaat erin dat bij geoorloofde debetstanden op een rekening terugbetaalbaar op verzoek van de kredietgever of binnen een termijn van drie maanden minder vermeldingen in de kredietovereenkomst moeten worden opgenomen.

Vergelijkt men het nieuwe artikel 14 met het oude, dan stelt men vast dat de nieuwe regeling niet langer vereist dat bepaalde vermeldingen worden opgenomen in vette letters, in een ander lettertype en in een afzonderlijk lid. Op die manier wordt een einde gemaakt aan de rechtspraak waarin deze formele vereisten bijzonder strikt werden geïnterpreteerd. Zo kon onder deze rechtspraak het gebruik van kapitelen niet gelijkgesteld worden met het gebruik van vette letters of het gebruik van een ander lettertype, hetgeen dan leidde tot de vermindering van de verplichtingen van de consument tot het ontleende bedrag, dit met behoud van termijnen¹⁰⁴. Ook op het vlak van de sanctionering innoveert de nieuwe wet omdat wat het niet-opnemen van de in artikel 14 §2 WCK bepaalde vermeldingen een onderscheid wordt gemaakt afhankelijk van de weggelaten vermelding. In bepaalde gevallen zal de rechter de overeenkomst nietig moeten verklaren of de verplichtingen van de consument moeten verminderen. In andere gevallen kan de rechter een gelijkaardige maatregel nemen. Deze nieuwe regel moet

¹⁰⁴ Bijvoorbeeld: Rb. Brugge 28 maart 2003, *Jaarboek Kredietrecht 2003*, 42; Vred. Izegem 19 mei 2004, *T. Vred.* 2006, 44, noot F. DE PATOUL; Vred. Sint-Niklaas 6 augustus 2004, *T. Vred.* 2006, 33, noot F. DE PATOUL; Vred. Sint-Niklaas 22 oktober 2003, *Jaarboek Kredietrecht 2003*, 29.

vermijden dat de verplichtingen van de consument worden verminderd tot het ontleende bedrag, bijvoorbeeld louter en alleen omdat de geboorteplaats van de consument niet werd vermeld¹⁰⁵. Het is immers duidelijk dat de afwezigheid van dergelijke vermelding normalerwijze geen schade aan de consument kan veroorzaken.

Op grond van al deze vaststellingen kan men stellen dat de kredietovereenkomst onder de Wet Consumentenkrediet een vormelijk contract is, doch dat met de nieuwe Wet Consumentenkrediet minder formaliteiten dienen te worden gerespecteerd wat de verplichte vermeldingen in de overeenkomst betreft.

§ 2. HYPOTHECAIR KREDIET

65. Net als de Wet Consumentenkrediet, bevat ook de Wet Hypothecair Krediet regelen omtrent de totstandkoming van de kredietovereenkomst. Meer concreet bepaalt artikel 14 WHK dat de kredietgever aan de kandidaat-kredietnemer een schriftelijk aanbod moet overmaken dat alle contractvoorwaarden vermeldt. Dit aanbod dient melding te maken van de geldigheidsduur van het aanbod. Aangezien de Wet Hypothecair krediet niets bepaalt omtrent de lengte van de geldigheidsduur, dient het aanbod gedurende een redelijke termijn open te blijven (vb. veertien dagen). Ten laatste bij het overmaken van het aanbod dient de kredietgever aan de kandidaat-kredietnemer het aflossingsplan van het aangeboden krediet over te maken (art. 14, lid 2 WHK). De kredietovereenkomst komt dan tot stand ingevolge de aanvaarding door de kredietnemer van het door de kredietgever gedane aanbod. Bij de ondertekening van het contract moet aan de kredietnemer een kopie van de vestigingsakte¹⁰⁶ worden overhandigd (art. 15, lid 2 WHK).

Voorafgaand aan het opmaken van het kredietaanbod zal de kredietgever veelal aan de kredietnemer vragen om een kredietaanvraagformulier te ondertekenen. In het kredietaanvraagformulier verbindt de kredietnemer zich in de regel tot de betaling van dossier- en / of schattingkosten¹⁰⁷. Het ondertekende kredietaanvraagformulier kan echter niet beschouwd worden als een aanbod, in de zin van het burgerlijk recht. Het is immers de kredietgever die bij toepassing van artikel 14 WHK aan de kandidaat-kredietnemer een schriftelijk aanbod moet overmaken.

