

Financial Law Institute

Working Paper Series

WP 2001-08

June 2001

*De Richtlijn Elektronische Handel
en financiële diensten:
een brug te ver ?*

Michel TISON

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

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

*For more information and a full list of available working papers, please consult the **homepage** of the Financial Law Institute at:*

<http://www.law.rug.ac.be/fli>

*De Richtlijn Elektronische Handel
en financiële diensten:
een brug te ver ?*

Michel TISON

Abstract

The adoption of the EU directive on Electronic Commerce has provoked a lot of questions and interrogations about its application in the financial sector.

The object of the present paper is to provide a general overview of the possible consequences of applying the horizontal e-commerce directive to the different areas of financial services legislation, with specific attention to issues of Belgian law. After a general description of the main features of the e-commerce directive and its place amongst the arsenal of harmonization measures at EU level, a few critical remarks are made about the interaction between the general e-commerce directive and the specific directives in the fields of banking, investment services, and collective investment undertakings.

The author concludes that the uncertainties raised by several basic questions relating to the interpretation of the e-commerce directive and its implications in the area of financial services are not akin to promote the climate of legal certainty which was the basic intention of the drafters of the e-commerce directive..

Comments to the Author:

michel.tison@rug.ac.be

To be published in:

***Liber Amicorum Prof. Dr. Y. Merchiers, Die Keure,
2001.***

© Financial Law Institute, Universiteit Gent, 2001

De Richtlijn Elektronische Handel en financiële diensten: een brug te ver ?

Michel TISON
Docent, Instituut Financieel Recht, Universiteit Gent

INLEIDING	1
I. HOOFDLIJNEN VAN DE RICHTLIJN ELEKTRONISCHE HANDEL	2
A. TOEPASSINGSGEBIED	2
1. Toepassingsgebied <i>ratione operationis</i> : horizontale richtlijn.....	2
2. Toepassingsgebied <i>ratione personae</i>	3
3. Toepassingsgebied <i>ratione materiae</i>	4
B. MINIMALISTISCHE HARMONISATIE.....	5
C. WEDERZIJDSE ERKENNING: DE INTERNEMARKTCLAUSULE	5
1. Principe	5
2. Eerste uitzondering: Algemene onttrekking aan het 'gecoördineerde gebied' (art. 3.4 Richtlijn Elektronische Handel).....	6
3. Tweede uitzondering: afwijking op de wederzijdse erkenning mits notificatie (art. 3.4-3.6).....	7
II. KNELPUNTEN BIJ DE TOEPASSING VAN DE RICHTLIJN ELEKTRONISCHE HANDEL IN DE FINANCIËLE SECTOR	9
A. VERHOUDING TUSSEN DE RICHTLIJN ELEKTRONISCHE HANDEL EN DE BESTAANDE SECTORALE RICHTLIJNEN INZAKE FINANCIËLE DIENSTVERLENING	10
B. NATIONALE FINANCIËLE REGULERING EN DE BEPERKTE UITZONDERINGSGRONDEN OP HET HERKOMSTLANDBEGINSEL.....	13
C. NATIONALE FINANCIËLE REGULERING EN DE SAMENWERKINGS- EN NOTIFICATIEPROCEDURE VAN ARTIKEL 3.4.....	14
D. DISCREPANTIES TUSSEN DE JURIDISCHE OMKADERING VAN 'KLASSIEKE' EN ELEKTRONISCHE HANDEL.....	17
E. DISCREPANTIES TUSSEN ELEKTRONISCHE HANDEL DOOR GEREGULEERDE EN ONGEREGULEERDE FINANCIËLE DIENSTVERLENERS	18
F. DISCREPANTIES TUSSEN INTRACOMMUNAUTAIRE ELEKTRONISCHE HANDEL EN ELEKTRONISCHE HANDEL AFKOMSTIG UIT DERDE LANDEN	19
CONCLUSIES	20

Inleiding

1. Het is beslist een *understatement* om te beweren dat de ontwikkeling van het Internet in de voorbije jaren de mogelijkheden voor communicatie en informatievergaring van de burger gevoelig heeft verhoogd. De voordelen geboden door het *world wide web* als communicatieplatform in termen van snelheid en interactiviteit hebben snel uitgewezen dat het Internet een belangrijk kanaal kon worden voor de ontwikkeling van handelstransacties, of het nu is voor het aanbod van nieuwe elektronische producten die via het Internet bij de klant worden aangeleverd (video on demand, MP3-muziekbestanden, ...), dan wel als alternatief of additioneel kanaal voor de distributie van goederen of diensten.

In juridisch opzicht geeft het gebruik van Internet als medium voor de totstandkoming van handelstransacties aanleiding tot veelvuldige nieuwe vragen, die in essentie verband houden met de eigenheid van het gebruikte medium: de afwezigheid van fysieke wilsovereenstemming tussen partijen, de vraag naar de lokalisatie van partijen en van rechtshandelingen, de eliminatie van het geschrift en van de handgeschreven handtekening dwingen de jurist om bepaalde klassieke rechtsbeginselen in een nieuwe context te situeren

of om nieuwe concepten in het leven te roepen (bijv. de elektronische handtekening). Aangezien het Internet zich in technologisch opzicht bij uitstek leent tot een doorgedreven internationalisering van handelsbetrekkingen tegen een verwaarloosbare marginale kost, zal de juridische omkadering van rechtsbetrekkingen die via Internet tot stand komen frekwent rekening moeten houden met vragen van internationaal privaatrecht.

2. Het is niet verwonderlijk dat op het niveau van de Europese Unie diverse initiatieven werden ontplooid ter stimulering van de elektronische handel. Enerzijds is de elektronische handel van aard om een gevoelige impact te hebben op de toename van de intra-communautaire grensoverschrijdende goederen- en dienstenstromen, onder meer ook op het niveau van de kleinhandel (*retail*-niveau). Anderzijds beseften de Europese instanties dat de meeste Europese lidstaten sterk achterop hinkten ten opzichte van de Verenigde Staten in termen van elektronisch handelsvolume. De uitbouw van een rechtskader dat de nodige rechtszekerheid zou bieden voor aanbieders en afdoende bescherming voor de afnemers in een elektronische omgeving werd daarom als een absolute beleidsprioriteit beschouwd. De – naar Europese maatstaven – bijzonder snelle¹ goedkeuring van de Richtlijn Elektronische Handel² op 8 juni 2000 vormt hiervan voorlopig het centrale instrument.

3. Onderhavige bijdrage wil enkele elementen bieden in de analyse naar de invloed van de Richtlijn Elektronische Handel op de sector van financiële dienstverlening in de Europese lidstaten. Het valt immers aan te nemen dat deze sector bijzonder geschikt is voor de ontwikkeling van elektronische dienstverlening, gezien inzonderheid de verregaande standaardisering van de dienstverlening en de sterke kostenbesparingen die het gebruik van Internet kan teweegbrengen. Anderzijds kent de financiële sector traditioneel een hoge reguleringsdensiteit in de meeste lidstaten, onder meer om motieven van consumenten- en beleggersbescherming. Centraal in deze bijdrage komt bijgevolg de vraag welke reguleringsautonomie de lidstaten behouden na de inwerkingtreding van de Richtlijn ten aanzien van aanbieders van financiële diensten die onder de Richtlijn ressorteren. Hierbij zal voornamelijk worden onderzocht of de gehanteerde reguleringsmethode van aard is om de doelstellingen van rechtszekerheid en adequate bescherming van de belangen van de consument te bereiken.

I. Hoofdpijnen van de Richtlijn Elektronische Handel

A. Toepassingsgebied

1. Toepassingsgebied *ratione operationis*: horizontale richtlijn

4. De Richtlijn Elektronische Handel strekt er in essentie toe om een algemeen rechtskader te bieden teneinde de grensoverschrijdende elektronische handel mogelijk te maken zonder onnodige belemmeringen op het vrij verkeer van goederen en diensten

¹ Immers, de volledige goedkeuringsprocedure, startend bij het initiële voorstel van de Commissie, tot de uiteindelijke goedkeuring door het Europees Parlement in tweede lezing, nam nauwelijks zestien maanden in beslag.

² Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (“richtlijn inzake elektronische handel”), *Pb.*, L 178, 17 juli 2000, p. 1.

enerzijds, en met een voldoende graad van rechtszekerheid voor de verschillende actoren bij de transacties. Het betreft een horizontale richtlijn, die alle sectoren van economische bedrijvigheid omvat, zowel in het goederen- als dienstenverkeer, met inbegrip van de financiële dienstverlening. Enkele lidstaten, waaronder België, hadden weliswaar bij de onderhandelingen over de ontwerp-richtlijn gepleit voor het uitsluiten van financiële dienstverlening uit haar toepassingsgebied, maar botste hierbij op sterke tegenkanting vanwege zowel de Europese Commissie als het merendeel van de lidstaten.³

5. De verrichtingen die binnen deze horizontale richtlijn vallen, worden gegroepeerd rond de – enigszins misleidende – term ‘diensten van de informatiemaatschappij’. Deze notie moet niet begrepen worden in de zin van de (specifieke) dienstverlening die verband houdt met de exploitatie van informatie-infrastructuur, maar krijgt in het communautaire jargon een veel ruimere begripsinhoud, die reeds in de Europese richtlijn 98/48/EG betreffende de notificatie van technische standaarden was uitgewerkt. Met name omvatten de ‘diensten van de informatiemaatschappij’ alle verrichtingen waarbij tegen vergoeding op afstand, en met behulp van elektronische apparatuur voor de verwerking en opslag van gegevens, op individueel verzoek van een afnemer tot stand komen. De preambule bij de richtlijn bevestigt deze ruime begripsinhoud⁴, en wijst er met name op dat onder deze notie ook de on-lineverkoop van goederen valt, evenals diensten waarvoor de afnemers niet betalen voor zover zij een economische activiteit vormen (bijv. aanbod van on-line informatie of commerciële communicatie). Inzake financiële dienstverlening zal bijgevolg de beleggingsite die financiële informatie over bepaalde genoteerde bedrijven gratis aanbiedt, als ‘dienst van de informatiemaatschappij’ kwalificeren.

Een wezenlijk kenmerk van een ‘dienst van de informatiemaatschappij’ is dat ze op individueel verzoek van de afnemer wordt verstrekt. De richtlijn verduidelijkt niet nader wat hieronder moet worden begrepen. Deze voorwaarde kan echter niet gereduceerd worden tot de situatie waarbij enkel transacties waarvoor het eerste initiatief uitgaat van de afnemer, door de richtlijn zijn gevisieerd. Veeleer moet de klemtoon gelegd worden op het *individuele* karakter van het verzoek uitgaand van de afnemer. In de transactieketen moet de toekomstige afnemer met andere woorden op een gegeven ogenblik op individuele wijze contact hebben gezocht met de aanbieder, bijvoorbeeld door het bezoeken van de website van de aanbieder waar transacties kunnen worden gesloten, of het zenden van een elektronisch bericht naar de aanbieder om meer informatie of een aanbod te ontvangen. De voorwaarde van een ‘individueel verzoek’ vanwege de afnemer belet dus niet dat de aanbieder initieel via gerichte commerciële communicatie of een website zijn goederen of diensten aanprijst.