Het moge duidelijk zijn dat ook de Wet Hypothecair Krediet afwijkt van het principe van het consensualisme door te bepalen dat sowieso een geschrift vereist is opdat de overeenkomst rechtsgeldig tot stand kan komen. Ook de hypothecaire kredietovereenkomst is derhalve een vormelijk contract. Indien de kredietovereenkomst geen kredietopening is en de vorm aanneemt van een lening op interest, gaat het zelfs over een zakelijk contract. In dat geval is het niet voldoende dat het kredietaanbod door de kredietnemer wordt ondertekend. Het is opdat de overeenkomst tot stand komt noodzakelijk dat de gelden overhandigd worden aan de kredietnemer¹⁰⁸. Vandaag stelt men vast dat hypothecaire kredietovereenkomsten veelal de vorm van een kredietopening aannemen.

66. Ook bij toepassing van de Wet Hypothecair krediet dienen bepaalde vermeldingen in de kredietovereenkomst te worden opgenomen, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen kredieten met

¹⁰⁵ Vred. Brasschaat 13 juli 2004, *NjW* 2004, 1211, *T. Vred.* 2006, 49, noot R. STEENNOT.

¹⁰⁶ Dit is het geheel van de authentieke en onderhandse akten en elk document dat bepalingen bevat die eenzelfde krediet regelen (art. 4, 5° WHK).

¹⁰⁷ Deze kosten dienen bij toepassing van artikel 47 §3 WHK immers te worden vermeld in een door de kredietnemer ondertekend aanvraagformulier

¹⁰⁸ A. VAN INGELGHEM, "Artikel 14 Wet Hypothecair Krediet", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, losbl.

aflossing van kapitaal, kredieten met reconstitutie van kapitaal en andere kredieten. Wij verwijzen ter zake naar de tekst van de wet¹⁰⁹.

§ 3. KOSTELOZE BORG

67. De borgtochtovereenkomst moet op straffe van nietigheid het voorwerp uitmaken van een geschreven overeenkomst die verschilt van de hoofdovereenkomst (ons inziens moet het gaan om twee onderscheiden materiële dragers)¹¹⁰. De kosteloze borgtocht is aldus een vormelijke overeenkomst die slechts op een rechtsgeldige wijze schriftelijk tot stand kan komen. Is er geen geschreven overeenkomst, dan leidt dit tot de nietigheid van de overeenkomst en niet enkel van het *instrumentum*¹¹¹. Loutere wilsovereenstemming volstaat dus niet, zelfs indien het bestaan daarvan op een andere manier zou kunnen worden bewezen.

68. De borgtochtovereenkomst dient verder bepaalde vermeldingen te bevatten. Vooreerst moet de borgtochtovereenkomst de volgende door de borg met de hand geschreven vermelding bevatten: " door me borg te stellen voor ... voor de som beperkt tot ... (in cijfers) als dekking van de betaling van de hoofdsom en interesten voor een duur van ..., verbind ik me ertoe aan de schuldeiser van ... de verschuldigde sommen terug te betalen op mijn goederen en inkomsten, indien, en in de mate dat, ... er niet zelf aan heeft voldaan " (art. 2043*quinquies* BW). De bedoeling van dit formalisme bestaat erin de borg bewust te maken van de draagwijdte van zijn verbintenissen¹¹².

Ook deze vermelding is voorgeschreven op straffe van nietigheid. Het ontbreken van deze formule, alsook de miskennis van het voorschrift van een eigenhandig geschreven vermelding, leiden derhalve tot de nietigheid van de overeenkomst. Volgens de voorbereidende werken zou het gaan om een absolute nietigheid. Dit lijkt ons uiterst betwistbaar, in die zin dat deze bepaling enkel strekt tot de bescherming van private belangen¹¹³. De loutere vaststelling dat de bepaling slechts van dwingend recht is, hoeft naar onze overtuiging evenwel niet tot gevolg te hebben dat het voor de rechter onmogelijk is de nietigheid ambtshalve op te werpen. Ook in het consumentenrecht wordt immers aanvaard dat de mogelijkheid de nietigheid ambtshalve op te werpen een noodzaak is om de zwakkere partij op een doeltreffende manier te beschermen¹¹⁴.

Tenslotte moet ook de duur van de gewaarborgde verbintenis worden vermeld in de borgtochtovereenkomst. Deze vermelding is niet op straffe van nietigheid voorgeschreven.

§ 4. BELEGGINGSDIENSTEN

¹⁰⁹ Zie: R. STEENNOT m.m.v. S. DEJONGHE, *Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 421-422.

¹¹⁰ A. CUYPERS, "De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept", *Bank Fin. R.* 2007, 166-167.

¹¹¹ A. CUYPERS, "De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept", *Bank Fin. R.* 2007, 168; E. DIRIX, "De kosteloze borgtocht", *RW*, 2007-2008, 220; C. ENGELS, "De kosteloze borgtocht", in *Kroniek Notariaat*, Brugge, Die Keure, 2008, 201.

¹¹² A. CUYPERS, "De kosteloze borgtocht: één belangeloos concept", *Bank Fin. R.* 2007, 168; L. DU JARDIN, "Vers un droit commun des garanties personnelles? La loi relative au cautionnement à titre gratuit", *TBBR* 2008, 210-211.

¹¹³ C. ENGELS, "De kosteloze borgtocht", in *Kroniek Notariaat*, Brugge, Die Keure, 2008, 201.

¹¹⁴ Zie bv.: H.v.J. 21 november 2002, *Cofidis*, zaak nr. C-473/00, *J.C.P.* 2003, Jur. II, 10082, p. 947, noot G. PAISANT; S. STIJNS, "Zijn onrechtmatige bedingen nietig?", in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Brugge, Die Keure, 2001, 932.

69. Bij toepassing van artikel 27 §7 van de wet van 2 augustus 2002 moet een gereglementeerde onderneming die een andere beleggingsdienst dan beleggingsadvies verleent aan een nieuwe niet-professionele cliënt een schriftelijke basisovereenkomst sluiten, op papier of op een duurzame drager. Het vereiste van een geschrift of een duurzame drager impliceert dat ook inzake beleggingsdiensten wordt afgeweken van het consensualisme. Het gaat om een vormelijk contract¹¹⁵. Deze regel inzake de totstandkoming van de overeenkomst geldt echter enkel indien een overeenkomst wordt gesloten met een nieuwe cliënt¹¹⁶ en geldt niet voor beleggingsadvies. Beleggingsadvies is derhalve een overeenkomst die wel nog solo consensu tot stand kan komen. De loutere wilsovereenstemming om een persoonlijke aanbeveling te verstrekken aangaande een transactie met betrekking tot een bepaald financieel instrument, volstaat opdat de overeenkomst inzake beleggingsadvies ontstaat. De vraag rijst dan waarom de wetgever geen geschrift vereist voor de totstandkoming van de overeenkomst van beleggingsadvies. Het antwoord is eenvoudig: de wetgever wil op die manier vermijden dat een gereglementeerde onderneming zou kunnen stellen dat geen beleggingsadvies werd verstrekt aangezien geen geschrift werd opgemaakt. De vraag is of deze doelstelling wordt gerealiseerd. In de praktijk stelt men vast dat in bepaalde gevallen wel degelijk een gepersonaliseerde aanbeveling wordt verstrekt, doch dat het borderel vermeldt dat geen beleggingsadvies werd gegeven. Hoewel dergelijke vermelding in strijd is met de algemene verplichting van artikel 27 §1 Wet Financieel Toezicht om in het belang van de cliënt te handelen¹¹⁷, zal het in de praktijk bijzonder moeilijk zijn om in een dergelijk geval aan te tonen dat in werkelijkheid wel beleggingsadvies werd gegeven.