2. Toepassingsgebied *ratione personae*

6. De Richtlijn Elektronische Handel beoogt in essentie enkel de intra-communautaire handelsstromen te reguleren, door nader aan te geven welke regelen in een transnationale context moeten en kunnen worden opgelegd aan de dienstverlener. Bijgevolg viseert de richtlijn enkel de in een EU-lidstaat gevestigde dienstverleners, te weten iedere natuurlijke of rechtspersoon die een dienst van de informatiemaatschappij levert vanuit een duurzame vestiging binnen de Gemeenschap doorheen welke voor onbepaalde tijd daadwerkelijk een economische activiteit wordt uitgeoefend.⁵ Niet-communautaire ondernemingen die diensten via elektronische weg aan potentiële afnemers binnen de Gemeenschap aanbieden, kunnen vrij door elke lidstaat aan beperkende regelen inzake markttoegang worden onderworpen. Nu deze ondernemingen evenmin uit het EG-Verdrag enig recht op vrije

³ DRIJBER, B.J., “De Richtlijn elektronische handel op de snijtafel”, *S.E.W.*, 2001, p. 126.

⁴ Zie met name de bijzonder gedetailleerde voorbeelden

⁵ Zie de definitie van ‘dienstverlener’ en ‘gevestigde dienstverlener’ in art. 2, sub b) en c) Richtlijn Elektronische Handel.

dienstverlening putten⁶, kan de richtlijn als instrument dienen van marktafsluiting ten opzichte van derde landen, onder voorbehoud weliswaar van de toepassing van internationale normen binnen de WTO.

3. Toepassingsgebied *ratione materiae*

7. De Richtlijn Elektronische Handel heeft niet de ambitie om alle juridische aspecten van de grensoverschrijdende elektronische handel te reguleren, maar enkel om een aantal aspecten ervan nader te bepalen. Essentieel hierbij is de omschrijving van het zogeheten 'gecoördineerd gebied'. Dit omvat, luidens de richtlijn, 'de in de nationale rechtsstelsels vastgelegde vereisten voor dienstverleners van de informatiemaatschappij en diensten van de informatiemaatschappij, ongeacht of die vereisten van algemene aard zijn dan wel specifiek daarop zijn toegesneden.'. De richtlijn somt voorts op welke normen hieronder meer bepaald kunnen vallen, en maakt terzake een onderscheid tussen regelen inzake *toegang* tot een activiteit en de *uitoefening* ervan. Deze opsomming toont de bijzonder ruime reikwijdte van het 'gecoördineerd gebied' aan. Onder de noemer 'toegang' tot de activiteit vallen met name alle normen die het starten van een activiteit regelen, zoals vereisten inzake kwalificatie, vergunning en aanmelding. In essentie zal elke regulering die de toegang tot de markt betreft, ongeacht of ze specifiek is (bijv. vergunning vanwege administratieve overheid, prudentiële voorwaarden verbonden aan het verkrijgen van een bedrijfsvergunning,...) of van algemene aard is (minimum-kapitaal voor vennootschappen, inschrijving in handelsregister, vestigingsattest, ...) hieronder ressorteren. Inzake de *uitoefening* van de activiteit omvat het gecooördineerd gebied in essentie drie categorieën normen: ten eerste, alle – algemene of specifieke – regelen inzake het *marktgedrag* van de aanbieder van de diensten of goederen (bijv. regelen inzake eerlijke handelspraktijken, reclame, ...); voorts, de – algemene en specifieke – *productregulering*, die de (contractuele) inhoud en kwaliteit van de diensten betreffen; tot slot de – algemene en specifieke – normen inzake aansprakelijkheid van de dienstverlener.⁷

8. De richtlijn specificeert tot slot dat bepaalde elementen inzake de uitvoering van de onderliggende transactie die via elektronische weg tot stand komt, buiten het gecooördineerde gebied vallen, met name de vereisten inzake de goederen als zodanig die het voorwerp van de elektronische transactie vormen, evenals inzake de levering van die goederen. Evenmin omvat het gecooördineerd gebied de vereisten inzake diensten die niet langs elektronische weg verleend worden. Laatstgenoemde uitsluiting doelt op de situatie waarbij de dienst via elektronische weg tot stand komt, maar de *uitvoering* ervan geen gebruik maakt van elektronische communicatie- en transmissiemiddelen. De normering van de *uitvoering* van een langs elektronische weg totstandgekomen dienst zal bijgevolg slechts onder het gecooördineerde gebied vallen wanneer de dienstverlening zelf langs elektronische weg wordt verzorgd. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn bij on line financiële diensten waarbij opdrachten of verrichtingen aan de financiële instellingen langs elektronische weg worden doorgegeven. In sommige gevallen kan dit evenwel aanleiding geven tot netelige interpretatiekwesaties. Zo bijvoorbeeld de hypothese waarbij een krediet wordt verleend, met terbeschikkingstelling van de fondsen door storting op de rekening van de kredietnemer. Is de omstandigheid dat de afhandeling van de girale overdracht van fondsen door

⁶ Immers, behoudens specifieke harmoniseringsmaatregelen, kunnen enkel ingezetenen van de Europese Unie zich op het recht op vrije dienstverlening beroepen.

⁷ Anders: DE BROUWER, F., MARTY, C., "La communication de la commission européenne en matière de commerce électronique et de services financiers. Vers un véritable marché intérieur des services financiers ?", *Banque & Droit*, 2001, n° 76, p. 9 en 10, die de productregulering klaarblijkelijk ten onrechte buiten het gecooördineerde gebied houden: "la clause du marché intérieur ne couvre que les domaines qui se situent en amont du contrat".

overschrijving van rekening naar rekening op elektronische wijze plaatsvindt voldoende om te besluiten dat alle regelen betreffende de *uitvoering* van de kredietovereenkomst binnen het gecoördineerde gebied van de Richtlijn Elektronische Handel vallen? Omgekeerd zou de omstandigheid dat de fondsen in gereed geld of door middel van een cheque ter beschikking van de kredietnemer worden gehouden ertoe leiden dat de uitvoering van de kredietovereenkomst in zijn geheel buiten het gecoördineerd gebied van de richtlijn valt. De vraag rijst of het geringe verschil tussen beide situaties een dermate gedifferentieerde juridische omkadering steeds zal verantwoorden.

B. Minimalistische harmonisatie

9. In het scala van reguleringstechnieken die tot op heden op Europees niveau werden uitgewerkt met het oog op de realisatie van de doelstellingen van marktintegratie, vormt de Richtlijn Elektronische Handel een nieuwe etappe: zoals reeds gangbaar was sedert de lancering van de 'nieuwe benadering' inzake marktintegratie dat door de Europese Commissie in diens Witboek over de Interne Markt (1985) naar voor werd geschoven, steunt de richtlijn op verplichte wederzijdse erkenning van de normen en het toezicht door het herkomstland (zie verder). In tegenstelling tot de 'nieuwe benadering' steunt deze wederzijdse erkenning echter niet op een voorafgaande harmonisatie van beschermingsstandaarden die 'noodzakelijk maar voldoende' worden geacht om een voldoende vertrouwensklimaat tussen lidstaten in elkanders regulering te creëren. De Richtlijn Elektronische Handel is daarentegen gekenmerkt door de nagenoeg totale afwezigheid van enige inhoudelijke harmonisatie van wetgevingen. De enige vorm van substantiële harmonisatie ligt vervat in artikel 5, dat de lidstaten verplicht om de onder hun rechtsbevoegdheid vallende dienstverleners een aantal algemene informatieverplichtingen op te leggen, die een eenvoudige identificatie van de dienstverlener door de afnemers moet mogelijk maken. Voorts moeten de lidstaten er zorg voor dragen dat commerciële communicatie uitgaand van of voor rekening van een dienstverlener van de informatiemaatschappij als dusdanig herkenbaar is (artt. 6 en 7). Deze benadering illustreert de principiële sterke aanbiedersgerichte invalshoek van de richtlijn: de richtlijn beoogt in eerste instantie de ontwikkeling van het aanbod inzake elektronische handel te stimuleren door een juridisch kader te creëren waarin aanbieders zoveel mogelijk onder vigeur van de regelen van hun herkomstland werkzaam kunnen zijn.⁸ De uitzonderingen op het principe van wederzijdse erkenning verzachten deze regel evenwel tot op zekere hoogte (zie verder).

C. Wederzijdse erkenning: de internemarktclausule

1. Principe

10. Centraal in de richtlijn is het principe van wederzijdse erkenning van regulering, waardoor de aanbieders van 'diensten van de informatiemaatschappij' in principe transnationaal werkzaam kunnen zijn door de enkele naleving van de regulering van hun herkomstland binnen het gecoördineerde gebied. De Richtlijn Elektronische Handel formuleert dit beginsel vanuit de dubbele invalshoek van zowel het herkomst- als het ontvangstland: aan de ene kant moet elke lidstaat ervoor zorgen dat de dienstverleners die op hun grondgebied zijn gevestigd voldoen aan alle regelen binnen het gecoördineerde gebied die in hun land voor de betrokken diensten gelden (art. 3.1). Deze verplichting

⁸ Zie eveneens DRIJBER, B.J., *l.c.*, *supra* noot 3, p. 125.

impliceert echter niet dat een algemeen administratief toezichtsregime op de dienstverleners van de informatiemaatschappij moet worden ingesteld.⁹ De keerzijde van het herkomstlandbeginsel is de principiële onmogelijkheid voor het ontvangstland van de dienst om, binnen het gecoördineerde gebied, zijn eigen regulering toe te passen op de buitenlandse dienstverlener, wanneer hieruit een belemmering op de vrije dienstverlening voortvloeit (art. 3.2). Conform de jurisprudentie van het hof van Justitie inzake de Verdragsvrijheden kan de loutere dispariteit van wetgevingen tussen de lidstaten zulke belemmering vormen wanneer ze de uitoefening van de vrijheid onmogelijk, moeilijker of minder aantrekkelijk maakt.