70. Het valt op dat de regelen inzake beleggingsdiensten niet uitdrukkelijk bepalen welke de sanctie is indien de overeenkomst niet op papier of op een duurzame drager wordt gesloten. Ik ben van oordeel dat het vereiste van een geschrift / duurzame drager is voorgeschreven op straffe van nietigheid. De toepassing van de nietigheidssanctie werd ook aanvaard onder het K.B. van 5 augustus 1991 over het vermogensbeheer en beleggingsadvies, dit weliswaar uitsluitend voor vermogensbeheer¹¹⁸. Het belang van deze vraag mag overigens niet onderschat worden. In geval van nietigheid dienen de partijen hersteld te worden in hun oorspronkelijke situatie. De belegger die erin slaagt de nietigheid van het contract te bekomen, zal dus op die manier het verlies dat resulteert uit de belegging kunnen recupereren¹¹⁹.

71. De overeenkomst moet de belangrijkste rechten en plichten van de onderneming en de cliënt vastleggen. De rechten en plichten van de partijen kunnen worden opgenomen door middel van een verwijzing naar andere documenten of wetteksten. In het K.B. van 3 juni 2007 wordt meer precies omschreven welke gegevens in de overeenkomst moet worden geïncorporeerd. Er gelden daarbij bijzondere voorschriften voor vermogensbeheer.

§ 5. BETALINGSDIENSTEN

72. De Wet Betalingsdiensten bepaalt niet dat de overeenkomst omtrent het terbeschikking stellen van een betaalinstrument schriftelijk moet worden gesloten. Op het eerste zicht kan de overeenkomst dan ook tot stand komen door loutere wilsovereenstemming. De Wet Betalingsdiensten bevat evenwel belangrijke precontractuele informatieverplichtingen, die inhouden dat de betalingsdientaanbieder te gelener tijd voordat de

¹¹⁵ P. WERY, "La gestion de fortune au regard du droit commun du mandat", *Bankcontracten*, Brugge, Die Keure, 2004, 328.

¹¹⁶ Deze bepaling verhindert dus niet dat bestaande cliënten mondelinge beursorders geven.

¹¹⁷ H. LANNON, "Het cliëntenprofiel en de zorgplicht onder MiFID", *Bank Fin.* 2007, 418.

¹¹⁸ S. DEJONGHE, "Reglementair kader van het vermogensbeheer", *Bankcontracten*, Brugge, Die Keure, 2004, 355-356.

¹¹⁹ D. ROGER en M. SALMON, "Réflexions relative à la responsabilité contractuelle des gérants de fortune et des conseils en placements", *JT* 1998, 395-396

betalingdienstgebruiker verbonden is de in de wet bepaalde informatie moet verstrekken *op papier of op een duurzame drager* (art. 13). Indien de betalingsdienstaanbieder deze verplichting, die tevens vervuld kan worden door aan de betalingsdienstgebruiker een ontwerp-raamcontract met de in de wet bepaalde informatie te overhandigen, miskent, dan kan de betalingsdienstgebruiker de overeenkomst kosteloos en onmiddellijk opzeggen door middel van een ter post aangetekend schrijven (art. 63). De vraag is dan of de dreiging van een onmiddellijke opzegging door de consument, volstaat om te argumenteren dat contracten betreffende de terbeschikking stelling van een betaalinstrument vromelijke overeenkomsten zijn geworden. In ieder geval volstaat de loutere wilsovereenstemming niet om een “perfecte” overeenkomst tot stand te brengen.

§ 6. ELEKTRONISCHE CONTRACTEN

73. Recente wetgeving die formailiteiten bevat inzake de rechtsgeldige totstandkoming van de overeenkomst houdt rekening met het feit dat de overeenkomst niet enkel schriftelijk tot stand kan komen, doch tevens op elektronische wijze. We verwijzen ter zake naar de regelen inzake consumentenkrediet en beleggingsdiensten, die bepalen dat de overeenkomst zowel op papier als op een duurzame drager tot stand kan komen. Een duurzame drager 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 (definitie uit art. 2 WMPC). Gedacht kan worden aan een cd-rom, alsook aan een e-mail die op de harde schijf van de computer bewaard kan worden.