De hiervoor vermelde beginselen inzake wederzijdse erkenning zijn analoog aan de principes die de liberaliseringsrichtlijnen inzake kredietinstellingen en beleggingsondernemingen onderbouwen op het gebied van de wederzijdse erkenning van vergunningen en prudentieel toezicht: de dienstverleners zijn *verplicht* om zich te conformeren aan de regulering van het herkomstland, maar putten hieruit de mogelijkheid om in de andere lidstaten werkzaam te zijn zonder zich naar de plaatselijke regulering van het ontvangstland te moeten schikken binnen de gebieden waarvoor de wederzijdse erkenning geldt.

11. In tegenstelling tot de vermelde sectorale richtlijnen, die het principe van wederzijdse erkenning op absolute wijze vooropstellen, kent de Richtlijn Elektronische Handel een aantal verzachtingen op het principe, die tot doel hebben om met name een balans te vormen tussen bevordering van het vrij verkeer bij elektronische handel en legitieme motieven van essentieel consumentenbelangen anderzijds. De tekst van de richtlijn verraadt evenwel duidelijk de sporen van politieke compromisvorming op dit punt, en leidt hierdoor tot bijzondere interpretatie- en toepassingsmoeilijkheden (zie verder). De uitzonderingen op het principe zijn tweërlei: naast een algemene uitsluiting van bepaalde materies uit het gecoördineerde gebied geldt de mogelijkheid om de wederzijdse erkenning in specifieke gevallen te doorbreken.

2. Eerste uitzondering: Algemene onttrekking aan het ‘gecoördineerde gebied’ (art. 3.4 Richtlijn Elektronische Handel)

12. Naar luid van artikel 3.4 van de Richtlijn Elektronische Handel geldt de internemarktclausule van art. 3.1 en 3.2 niet voor de in de bijlage bij de richtlijn opgesomde gebieden. Deze bijlage bevat ook enkele voor financiële dienstverlening relevante materies, met name:

- de uitgifte van elektronisch geld door instellingen waarvoor de lidstaten één van de in artikel 8, lid 1 van richtlijn 2000/46/EG bedoelde afwijkingen hebben toegepast ; bedoeld worden de instellingen die slechts op beperkte schaal elektronisch geld uitgeven, met het oog op gebruik bij met die emittent gelieerde ondernemingen, en waarvoor de lidstaten een ontheffing kunnen verlenen van toepassing van alle of bepaalde prudentiële vereisten. De keerzijde van deze ontheffing is evenwel dat deze instelling niet het wederzijdse erkenningsregime van de bankrichtlijnen kunnen benutten. Het ‘gemeen Verdragsrecht’ blijft evenwel onverminderd gelden;
- de verplichting voor instellingen voor collectieve belegging in effecten die aan richtlijn 85/611/EEG zijn onderworpen (ICBE’s), om bij het voeren van reclame voor deelbewijzen in een andere lidstaat de regulering van het ontvangstland na te leven
- de vrijheid van partijen bij de overeenkomst inzake keuze van het toepasselijke recht

⁹ Vgl. considerans 47 preambule Richtlijn Elektronische Handel, dat de lidstaten verbiedt om toezichtsverplichtingen van algemene aard op te leggen. Artikel 19.1 van de Richtlijn verplicht de lidstaten wel om met het oog op de doeltreffende uitvoering van de richtlijn over ‘passende’ controle- en onderzoeksmiddelen te beschikken

- contractuele verplichtingen betreffende consumentenovereenkomsten; de notie 'contractuele verplichtingen' moet klaarblijkelijk ruim worden opgevat: bedoeld wordt niet enkel de regulering van contractuele verplichtingen ten aanzien van de dienstverlener, maar eveneens de wezenlijke precontractuele verplichtingen inzake informatieverstrekking, die voor de beslissing om een overeenkomst aan te gaan doorslaggevend is;¹⁰

13. Het praktische effect van deze uitsluiting bestaat er essentieel in deze materies niet verplicht aan de toepassing van de regulering van het herkomstland te onderwerpen. Terzake blijven vanzelfsprekend wel de algemene beginselen van het EG-Verdrag inzake vrij verkeer gelden, en met name het 'Cassis de Dijon'-beginsel: een dienstverlener beschikt over de *vrijheid* om zich te beroepen op de conformiteit met de regulering van het herkomstland teneinde de toepassing van bepaalde regelen van het ontvangstland, die voor de dienstverlener een belemmering op het vrij verkeer vormen, terzijde te schuiven. Het ontvangstland zou zulke belemmering enkel kunnen handhaven wanneer hiervoor een legitiem motief van algemeen belang voorligt, en het proportionaliteitsbeginsel in acht wordt genomen. Bijgevolg vormt bijvoorbeeld de uitsluiting inzake consumentenovereenkomsten geen vrijgeleide voor de lidstaten om hun consumentenwetgeving in contractuele materies integraal te blijven toepassen op via elektronische weg aangeboden diensten vanuit een andere lidstaat, zodra de internationaalprivaatrechtelijke verwijzingsregelen zulks toelaten.¹¹ Wanneer de toepassing van deze regelen tot een belemmering op het vrij verkeer ten aanzien van de buitenlandse dienstverlener leiden, moet de regulering van het ontvangstland de 'algemeen belang-test' doorstaan. De situatie van de virtuele (financiële) dienstverlener verschilt hierin dus niet van de klassieke financiële dienstverlening.

3. Tweede uitzondering: afwijking op de wederzijdse erkenning mits notificatie (art. 3.4-3.6)

14. Naast de algemene uitzondering in bepaalde gebieden, laat de richtlijn de mogelijkheid voor de lidstaten om voor specifieke motieven het herkomstlandbeginsel te doorbreken, mits aan welbepaalde inhoudelijke en procedurele voorwaarden is voldaan. Deze komen samengevat op het volgende neer:

(1) Inhoudelijke voorwaarden:

- De maatregel die het ontvangstland wil treffen moet noodzakelijk zijn om een welbepaalde, limitatief in de richtlijn opgesomde doelstelling te bereiken. Benevens de openbare orde, de volksgezondheid en de openbare veiligheid, die in de sector van financiële dienstverlening een verwaarloosbaar belang zullen hebben¹², moet voornamelijk melding worden gemaakt van de uitzondering gestoeld op "de bescherming van consumenten, met inbegrip van beleggers";
- de maatregel moet van curatieve of repressieve aard zijn, dan wel van preventieve aard indien een ernstig gevaar bestaat dat de ingeroepen doelstelling in gevaar komt
- de ingeroepen maatregel moet evenredig zijn aan de ingeroepen doelstelling

(2) Procedurele voorwaarden

¹⁰ 56° considerans, preambule Richtlijn Elektronische Handel. Men denkt bijvoorbeeld aan het prospectus bij de tekoopstelling van deelbewijzen in instellingen voor collectieve belegging.

¹¹ Zie met name art. 5 en, in mindere mate, art. 7 van de Rome-conventie.

¹² Nochtans zouden bepaalde maatregelen inzake bijvoorbeeld de strijd tegen de georganiseerde misdaad of het terrorisme ook specifieke verplichtingen kunnen inhouden in de sector van financiële dienstverlening (cf. witwassen van geld).

- alvorens een – per hypothese aan de inhoudelijke voorwaarden beantwoordende – maatregel te treffen, moet het ontvangstland het herkomstland verzoeken om adequate maatregelen te treffen; slechts wanneer het herkomstland daar niet of niet voldoende op ingaat, mag het ontvangstland zelf optreden
- het ontvangstland moet bovendien de Europese Commissie en het herkomstland in kennis stellen van de voorgenomen maatregel. Deze kennisgeving leidt voor de Europese Commissie tot de verplichting om “zo spoedig mogelijk” de conformiteit van de maatregel met het Gemeenschapsrecht – meer bepaald de Verdragsvrijheden – te onderzoeken, en in voorkomend geval de lidstaat te verzoeken om de maatregel niet te treffen dan wel de uitvoering ervan te staken (art. 34.6). De Commissie beschikt terzake echter niet over de mogelijkheid om dwangmaatregelen te treffen: geeft het ontvangstland geen gevolg aan het verzoek van de Europese Commissie, dan rest deze niets anders dan een inbreukprocedure tegen de betrokken lidstaat voor het Hof van Justitie op te starten.
- Enkel in gevallen van spoedeisendheid kan de lidstaat de verplichte voorafgaande samenwerking met het herkomstland en notificatieverplichting terzijde schuiven, en maakt deze plaats voor een ‘onverwijld’ *a posteriori* notificatie van de genomen maatregel aan het herkomstland en de Europese Commissie

15. In essentie is de uitzondering van artikel 3.4 te analyseren als de bevestiging van de mogelijkheid voor de lidstaten om het ‘algemeen belang-voorbehoud’, met de eraan door het Hof van Justitie verbonden inhoudelijke voorwaarden (motief van algemeen belang, proportionaliteit, en, impliciet, non-harmonisatie, non-discriminatie en non-duplicatie¹³), in te roepen ter handhaving van bepaalde beschermenswaardige geachte regulering in het ontvangstland. Het uitzonderingsregime van artikel 3.4 verschilt evenwel in dubbel opzicht van het klassieke “algemeen belang-voorbehoud” in het kader van de Verdragsvrijheden.

Vooreerst zijn de motieven die het ontvangstland mag inroepen om het herkomstlandbeginsel te doorbreken op limitatieve wijze in artikel 3.4 opgenomen, terwijl het pretoriaans ontwikkelde algemeen belang als een open concept is opgevat. De gevolgen hiervan zijn ook op het gebied van financiële dienstverlening niet onaanzienlijk. Vooreerst is aan te stippen dat de mogelijke bescherming van de afnemers van financiële diensten ten titel van algemeen belang in de Richtlijn Elektronische Handel wordt ingeperkt tot de bescherming van ‘consumenten’, met inbegrip van beleggers. Hierdoor dreigt de richtlijn voorbij te gaan aan de legitieme beschermingsbehoefte van afnemers van financiële diensten die niet onder de (enge) definitie van ‘consument’ vallen (zie verder) Voorts zullen een aantal motieven van algemeen belang die in de jurisprudentie van het Hof van Justitie de voorbije jaren inzake financiële dienstverlening als legitiem werden aanvaard¹⁴, in de context van de elektronische handel niet meer kunnen worden ingeroepen: integriteit van de financiële markten, prudentiële imperatieven, bescherming van de eerlijke handelstransacties, coherentie van het belastingstelsel, effectiviteit van de fiscale controles.¹⁵ Wat de fiscale motieven van algemeen belang betreft, moet dit evenwel verder worden genuanceerd: nu de Richtlijn Elektronische Handel niet van toepassing is op belastingen (art. 1.5, a)), is aan te nemen dat de internemarktclausule niet geldt voor de fiscale regelen van het ontvangstland, zodat de algemene Verdragsbeginselen op dit punt blijven gelden: het

¹³ Zie eveneens DE BROUWER, F., MARTY, C., *l.c.*, *supra* noot 7, p. 10-11.

¹⁴ Zie voor een algemeen overzicht TISON, M., *De interne markt voor bank- en beleggingsdiensten*, Antwerpen, Intersentia, 1999, p. 247-263; TISON, M., “Unravelling the General Good: The Case of Financial Services”, in *Services and Free Movement in EU Law*, M. ANDENAS, W.-H. ROTH (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2001 (ter perse).

¹⁵ In deze zin ROLIN JACQUEMYS, L., VAN HUFFEL, M., “L’impact de la directive commerce électronique sur la réglementation européenne des services financiers”, te verschijnen in *Euredia*, 2001.

ontvangstland mag zijn – per hypothese belemmerende – fiscale regelen opleggen aan de buitenlandse dienstverlener van de informatiemaatschappij, in voorkomend geval mits toetsing aan het algemeen belang-voorbehoud.¹⁶

16. Het tweede verschilpunt met het ‘gemeenrechtelijke’ algemeen belang-voorbehoud betreft de toevoeging, in artikel 3.4 Richtlijn Elektronische Handel, van een voorafgaande samenwerkings- en notificatieplicht betreffende de voorgenomen toepassing van de algemeen belang-regelen. Deze verplichting opent belangrijke perspectieven voor een evenwichtige functionering van de interne markt, aangezien ze een dialoog omtrent de toepassing van het algemeen belang-voorbehoud institutionaliseert. Tot op heden is immers al te vaak gebleken dat enerzijds de lidstaten, met inbegrip van de rechterlijke instanties, geneigd zijn om aan het algemeen belang-voorbehoud een bijzonder ruime invulling te geven, waardoor belangrijke hinderpalen voor een effectieve benutting van de Verdragsvrijheden in stand bleven. Anderzijds toonde de Europese Commissie zich niet extreem vlijtig in de uitoefening van haar toezichtstaak betreffende de naleving door de lidstaten van hun Gemeenschapsrechtelijke verplichtingen wanneer de lidstaten een al te extensief gebruik maakten van het algemeen belang-voorbehoud. In die zin is de invoering van een notificatieplicht enerzijds, en een verplicht onderzoek door de Europese Commissie naar de conformiteit met het Gemeenschapsrecht van het ingeroepen algemeen belang-voorbehoud, een positieve zaak. De bepaling is evenwel gebrekkig geformuleerd, en geeft hierdoor aanleiding tot complexe interpretatie- en toepassingsvragen (zie verder).

II. Knelpunten bij de toepassing van de Richtlijn Elektronische Handel in de financiële sector

17. De toepassing van de Richtlijn Elektronische Handel op ‘virtuele’ financiële dienstverlening geeft aanleiding tot specifieke juridische vragen omwille van enerzijds het bestaan van specifieke sectorale richtlijnen inzake financiële dienstverlening, en de sterke reguleringstraditie van financiële dienstverlening in de meeste lidstaten anderzijds.

Op het niveau van de Europese Commissie wordt het belang van de Richtlijn voor de financiële dienstverlening duidelijk onderkend. Einde januari 2001 publiceerde de Europese Commissie een mededeling betreffende in hoofdzaak de toepassing van de richtlijn in de sector van financiële dienstverlening (hierna: ‘de Mededeling’)¹⁷. De talrijke interpretatiekwesaties die de Commissie in deze mededeling heeft willen behandelen, en dit nagenoeg een jaar vóór de inwerkingtreding ervan, is evenwel symptomatisch voor de juridische onduidelijkheden die deze horizontale richtlijn met zich meebrengt.

18. Verschillende probleemgebieden betreffende de toepassing van de Richtlijn Elektronische Handel in de sector van de financiële dienstverlening, die vaak slechts fragmentair of helemaal niet in voormelde mededeling aan de orde komen, kunnen worden aangestipt:

- de specifieke sectorale richtlijnen lopen, wat de allocatie van regulerings- en toezichtsbevoegdheden betreft, niet steeds gelijk met de algemene principes van de

¹⁶ Enige twijfel zou in dit verband nog kunnen blijven bestaan, nu de preambule bij de Richtlijn Elektronische Handel aangeeft dat de uitzondering inzake belastingen “met name” doelt op de belasting over de toegevoegde waarde. Nu in het *corpus* van de Richtlijn de uitsluiting ten aanzien van belastingen in het algemeen wordt geformuleerd, lijkt ze niet te moeten worden vernaauwd tot de indirecte fiscaliteit.

¹⁷ COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN, *Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement: E-handel en financiële diensten*, Brussel, 26 jan. 2001, 27 p. (Te raadplegen op: http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/general/ecom_nl.pdf).

Richtlijn Elektronische Handel. Dit stelt de vraag naar de juridische verhouding tussen de Richtlijn Elektronische Handel en deze sectorale richtlijnen

- de mogelijke frictie tussen de spaarders- en beleggersbeschermende regulering in de lidstaten en de beperkende werking van de Richtlijn Elektronische Handel ten aanzien van zulke regulering. De beperking van uitzonderingsregelen tot regelen ter bescherming van de "consument" vormt hierbij een moeilijkheid.
- het effect van de Richtlijn Elektronische Handel voor de juridische omkadering van financiële dienstverlening leidt tot sterk uiteenlopende regimes voor de 'traditionele' en de 'elektronische' distributiemethodes van financiële diensten
- het systeem van wederzijdse erkenning met beperkte derogatiemogelijkheden leidt tot differentiaties tussen intra-communautaire en niet-EU aanbieders, waardoor consumenten en beleggers gebeurlijk beter beschermd kunnen zijn ten aanzien van niet-communautaire aanbieders;
- de Richtlijn Elektronische Handel dreigt tot inconsistenties te leiden op het gebied van de internationaalprivaatrechtelijke regelen inzake transnationale financiële dienstverlening.¹⁸

A. Verhouding tussen de Richtlijn Elektronische Handel en de bestaande sectorale richtlijnen inzake financiële dienstverlening

19. De vraag naar de verhouding tussen het *acquis communautaire* in de sector van financiële dienstverlening en de Richtlijn Elektronische Handel toont voornamelijk relevantie op het vlak van de allocatie van regulerings- en toezichtsbevoegdheden bij transnationale virtuele financiële dienstverlening. In de mate de sectorale richtlijnen immers, binnen het door de Richtlijn Elektronische Handel afgebakende 'gecoördineerd gebied' uitzonderingen voorzien op het beginsel van wederzijdse erkenning, rijst de vraag welke norm voorrang moet krijgen: de specifieke norm vervat in de sectorale richtlijn of de algemene norm vervat in de horizontale Richtlijn Elektronische Handel? Een typevoorbeeld betreft de uitwerking van regulerings- en toezichtsbevoegdheden inzake gedragsregelen in de Richtlijn Beleggingsdiensten, dat volgens art. 11.2 van die richtlijn toekomt aan de 'lidstaat waarin de beleggingsdienst wordt verricht, hetgeen doorgaans wordt geassocieerd met het ontvangstland, waar de belegger is gevestigd ten behoeve van wie de dienst wordt verricht. Moet, wanneer de beleggingsdienst langs elektronische weg wordt verleend, thans aanvaard worden dat het herkomstlandbeginsel (art. 3.1 Richtlijn Elektronische Handel) primeert op de bepaling van artikel 11.2 Richtlijn Beleggingsdiensten, nu blijkt dat de gedragsregelen deel uitmaken van het 'gecoördineerde gebied'?

Een gelijkaardige vraag rijst met betrekking tot het statuut van ICBE's onder de richtlijn van 1995: art. 44, lid 1 van de richtlijn verklaart het ontvangstland bevoegd inzake regulering en toezicht van alle niet in de richtlijn gecoördineerde aspecten ten aanzien van in het ontvangstland verhandelde deelbewijzen van een ICBE die in een andere Europese lidstaat is erkend (bijv. inzake wijze van terbeschikkingstelling van het prospectus, wijze van bekendmaking van de inventariswaarde van deelbewijzen, eventuele verplichting tot beursnotering in het ontvangstland). Indien de primauteit van de Richtlijn Elektronische Handel op de bevoegdheidsverdeling vervat in de ICBE-richtlijn wordt aanvaard, zullen deze regelen, die grotendeels onder het gecoördineerde gebied van de Richtlijn vallen, bij de

¹⁸ Deze problematiek kan in dit bestek niet verder behandeld worden, maar alvast is duidelijk dat de Richtlijn Elektronische Handel op dit punt met een interne contradictie worstelt tussen enerzijds de algemene formulering van het herkomstlandbeginsel en de bepaling dat de richtlijn geen aanvullende regelen wenst te formuleren op het vlak van het i.p.r. zie voor meer details en kritische bedenkingen hieromtrent o.m. STEENNOT, R., "Internationaalprivaatrechtelijke aspecten van middels internet gesloten overeenkomsten", *DAOR*, 2000, nr. 55, p. 198-201; DRIJBER, B.J., *l.c.*, *supra* noot 3, p. 133-134.

verdeling van deelbewijzen via Internet voortaan onder de bevoegdheid van het herkomstland ressorteren.

20. In het algemeen kan de verhouding tussen de sectorale richtlijnen en de Richtlijn Elektronische Handel op verschillende wijzen benaderd worden:

- (1) *Lex specialis derogat legi generali*: de specifieke wet wijkt af van en primeert op de algemene wet. De vraag welke wet de *lex specialis* en welke de *lex generalis* is, kan evenwel aanleiding geven tot Byzantijnse discussies, afhankelijk van de gekozen specificiteitsparameter: zo is het mogelijk de sectorale financiële richtlijnen als specifiek te beschouwen ten opzichte van de Richtlijn Elektronische Handel, die een horizontale reikwijdte heeft. Benadrukt men daarentegen de specificiteit van de aanbiddingstechniek, dan vormt veeleer de Richtlijn Elektronische Handel de specifieke richtlijn in vergelijking met de financiële richtlijnen, die alle aanbiddingsmethodes van financiële diensten omspannen;
- (2) *Lex posterior derogat priori*: de richtlijn Elektronische Handel vormt ten opzichte van de bestaande financiële richtlijnen een afwijkende latere wet, die alle ermee strijdige bepalingen wijzigt. Bijgevolg moet aangenomen worden dat alle bepalingen in vroegere richtlijnen die, binnen het gecoördineerde gebied van de Richtlijn Elektronische Handel, afwijkingen voorzagen op het herkomstlandbeginsel, impliciet zijn gewijzigd in de zin van het herkomstlandbeginsel (bijv. gedragsregelen in de Richtlijn Beleggingsdiensten).¹⁹

21. Het is merkwaardig dat zowel de Richtlijn Elektronische Handel als de Mededeling relatief vaag en weinig eenduidig blijven omtrent deze vraag. De richtlijn preciseert in de preambule enerzijds dat ze “het in de communautaire besluiten vastgesteld niveau van bescherming van met name ... consumentenbelangen onverlet” laat. De preambule vervolgt met een gedetailleerde opsomming van het communautaire acquis dat “volledig van toepassing is op diensten van de informatiemaatschappij”, en dat nagenoeg alle sectorale financiële richtlijnen omvat.²⁰ Deze passages leggen de nadruk op het niveau van de materieelrechtelijke bescherming vervat in de bestaande richtlijnen, veeleer dan uitspraak te doen over de allocatie van bevoegdheden tussen de lidstaten. De Mededeling lijkt in het algemeen ook voornamelijk dit aspect van materieelrechtelijke bescherming te benadrukken.²¹

Daarentegen lijkt artikel 1.3 van de Richtlijn Elektronische Handel de verhouding in een ruimer perspectief te zien:

“Deze richtlijn vormt een aanvulling op het communautaire recht dat van toepassing is op de diensten van de informatiemaatschappij en doet niet af aan het in de communautaire wetgeving en nationale wetgeving ter uitvoering daarvan vastgelegde niveau van bescherming, inzonderheid van ... consumentenbelangen, voor zover de

¹⁹ In die zin ROLIN JACQUEMYS, L., VAN HUFFEL, M., o.c., *supra* noot 15.