74. Indien wetgeving niet uitdrukkelijk bepaalt dat de overeenkomst tevens op een duurzame drager kan worden gesloten, alsook wanneer naast een geschrift of duurzame drager een handtekening wordt vereist of de consument wordt gevraagd bepaalde vermeldingen aan te brengen, dan moet rekening worden gehouden met de wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van diensten van de informatiemaatschappij.

75. Artikel 16 van de Wet Informatiemaatschappij bepaalt dat aan elke wettelijke of reglementaire vormvereiste voor de totstandkoming van contracten langs elektronische weg is voldaan wanneer de functionele kwaliteiten van dit vereiste zijn gevrijwaard (art. 16 §1). Daarbij moet in overweging worden genomen dat aan het vereiste van een geschrift is voldaan door een opeenvolging van verstaanbare tekens die toegankelijk zijn voor een latere raadpleging, welke ook de drager en de transmissiemodaliteiten ervan zijn (art. 16 §2). Aan het vereiste van een handtekening kan worden voldaan door een elektronische handtekening die voldoet aan de voorwaarden van artikel 1322, lid 2 B.W of artikel 4 §4 van de wet van 9 juli 2001 houdende vaststelling van bepaalde regels in verband met het juridisch kader voor elektronische handtekeningen en certificatediensten¹²⁰. Aan het vereiste van een geschreven vermelding van degene die zich verbindt, kan worden voldaan door om het even welk procédé dat waarborgt dat de vermelding effectief uitgaat van deze laatste.

Artikel 17 Wet Informatiemaatschappij somt evenwel een aantal typen van overeenkomsten op waarvoor de regel van de functionele gelijkshakeling niet geldt. Dit betekent dat indien het om een dergelijke overeenkomst gaat en de wet een geschrift of handtekening vereist, een elektronisch document of elektronische handtekening niet aan deze voorwaarde kunnen voldoen. Meer concreet gaat het onder meer om overeenkomsten voor

¹²⁰ Zie over deze bepalingen: D. GOBERT en E. MONTERO, “L’ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique”, *J.T.* 2001, 119-120; M. ANTOINE en D. GOBERT, “La directive européenne sur la signature électronique. Vers la sécurisation des transactions sur l’internet”, *J.T. dr. eur.* 2000, 74-75; M.E. STORME, “De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht - een inkadering van en commentaar bij de nieuwe wetsbepalingen”, *R.W.* 2000-2001, 1520-1521.

persoonlijke en zakelijke zekerheden welke gesteld worden door personen die handelen voor doeleinden buiten hun handels- of beroepsactiviteit.

76. Het voorgaande maakt duidelijk dat een consumentenkredietovereenkomst zonder twijfel op elektronische wijze tot stand kan komen. De vraag rijst of deze conclusie ook geldt voor hypothecaire kredietovereenkomsten en voor de kosteloze borgtocht. Rekening moet daarbij in het bijzonder gehouden worden met de geciteerde uitzondering uit artikel 17 van de Wet Informatiemaatschappij. Deze impliceert dat wat de kosteloze borgtocht betreft, deze niet op een elektronische wijze tot stand kan komen. Wat hypothecaire kredieten betreft, is er evenwel geen probleem omdat de geciteerde uitzondering niet van toepassing is wanneer een kredietnemer een onderhandse kredietovereenkomst sluit. De kredietovereenkomst tot financiering van de aankoop van een onroerend goed leidt op zich immers niet tot de vestiging van een zakelijke zekerheid, met name de hypotheek. Aangezien artikel 16 Wet Informatiemaatschappij niet uitsluitend de sluiting van de overeenkomst op zich betreft, doch tevens betrekking heeft op alle stappen die aan de eigenlijke sluiting van de overeenkomst voorafgaan (zoals bijvoorbeeld de verplichting om een schriftelijk aanbod over te maken)¹²¹, en aangezien de uitzonderingen uit artikel 17 Wet Informatiemaatschappij geen toepassing vinden op de kredietovereenkomst die gewaarborgd zal worden door een hypotheek, kan men concluderen dat artikel 14 WHK zich niet verzet tegen een elektronisch aanbod¹²² en dat de kredietovereenkomst op elektronische wijze, met name middels het gebruik van de techniek van de elektronische handtekening, kan tot stand komen¹²³.