²⁰ 11° considerans, preambule Richtlijn elektronische Handel. Het is merkwaardig dat in deze opsomming wel de Richtlijn Beleggingsdiensten voorkomt, doch niet de sectorale richtlijnen inzake instellingen voor collectieve belegging in effecten (ICBE) noch de bankrichtlijnen. Wellicht is dit te verklaren door de omstandigheid dat laatstgenoemde richtlijnen een hoofdzakelijk prudentiële inslag hebben, terwijl de Richtlijn Beleggingsdiensten ook bepalingen bevat betreffende de gedragsregelen, die eerder tot het transactionele gebied behoren.

²¹ Zie Mededeling, p. 6: “De Richtlijn e-handel laat het bestaande niveau van bescherming die met het oog op het algemeen belang in de Gemeenschap is vastgesteld, onverlet, met inbegrip van het huidige niveau van consumentenbescherming. Nationale maatregelen mogen echter geen belemmering vormen voor het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij zoals gedefinieerd in de richtlijn e-handel”.

vrijheid om diensten van de informatiemaatschappij te verlenen daardoor niet beperkt wordt.

Verskillende passages in deze bepaling lijken te suggereren dat de Richtlijn Elektronische Handel moet beschouwd worden als een *lex generalis* die de specifieke financiële richtlijnen op het vlak van zowel de inhoudelijke bescherming als de allocatie van bevoegdheden onverlet laat. Vooreerst benadrukt artikel 1.3 het *aanvullende* karakter van de richtlijn ten opzichte van het bestaande *acquis communautaire*, hetgeen een mogelijke derogatoire werking van de richtlijn lijkt uit te sluiten. Voorts expliciteert artikel 1.3 dat de Richtlijn elektronische Handel niet afdoet aan het (materieelrechtelijke) beschermingsniveau dat zowel in de richtlijnen als in de in uitvoering daarvan genomen nationale wetgeving is vervat. In de mate de richtlijnen met name toelaten dat het ontvangstland bepaalde maatregelen ter bescherming van de consument handhaven (bijvoorbeeld ten titel van gedragsregelen), kunnen ook deze regelen, gerekend worden tot het door de Richtlijn Elektronische Handel onaangeroerd gelaten beschermingsniveau. Tot slot benadrukt artikel 1.3 dat het behoud van het *acquis*, inzonderheid op het vlak van allocatie van bevoegdheden aan het ontvangstland, niet mag leiden tot een beperking van de vrij dienstverlening. Ook deze passage bevestigt de interpretatie dat de bestaande allocatie van bevoegdheden in de financiële richtlijnen in principe onaangeroerd blijft.²² Ze bevestigt met name de noodzaak om, zelfs abstractie makend van de Richtlijn Elektronische Handel, de uitzonderingen op de wederzijdse erkenning (bijv. inzake gedragsregelen) die in het bestaande *acquis* zijn vervat, slechts toe te passen voor zover dit conform is met de Verdragsbeginselen. Aanvaarden dat de Richtlijn Elektronische Handel als afwijkende wet thans leidt tot wijziging van het herkomstlandbeginsel in alle gebieden waar de bestaande *communautaire* regulering nog bevoegdheden toekende aan het ontvangstland, zou erop neerkomen dat de *communautaire* wetgever een deel van het *acquis communautaire* thans zonder meer als onverenigbaar met het principe van vrije dienstverlening beschouwt.

22. Concluderend kunnen dus uit artikel 1.3, aanwijzingen worden geput dat de Richtlijn Elektronische Handel niet raakt aan de allocatie van regulerings- en toezichtsbevoegdheden zoals deze gestalte hebben gekregen in de specifieke sectorale richtlijnen in de financiële sector. Met betrekking tot het prudentieel toezicht op financiële dienstverleners enerzijds en de uitwerking van regulerings- en toezichtsbevoegdheden inzake gedragsregelen voor beleggingsdiensten anderzijds, lijkt de Europese Commissie in haar Mededeling overigens eveneens het principe ten aanvaarden van de primauteit van de sectorale richtlijnen op de Richtlijn Elektronische Handel.²³

Het behoud van specifiek afwijkende bevoegdheidstoewijzingen in de financiële richtlijnen vormt evenwel geen vrijgeleide voor de lidstaten om bij de aanwending van deze bevoegdheden het recht op vrije dienstverlening onnodig te beperken. Voor wat specifiek de toepassing van gedragsregelen inzake beleggingsdiensten betreft, werd reeds lang in de

²² Anders: DRIJBER, B.J., *l.c.*, *supra* noot 3, p. 130, die uit de deze passage precies afleidt dat de afwijkingen op de wederzijdse erkenning in de financiële richtlijnen vrij snel als een 'beperking' zullen worden beschouwd op de vrijheid om diensten van de informatiemaatschappij te leveren, en bijgevolg niet langer houdbaar zijn. Deze zienswijze, waarvan de auteur het resultaat evenwel onbevredigend vindt, miskent naar ons oordeel de plaats van het algemeen belang-voorbehoud in het systeem van de Verdragsvrijheden: wanneer een in beginsel als belemmerend beschouwde regel in het ontvangstland aan een legitiem motief van algemeen belang beantwoordt, wordt deze niet langer geacht de vrije dienstverlening te beperken. Bijgevolg zullen de afwijkingen op de wederzijdse erkenning die in de financiële richtlijnen zijn vervat (bijv. art. 11 Richtlijn Beleggingsdiensten), mits zij aan de voorwaarden van het algemeen belang-voorbehoud voldoen, niet als een belemmering op het vrij verkeer, en *a fortiori* niet als een belemmering op diensten van de informatiemaatschappij zijn te beschouwen.

²³ Zie Mededeling, p. 19-20.

rechtsleer, en sedert kort ook door de Europese Commissie, gepleit voor meer terughoudendheid bij de toepassing op buitenlandse dienstverleners, inzonderheid in de dienstverlening ten behoeve van meer onderlegde beleggers.

B. Nationale financiële regulering en de beperkte uitzonderingsgronden op het herkomstlandbeginsel

23. De communautaire wetgever heeft in de uitwerking van het uitzonderingsregime op het herkomstlandbeginsel duidelijk geopteerd voor een restrictieve benadering, die in essentie de consument van (financiële) diensten beoogt te beschermen: enerzijds door de onttrekking van contractuele verplichtingen uit overeenkomsten met consumenten aan het gecoördineerde gebied, waardoor deze regelen onder het 'gemeen' Verdragsrecht ressorteren; anderzijds door het uitzonderingsregime van artikel 3.4 te beperken tot regelen ter bescherming van de consument, met inbegrip van beleggers.

Het gevolg hiervan is dat bij de transnationale financiële dienstverlening langs elektronische weg het ontvangstland zich beperkt ziet in zijn mogelijkheden om de eigen regulering aan de buitenlandse dienstverlener op te leggen op grond van het algemeen belang. In die zin worden de 'enabling clauses' vervat in de financiële richtlijnen, die het recht van het ontvangstland bevestigen om haar door het algemeen belang verantwoorde regelgeving op buitenlandse dienstverleners toe te passen²⁴, impliciet gewijzigd en verder ingeperkt²⁵, niet enkel in materieelrechtelijk opzicht, doch eveneens door toevoeging van procedurele voorwaarden (zie hoger).

24. Deze restrictieve benadering van de communautaire wetgever geeft inzake financiële dienstverlening evenwel aanleiding tot problemen. Weliswaar valt in beginsel te begrijpen dat de communautaire wetgever een abusievelijk beroep op het algemeen belang wou tegengaan in het gebied van elektronische handel, en de toegelaten uitzonderingen daarom heeft beperkt tot 'consumenten'. Tevens valt toe te juichen dat de richtlijn principieel plaats heeft willen inruimen voor de gerechtvaardigde belangen van de lidstaten inzake bescherming van beleggers bij elektronische handel. Het probleem ligt evenwel in wezen bij de bijzonder restrictieve conceptie van de notie 'consument' en 'belegger'. De richtlijn Elektronische Handel definieert enerzijds de 'consument' immers als "iedere natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn handels- of beroepsactiviteiten vallen". Anderzijds blijkt dat de communautaire wetgever de 'belegger' als beschermenswaardig rechtssubject in het kader van het uitzonderingsregime beschouwt als een subcategorie van de 'consument', nu artikel 3.4 gewag maakt de "bescherming van de consument, met inbegrip van de belegger".²⁶

25. De inperking die de Richtlijn Elektronische Handel inzake met name beleggersbescherming doorvoert tot de 'consument'-belegger, lijkt weinig adequaat voor een doelmatig en consistent regime van beleggersbescherming. In de meeste Europese lidstaten beoogt de financiële regulering de bescherming van ruimere categorieën van beleggers, en verwijzen de criteria ter afbakening van de beschermingsbehoefte veelal naar de onderlegdheid in of vertrouwdheid met beleggingsinstrumenten, veeleer dan naar de al dan niet beroepsmatige finaliteit van de gemaakte beleggingen en het onderscheid tussen natuurlijke en rechtspersonen. De benadering in de Richtlijn Elektronische Handel is zelfs in

²⁴ Zie met name art. 22.5 Richtlijn 2000/12/EG; art. 19.6 Richtlijn Beleggingsdiensten.

²⁵ Zie ook PRÜM, A., "Commerce électronique: Adoption de la directive sur le commerce électronique du 8 juin 2000", *Rev. dr. banc. fin.*, 2000, p. 294.

²⁶ Zie eveneens CRABIT, E., "La directive sur le commerce électronique. Le projet «Méditerranée»", *Rev. dr. UE*, 2000/4, p. 788.

tegenspraak met de door de Europese Commissie gesteunde inspanningen om tot een duidelijker categorisering van beschermenswaardige beleggers te komen in het kader van gedragsregelen bij beleggingsdiensten²⁷: met name wordt, onder impuls van werkzaamheden op het niveau van het Europese forum voor effectentoezichthouders (FESCO), thans voorgesteld om een onderscheid door te voeren tussen professionele en niet-professionele beleggers in functie van voornamelijk de onderlegdheid van de betrokkenen met beleggingen en hun capaciteit om de risico's ervan in te schatten.²⁸ Op grond van deze typologie kunnen ervaren particuliere beleggers gelijkgesteld worden met professionele beleggers, hoewel ze uitsluitend handelen met een oogmerk vreemd aan elke handels- of beroepsactiviteit.

26. Concreet leidt de benadering in de Richtlijn Elektronische Handel tot een vaak niet objectief te verantwoorden vernauwing van beleggersbeschermende regelen in de lidstaten tot de categorie van consumenten-beleggers. Men denkt bij wijze van voorbeeld aan de regelen inzake commercialisatie van deelbewijzen van instellingen voor collectieve belegging (ICB's): voor de niet Europees gecoördineerde ICB's die via Internet vanuit een andere lidstaat worden aangeboden, is het ontvangstland niet meer gerechtigd om regulerend op te treden op het vlak van bijvoorbeeld de modaliteiten van informatieverstrekking, de organisatie van de financiële dienst verbonden aan de deelbewijzen, de transparantie van regelen inzake beheersvergoedingen, in- en uitstapkosten enz., behoudens, onder de voorwaarden van artikel 3.4, ten aanzien van de beleggers die als 'consument' zijn te beschouwen. Is het echter verantwoord om in termen van beschermingsbehoefte een onderscheid te maken tussen een natuurlijke persoon die spaargelden uit zijn privé-patrimonium beheert, en de kleine zelfstandige die kasoverschotten belegt in deelbewijzen van ICB's? Verdient een VZW die te incidentelen titel liquiditeiten belegt minder bescherming dan een natuurlijke persoon die aan *day trading* doet?²⁹ De Richtlijn Elektronische Handel loopt door de restrictieve invulling van de notie 'belegger' voorbij aan het noodzakelijke vertrouwensklimaat dat terzake voor de niet-onderlegde belegger moet gecreëerd worden. Het lijkt bijgevolg aangewezen dat de resultaten van de werkzaamheden in het kader van de Richtlijn Beleggingsdiensten ook aanleiding geven tot een aanpassing van de Richtlijn Elektronische Handel op dit punt.

C. Nationale financiële regulering en de samenwerkings- en notificatieprocedure van artikel 3.4

27. Benevens de inhoudelijke inperking van het algemeen belang die uit het uitzonderingsregime van artikel 3.4 voortvloeit, en die in sommige omstandigheden haar doel voorbijschiet, lijkt de procedurele uitwerking van artikel 3.4 aanleiding te geven tot inconsistenties en toepassingsproblemen. Deze houden meer bepaald verband met enerzijds de omstandigheden waarin de notificatieprocedure kan worden doorlopen, en anderzijds de vraag of de procedure eveneens geldt voor de rechterlijke organen van een lidstaat.

²⁷ EUROPEAN COMMISSION, *The Application of Conduct of Business Rules under Article 11 of the Investment Services Directive (93/22/EEC)*, (Raadpleegbaar op http://europe.eu.int/comm/internal_market/en/finances/mobil/art11en.pdf)

²⁸ Zie FESCO, *Implementation of Article 11 of the ISD: Categorisation of Investors for the Purpose of Conduct of Business Rules*, Document 00-FESCO-A, Parijs, maart 2000 (raadpleegbaar op <http://www.europesefesco.org>).

²⁹ Vgl. eveneens BAKER, Th., "Electronic commerce and wholesale financial services", *J. Fin. Reg. compl.*, 2001, nr. 1, p. 85.

28. De tekst van artikel 3.4 Richtlijn Elektronische Handel lijkt aan te geven dat het uitzonderingsregime enkel in individuele gevallen kan worden ingeroepen.³⁰ De Europese Commissie verwoordt deze zienswijze eveneens in haar Mededeling.³¹ Een dergelijke geïndividualiseerde benadering van de uitzonderingsprocedure dreigt evenwel bepaalde rechtmatige beschermingsregelen die thans in de lidstaten bestaan, uit te hollen. Men denkt bijvoorbeeld aan de bescherming die de Wet van 12 juni 1991 thans biedt inzake consumentenkrediet, onder meer onder de vorm van *a priori* controle op de modelcontracten door de Minister van Economische Zaken en regelen inzake reclame voor zulke kredieten. De Richtlijn Elektronische Handel heeft tot effect dat de buitenlandse onderneming die via Internet beroepsmatig aan Belgische residenten overeenkomsten aanbiedt die onder de Wet van 12 juni 1991 vallen, zich in beginsel niet zal moeten houden aan de in België geldende vergunningsregelen, noch aan de *a priori* controle van de modelcontracten of de verplichtingen inzake reclame, aangezien deze elementen binnen het gecoördineerde gebied vallen. Niettemin valt aan te nemen dat deze overeenkomsten in verregaande mate zullen moeten voldoen aan de dwingende bepalingen van Belgisch recht. Immers, deze bepalingen zijn onttrokken aan het gecoördineerde gebied, zodat hun toepassing op de buitenlandse kredietverleners ten titel van consumentenbescherming niet aan de procedure van artikel 3.4 is onderworpen. In de veronderstelling dat de *a priori* controle van de modelcontracten op diens verenigbaarheid met de toepasselijke Belgische regelen noodzakelijk is om de consument te beschermen, wordt het bijzonder moeilijk om deze controle te implementeren wanneer de verplichting enkel in individuele gevallen, en na het doorlopen van de samenwerkings- en notificatieprocedure kan worden doorlopen. Immers, er bestaat geen informatieprocedure in de Richtlijn Elektronische Handel die de overheden van het ontvangstland toelaat in kennis te worden gesteld dat ondernemingen vanuit een andere lidstaat aan hun ingezetenen diensten van de informatiemaatschappij aanbieden. Hierdoor is het in de praktijk onmogelijk om de controle door te voeren voorafgaand aan het daadwerkelijk opstarten van de activiteit.

29. Ook de eigenlijke samenwerkingsprocedure met het herkomstland geeft aanleiding tot toepassingsmoeilijkheden: in de voormelde hypothese van controle op de contracten, zou de Minister van Economische Zaken voorafgaand aan het doorvoeren van dergelijke controle aan de overheid van het herkomstland moeten verzoeken om de verenigbaarheid van de door de kredietverlener aangeboden overeenkomsten met de dwingende Belgische wetgeving na te gaan, hetgeen voor deze overheid vanzelfsprekend bijzonder moeilijk is. Bovendien is onduidelijk hoe de procedure verloopt in de veronderstelling dat het herkomstland geen toezichthoudende overheid kent, en na welke termijn de overheid van het ontvangstland het recht verkrijgt is om zelf op te treden. Onnodige vertragingen in deze samenwerkingsprocedure dreigen de gerechtvaardigde belangen van de consumenten in het ontvangstland aan te tasten. Dit dreigt op zijn beurt aanleiding te geven tot een abusief beroep op de uitzonderingsprocedure van artikel 3.6

30. Het is eveneens onduidelijk in welke mate de rechterlijke organen in het ontvangstland aan de notificatie- en samenwerkingsprocedure zijn onderworpen, nu artikel 3.4, sub b) bepaalt dat de procedure geldt "onverminderd eventuele rechtszaken, met inbegrip van het vooronderzoek en in het kader van een strafrechtelijk onderzoek verrichte handelingen". Geargumenteed werd dat deze toevoeging enkel sloeg op de mogelijkheid

³⁰ Zie bijvoorbeeld de aanhef van artikel 3.4: "De lidstaten kunnen maatregelen nemen om voor een bepaalde dienst ...af te wijken ..."; tevens is de samenwerkingsprocedure met het herkomstland afgestemd op de veronderstelling dat in een concreet geval maatregelen moeten worden getroffen ten aanzien van een welbepaalde dienstverlener. In dezelfde zin DRIJBER, B.J., *l.c.*, *supra* noot 3, p. 132; DE BROUWER, F., MARTY, C., *l.c.*, *supra* noot 7, p.10-11; Crabit, E., *l.c.*, *supra* noot 26, p. 792.

³¹ Mededeling, p. 9.

om de procedure voortgang te laten vinden, maar niet belette dat het treffen van een daadwerkelijke maatregel bij vonnis moest worden voorafgegaan aan de notificatie- en samenwerkingsprocedure.³² Een andere commentator maakt evenwel gewag van een “consitutioneel monstrum” indien een nationale rechter voorafgaand aan de toewijzing van een vordering in een privaatrechtelijke geschil, de toestemming van de Europese Commissie zou moeten vragen.³³

Deze stellingname leidt evenwel tot bijzondere moeilijkheden. Men denkt bijvoorbeeld aan de hypothese waarbij een kredietverlener naar Belgisch recht tegen een buitenlandse concurrent die consumentenkredieten via Internet aanbiedt een stakingsvordering instelt wegens miskennis van de reclamebepalingen in de Wet Consumentenkrediet of de W.H.P.C. In de veronderstelling dat de stakingsrechter eveneens de procedure moet doorlopen vooraleer het stakingsbevel te mogen uitspreken, rijst de vraag aan welke instantie in het herkomstland de rechter de vraag moet richten, bij ontstentenis van uitgewerkte procedures hieromtrent.³⁴ Omgekeerd lijkt het evenzeer weinig consistent om te veronderstellen dat enkel administratieve overheden in het ontvangstland aan de notificatie- en samenwerkingsprocedure zijn onderworpen, terwijl de rechterlijke instanties hieraan zijn onttrokken: het zou dan bijvoorbeeld voor de overheid volstaan om de voorgenomen maatregel via de rechter te laten afdwingen, bijvoorbeeld in het kader van een stakingsvordering, om de procedure van artikel 3.4 te kunnen ontwijken.