VI. BESLUIT

77. Bepalingen van financieel recht die ertoe strekken de zwakkere partij te beschermen wijken in heel wat gevallen af van de klassieke principes van contractvrijheid, wilsautonomie en consensualisme. De afwijkingen van het principe van de contractvrijheid kunnen er enerzijds in bestaan dat aan de financiële instelling de verplichting wordt opgelegd om een overeenkomst te sluiten, anderzijds dat het haar wordt verboden het contract te sluiten. In beide gevallen is duidelijk waarom een afwijking van de contractvrijheid noodzakelijk is om de consument te beschermen. Bij de creatie van een verplichting tot het sluiten van een contract wil de wetgever ervoor zorgen dat consumenten aanspraak kunnen maken op een bepaalde dienstverlening, die hen bij toepassing van het principe van de contractvrijheid omwille van hun maatschappelijke positie doorgaans zou worden geweigerd. Ook wanneer het de financiële instelling wordt verboden een contract te sluiten, draagt de afwijking van het principe van de contractvrijheid op een efficiënte manier bij tot de bescherming van de zwakkere partij. De verantwoordelijkheid tot het sluiten van contracten die de financiële situatie van de consument en bijgevolge diens leven aanzienlijk kunnen beïnvloeden wordt bij de sterkere en meer ervaren financiële instelling gelegd.

¹²¹ J. DUMORTIER en H. DE KEYSER, "Ruimen van juridische obstakels bij contracten langs elektronische weg", in *Elektronische Handel. Commentaar bij de wetten van 11 maart 2003*, Brugge, Die Keure, 2003, 171. P. VAN EECKE, "De nieuwe wetgeving inzake elektronische handel. Een eerste commentaar", *RW* 2003-2004, 335. Zie ook Memorie van Toelichting, *Parl. St.*, Kamer, Doc. 50, 2100/1, 41.

¹²² Dit werd voor de wet informatiemaatschappij ook reeds aanvaard: M. TISON, "Virtuele financiële dienstverlening (e-banking en e-trading): een transactionele benadering", in *Privaatrecht in de reële en virtuele wereld. Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2000-2001*, Mechelen, Kluwer, 2001, 293 (ogv art. 2281 BW). Zie verder ook: M. CARLY, "Enkele toepassingen van de elektronische handtekening bij financiële transacties: kan een elektronische handtekening gebruikt worden bij de totstandkoming van kredietovereenkomsten en beleggingstransacties?", *T. Fin.R.* 2002, 69.

¹²³ Zie ook: A. VAN INGELGHEM, "Artikel 14 Wet Hypothecair Krediet", in *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Kluwer, losbl., die evenwel niet naar de Wet Informatiemaatschappij verwijst.

78. De afwijkingen van het principe van de wilsautonomie bestaan enerzijds in het verbieden van bepaalde bedingen, anderzijds in de verplichting bepaalde vermeldingen op te nemen. Laatstgenoemde verplichting gaat samen met de vaststelling dat heel wat contracten in de financieelrechtelijke sfeer formele contracten zijn geworden, waarbij een aantal formaliteiten moeten worden gerespecteerd opdat het contract rechtsgeldig tot stand komt. Deze formaliteiten hebben tot doel de zwakkere partij te beschermen, hetzij door hem bewust te maken van de draagwijdte van de verbintenissen die hij aangaat (consumentenkrediet en kosteloze borgtocht), hetzij door hem op deze manier belangrijke informatie te verstrekken (via de verplichting bepaalde vermeldingen in de overeenkomst op te nemen). Wat tot slot de verboden bedingen betreft, valt het op dat inbreuken van de wilsautonomie niet enkel ressorteren uit specifieke regelen inzake onrechtmatige bedingen, doch tevens het gevolg kunnen zijn van één enkele bepaling in de wet, die middels het verbod de rechten van de consument in te perken, de gehele wet tot dwingend recht verheft waarvan door middel van een contractuele regeling niet kan worden afgeweken.