31. Uit het voorgaande blijkt genoegzaam dat de uitwerking van een geïndividualiseerde notificatie- en samenwerkingsprocedure het noodzakelijk evenwicht tussen bevoegdheden van het herkomst- en het ontvangstland in de niet-geharmonieerde materies van onder meer consumentenbescherming, fundamenteel dreigt te verstoren, en vaak gelegitimeerde beschermingsbehoeften opgeeft in naam van een ongebreidelde liberalisering van de elektronische handel. Nochtans is het principe zelf van een dialoog tussen de lidstaten en met de Europese Commissie, en een actief toezicht door de Commissie op de aanwending door de lidstaten van het algemeen belang-voorbehoud, beslist te verwelkomen. Beter ware het evenwel geweest om deze dialoog, onder de vorm van een notificatieprocedure, op meer algemene wijze te structureren, met name door toe te laten dat de lidstaten *algemene* notificaties verrichten van de reglementering die ze zich voornemen op grond van artikel 3.4 toe te passen, gekoppeld aan een verplicht onderzoek door de Europese Commissie naar de verenigbaarheid hiervan met het Gemeenschapsrecht. Op grond van dit onderzoek zou elke lidstaat lijsten kunnen opstellen en publiek maken van de regulering die aan de voorwaarden van artikel 3.4 voldoet. Hierdoor wordt vooreerst vermeden dat het ontvangstland steeds achter de feiten aan moet hollen, met het risico dat in individuele gevallen reeds grote schade is toegebracht aan de consumenten. Tevens verhoogt een algemene notificatie de rechtszekerheid voor de dienstverleners zelf, die immers op voorhand zullen weten welke regelen van het ontvangstland op hun dienstenaanbod toepasselijk zal zijn. Voorts laat zulke procedure eveneens toe om de rechterlijke macht in de procedure te deresponsabiliseren: door de verplichting inzake notificatie op de uitvoerende macht te leggen, en te formuleren als noodzakelijke voorwaarde om de regelen daadwerkelijk te mogen toepassen, worden aan de rechter geen verplichtingen opgelegd die

³² In die zin ROLIN JACQUEMYS, L., VAN HUFFEL, M., *o.c.*, *supra* noot 15; minder uitgesproken: CRABIT, E., *l.c.*, *supra* noot 26, p. 790.

³³ Zie DRIJBER, B.J., *l.c.*, *supra* noot 3, p. 133. Er zij evenwel opgemerkt dat de procedure van artikel 3.4 niet inhoudt dat de (rechterlijke) instantie van het ontvangstland *toestemming* moet vragen, maar enkel een *notificatie* moet doen van de voorgenomen maatregel. Veel complexer is evenwel de vraag naar de toepassing van de samenwerking met het herkomstland wanneer deze ook toepasselijk zou zijn op de rechterlijke macht.

³⁴ Sommigen hebben voorgesteld dat de rechter de vraag zou richten tot de overheid van het eigen land, die dan de notificatie en vraag tot samenwerking aan de overheid van het herkomstland zou overmaken: cf. ROLIN JACQUEMYS, L., VAN HUFFEL, M., *o.c.*, *supra* noot 15.

gebeurlijk in de interne rechtsorde tot constitutionele fricties kunnen leiden. Tot slot maakt zulke procedure de handhaving van een formele samenwerkingsprocedure met het herkomstland overbodig: wanneer voldoende transparantie bestaat over de regulering die het ontvangstland aan de buitenlandse dienstverlener mag tegenstellen op rond van artikel 3.4, is er geen objective behoefte om de afdwinging en sanctionering van die regelen niet rechtstreeks aan de bevoegde administratieve of rechterlijke instanties van het ontvangstland over te laten.

32. De Europese Commissie lijkt overigens de behoefte aan grotere rechtszekerheid te onderkennen. Ze neemt zich immers voor om, zij het op informele wijze, thans reeds een onderzoek in samenwerking met de lidstaten op te starten naar de toetsing van hun interne wetgeving aan de voorwaarden van artikel 3.4, zodat grotere zekerheid zal bestaan betreffende de toepassing van het uitzonderingsregime in individuele gevallen.³⁵ Het lijkt ons evenwel verkieslijk om een algemene en *a priori* notificatie formeel in de Richtlijn Elektronische Handel in te schrijven.

D. Discrepanties tussen de juridische omkadering van 'klassieke' en elektronische handel

33. De verschuiving die de Richtlijn elektronische Handel doorvoert naar een sterkere doorweging van het herkomstlandbeginsel, met slechts beperkte afwijkingsmogelijkheden, leidt in termen van juridische omkadering van grensoverschrijdende (financiële) dienstverlening tot duidelijke verschillen tussen klassieke aanbiddingstechnieken en elektronische aanbidding, onderworpen aan de Richtlijn Elektronische Handel, hoewel de feitelijke situaties vaak nauw bij elkaar aanleunen. Bij wijze van voorbeeld denkt men aan het grensoverschrijdend aanbieden van deelbewijzen van ICB's die niet onder de Europese ICBE-richtlijn vallen: het aanbod van de deelbewijzen in een andere lidstaat door middel van een tussenpersoon, of rechtstreeks per briefwisseling, telefoon of telefax, zal hoofdzakelijk aan de relevante bepalingen van Belgisch recht moeten beantwoorden: de ICB zal in België een erkenning moeten krijgen vanwege de Commissie voor het Bank- en Financiewezen en met het oog hierop moeten beantwoorden aan de Belgische regelen inzake structuur en beleggingsbeleid. Tevens zullen de Belgische bepalingen inzake reclame en aanbiddingsmethodes (demarchage, ...) gelden. Beperkingen hierop kunnen wel voortkomen uit het Verdragsrechtelijke principe van vrij verkeer, maar wordt in de praktijk weinig rigoureuus toegepast. Worden dezelfde deelbewijzen daarentegen via Internet of door middel van een e-mailcampagne aangeboden vanuit het buitenland, dan zullen zowel op het gebied van de structuur en werkingsregelen van de ICB, als wat betreft reclame of aanbiddingstechnieken, het recht van het herkomstland primeren. De Belgische regelen terzake mogen enkel binnen de voorwaarden van artikel 3.4 aan de buitenlandse ICB worden opgelegd. Wanneer gemengde technieken worden gehanteerd (bijvoorbeeld verkoop via een internet-site na telefonische demarchage bij potentiële klanten), wordt het bepalen van de toepasselijke wetgeving bijzonder complex: de dienst wordt immers op elektronische wijze geleverd (inschrijving op de deelbewijzen via Internet), zodat de regelen inzake structuur van de ICB van het herkomstland gelden, maar naar aanleiding van een klassieke aanbiddingstechniek, die aan de (reclame)regelen van het ontvangstland is onderworpen. Deze demarchage op zich vormt naar Belgisch recht reeds een openbaar aanbod van deelbewijzen, dat dan weer zou leiden tot toepassing van de Belgische wetgeving op de buitenlandse ICB. Het is duidelijk dat de bepaling van de toepasselijke wet een nagenoeg onontwarbaar kluwen kan vormen met interne tegenstrijdigheden, zodat de Richtlijn Elektronische Handel op dit punt bezwaarlijk kan geacht worden meer rechtszekerheid te

³⁵ Zie Mededeling, p. 15.

hebben gebracht. Meer in het algemeen valt moeilijk te verantwoorden waarom feitelijk nauw verwante aanbiedingstechnieken van diensten op dusdanig verschillende manier moeten worden behandeld, in naam van het stimuleren van de elektronische handel. Wellicht zou een meer rigoureuze toepassing van de Verdragsbeginselen op de 'klassieke' financiële dienstverlening, met een actief toezicht vanwege de Europese Commissie, reed meer convergentie kunnen brengen. Dit veronderstelt dat ook op het gebied van de klassieke transnationale financiële dienstverlening meer transparantie tot stand wordt gebracht over de wijze waarop de lidstaten het algemeen belang-voorbehoud aanwenden.

E. Discrepancies tussen elektronische handel door gereguleerde en ongereguleerde financiële dienstverleners

34. Een paradoxaal effect van de richtlijn Elektronische Handel is dat het voor financiële dienstverleners die niet onder één van de sectorale financiële richtlijnen vallen eenvoudiger wordt om langs elektronische weg grensoverschrijdende diensten aan te bieden dan voor financiële instellingen die wel onder één van de Europese financiële richtlijnen vallen. Opnieuw kan verwezen worden naar het aanbod van deelbewijzen door een ICB via Internet: zoals reeds vermeld, zal de niet-gecoördineerde ICB in verregaande mate onder toepassing van de regelen van het herkomstland kunnen opereren, onder het enkele voorbehoud van toepassing van artikel 3.4 van de Richtlijn Elektronische Handel door het ontvangstland. In de mate het aanbod van deelbewijzen niet tot 'consumenten' is gericht, zal ook het beroep op deze uitzonderingsclausule veeleer marginaal zijn. Daarentegen zal de gecoördineerde ICBE die deelbewijzen via Internet in een andere lidstaat wil aanbieden niet enkel een voorafgaande kennisgevingsprocedure moeten doorlopen voorafgaand aan de commercialisatie van deelbewijzen in het ontvangstland. Tevens blijven de regelen van het ontvangstland, onder voorbehoud van toepassing van de Verdragsvrijheden, inzake reclame gelden, nu artikel 44, lid 2 van de ICBE-Richtlijn uit het toepassingsgebied van het gecoördineerde gebied is uitgesloten. Onduidelijk is evenwel in welke mate de toewijzing aan het ontvangstland krachtens artikel 44, lid 1 ICBE-richtlijn van de bevoegdheid om de andere aspecten van commercialisatie van de deelbewijzen, door de Richtlijn Elektronische Handel wordt aangetast. Uitgaand van de primauteut van de ICBE-Richtlijn als *lex specialis* moet aangenomen worden dat het ontvangstland inderdaad, voor zover dit conform is met het primair Verdragsrecht, bevoegd blijft.³⁶ De specifieke harmonisatie die eertijds tot doel had om het grensoverschrijdende aanbod van deelbewijzen te bevorderen, wordt in een elektronische context bijgevolg een handicap voor de ICBE, in vergelijking met een niet-gecoördineerde ICB.

Een gelijkaardige situatie zou zich kunnen voordoen in de hypothese van het ontplooiën via Internet van een activiteit van beleggingsadvies. Wordt het advies, bij wijze van nevenactiviteit, verleend door een beleggingsonderneming onderworpen aan de Richtlijn Beleggingsdiensten, dan moet deze niet enkel een vergunning in het herkomstland krijgen en een notificatieprocedure doorlopen voorafgaand aan de eerste dienstverlening. Bovendien is de onderneming ook voor wat het beleggingsadvies betreft onderworpen aan de gedragsregelen die het ontvangstland voor beleggingsondernemingen heeft uitgevaardigd. Voor een gespecialiseerde onderneming voor beleggingsadvies daarentegen, waarvoor geen enkel europeesrechtelijk statuut bestaat, kan dezelfde activiteit thans krachtens de Richtlijn Elektronische Handel eventueel vanuit een andere lidstaat worden ontplooid waar geen enkel vergunningsregime bestaat³⁷, zonder aan de in België geldende vergunningsplicht te worden onderworpen. De beleggingsadviseur is daarenboven niet onderworpen aan de in

³⁶ In dezelfde zin DE BROUWER, F., MARTY, C., *l.c.*, *supra* noot 7, p.12.

³⁷ Onder voorbehoud evenwel van het verbod van u-bochtconstructies, dat ook in de preambule bij de Richtlijn Elektronische Handel werd bevestigd: zie considerans 57.

België voor beleggingsondernemingen geldende gedragsregelen, terwijl de verplichtingen voortvloeiend uit het K.B. van 5 augustus 1991 (onder meer verplichting van schriftelijke overeenkomst, precontractuele onderzoeks- en informatieplicht, ...) enkel op grond van artikel 3.4 aan de buitenlandse beleggingsadviseur kunnen worden tegengeworpen.

35. Beide illustraties geven aan dat de Richtlijn Elektronische Handel, mede door de veronderstelde primauteit van de sectorale financiële richtlijnen, de gereguleerde financiële dienstverleners die niet over juridische monopolies beschikken voor welbepaalde financiële diensten, een competitieve handicap toebrengen in vergelijking met de dienstverleners die niet onder een gereguleerd Europees statuut vallen, en voorheen *de facto* niet konden genieten van het recht op vrije dienstverlening. In één beweging hebben laatstgenoemde ondernemingen een Europees paspoort gekregen voor elektronische handel dat gunstiger is dan het paspoort van financiële dienstverleners die hun Europees paspoort ontleen aan de sectorale richtlijnen.

F. Discrepancies tussen intracommunautaire elektronische handel en elektronische handel afkomstig uit derde landen

36. De Richtlijn Elektronische Handel, en het stelsel van wederzijdse erkenning met beperkte uitzonderingen, geldt enkel voor de intra-communautaire elektronische handel, waarbij de aanbieder daadwerkelijk gevestigd is in één van de EU-lidstaten. De door een buiten de EU gevestigde aanbieder aangeboden diensten vallen niet onder de richtlijn, maar blijven national gereguleerd, ook al wordt hierbij gebruik gemaakt van apparatuur binnen de EU (bijv. server gelokaliseerd in een lidstaat). Vanuit het perspectief van de aanbieders bouwt de Richtlijn Elektronische Handel hierdoor een stimulans in om binnen de Unie een daadwerkelijke vestiging aan te houden, zodat deze het voordeel van de wederzijdse erkenning kan genieten. Op die wijze wordt eveneens zeker gesteld dat deze aanbieders de informatieverplichtingen die de Richtlijn Elektronische Handel en andere specifieke richtlijnen inzake verkoop op afstand zal naleven.

Vanuit het perspectief van de afnemers van de diensten, dreigt de beperking tot intracommunautaire elektronische handel evenwel ongewilde effecten te genereren: voor het ontvangstland wordt het immers eenvoudiger om de eigen regulering ter bescherming van de belangen van consumenten, en ruimer, van beleggers en van het financiële bestel, toe te passen op een niet-communautaire dienstverlener dan voor een communautaire dienstverlener. De consument of belegger in het ontvangstland zou, door het beperkende effect van artikel 3.4, bijgevolg een betere bescherming kunnen genieten ten aanzien van de dienstverlener die buiten de EU is gevestigd. Nu zeker financiële diensten bijzonder gevoelig zijn voor het vertrouwen van de afnemer, zou de Richtlijn paradoxaal tot gevolg kunnen hebben dat gebruikers zich sneller tot niet-communautaire aanbieders richten, in de wetenschap dat het eigen rechtstelsel, waar ze per hypothese beter mee vertrouwd zijn, hen meer beschermingsmogelijkheden biedt. Het verdient aanbeveling om zoveel mogelijk een *level playing field* te creëren tussen beide situaties, onder meer door de derogatiemogelijkheden van het ontvangstland in de intracommunautaire context zoveel mogelijk af te stemmen op de objectieve noden terzake van de afnemers van de diensten (bijv. inzake bescherming van niet-onderlegde beleggers die niet als 'consument' zijn te beschouwen).

Conclusies

37. Voorgaande analyse heeft uitgewezen dat een aantal fundamentele vragen omtrent de interpretatie en de toepassing van de Richtlijn Elektronische Handel in de sector van de financiële dienstverlening open blijven. Hieruit blijkt in elk geval dat de communautaire wetgever heeft gefaald in haar primaire doelstelling om meer rechtszekerheid te bieden.³⁸ De politieke druk om snel een algemeen juridisch instrument te hebben was bijzonder groot, mede om andere economische grootmachten de loef te kunnen afsteken, maar is duidelijk ten koste gegaan van duidelijkheid en rechtszekerheid. De Medeling van de Europese Commissie omtrent de toepassing van de Richtlijn Elektronische Handel in de financiële sector blijft oppervlakkig in het beantwoorden van de voormelde juridische vragen.

38. Fundamenteel rijst de vraag of het integratieparadigma waarop de Richtlijn Elektronische Handel steunt, met name wederzijdse erkenning zonder minimum harmonisatie van wetgeving in het door de richtlijn bestreken gecoördineerde gebied, efficiënt en adequaat is. Zonder emer de wederzijdse erkenning van wetgevingen aan de lidstaten opleggen, zonder garantie dat het herkomstland afdoende bescherming biedt van de belangen van afnemers en concurrenten, dreigt een juridische chaos te creëren, waarin ongebreidelde concurrentie tussen wetgevers uiteindelijk een vertrouwensbreuk bij de gebruikers zal genereren en de marktintegratie *in ultimo* meer zal afremmen dan stimuleren. De strategie van de Europese Commissie, zoals eveneens uit haar Mededeling blijkt, houdt klaarblijkelijk in te veronderstellen dat de orde uit de chaos zal voortkomen, doordat de lidstaten mer convergentie in de bescherming van consumenten en beleggers zullen nastreven. Er is evenwel geen enkele indicatie dat deze strategie zal slagen: integendeel, de vermeende economische belangen die met de ontwikkeling van elektronische handel gepaard gaan, dreigen veeleer competitieve deregulering in de hand te werken. De actoren langs de aanbodzijde zullen blijven ijveren om de elektronische handel zo min mogelijk gereguleerd te zien, zoals ze thans zware druk op de Europese Commissie hebben uitgeoefend om aan het herkomstlandbeginsel een ruime werking in de Richtlijn Elektronische Handel toe te kennen.

39. Tegenover het principe van wederzijdse erkenning moet dus, bij ontstentenis van (minimum) harmonisatie van bepaalde beschermenswaardige belangen de mogelijkheid voor de lidstaten behouden blijven om consumenten- en beleggersbeschermende regelen te blijven toepassen, met het oog op het verzekeren van het vertrouwen van de afnemers in de elektronische handel. Het algemeen belang-voorbehoud, met de eraan verbonden randvoorwaarden die een afweging met het principe van vrij verkeer mogelijk maakt, vormt hiervoor een adequaat instrument: wanneer het algemeen belang-voorbehoud correct door de lidstaten wordt toegepast, leidt het niet enkel tot een meer evenwichtige harmonie tussen vrij verkeer en bescherming van bepaalde maatschappelijke belangen, maar creëert het eveneens een dynamiek voor verdere convergentie van consumenten- en beleggersbescherming op Europees vlak. Essentieel is evenwel dat de natuurlijke reflex van de lidstaten om het algemeen belang extensief in te vullen, en zodoende de balans ten nadele van het vrij verkeer te laten overhellen, tegengegaan wordt. Dit kan door enerzijds meer transparantie te creëren omtrent de aanwending door de lidstaten van het algemeen belang-voorbehoud, en anderzijds toezichtsmechanismen te hebben die de conformiteit van het optreden van de lidstaten met het Gemeenschapsrecht *screent* en zo nodig sanctioneert.

³⁸ Zie met name de, bijzonder laconiek klinkende, zevende overweging in de preambule bij de richtlijn elektronische Handel: "Ter wille van de rechtszekerheid en het vertrouwen van de consumenten, moet deze richtlijn een duidelijk en algemeen kader betreffende bepaalde juridische aspecten van de elektronische handel in de interne markt vastleggen."

40. In werkelijkheid bevat de Richtlijn Elektronische Handel reeds een aanzet in die richting: enerzijds kan de wederzijdse erkenning op grond van artikel 3.4 doorbroken worden om redenen van algemeen belang. Anderzijds wordt doorheen de notificatieprocedure de transparantie en het verplichte toezicht door de Europese Commissie op het aanwenden van het algemeen belang-voorbehoud georganiseerd. Het systeem vertoont evenwel fundamentele tekortkomingen: de uitbouw van een *algemene a priori* notificatie betreffende de wet- en regelgeving van het ontvangstland die onder het uitzonderingsregime kan vallen, gekoppeld aan een conformiteitscontrole door de Europese Commissie, zou een veel efficiënter, en uiteindelijk minder bureaucratisch middel vormen om misbruiken door de lidstaten tegen te gaan. Het is overigens jammer dat de Europese Commissie niet reeds vroeger in de traditionele financiële dienstverlening deze *démarche*, waartoe ze nochtans de juridische middelen had, heeft aangewend.³⁹ Overigens zou zulke benadering toelaten om ook inhoudelijk een grotere consistentie te krijgen in de regulering van de transnationale elektronische handel: enerzijds zou de volledige materie van consumentenbescherming, met inbegrip van de contractuele materie, binnen het systeem van wederzijdse erkennen met transparante afwijkmogelijkheid kunnen worden gebracht. Anderzijds zou hierdoor het juridische kader van transnationale (financiële) dienstverlening meer medium-neutraal worden: de doorwerking van het algemeen belang-voorbehoud zou in verregaande mate gelijklopend zijn naargelang de dienstverlening op traditionele dan wel op elektronische wijze plaatsgrijpt.

41. Inmiddels kampt de Richtlijn Elektronische Handel evenwel met fundamentele tekortkomingen. Het is nooit eenvoudig om (juridische) bruggen te slaan met de (technologische) toekomst. De architecten van de Richtlijn zullen evenwel moeten toegeven dat de constructie op vele punten wankelt, en bereidheid moeten vertonen om de nodige verbeteringswerken uit te voeren. Alleen dan kan het beoogde klimaat van 'duidelijkheid en rechtszekerheid' ooit werkelijkheid worden.

³⁹ Zie met name de notificatieprocedures inzake regelen van algemeen belang in de Tweede Bankrichtlijn (art. 19.4) en de Richtlijn Beleggingsdiensten (art. 17.4 en 18.2) , waaromtrent de Commissie in haar interpretatieve mededeling betreffende de Tweede Bankrichtlijn evenwel oordeelde dat ze geen verplichting inhielden voor de lidstaten.