

Boeksignaleringen

Gert Straetmans, Jules Stuyck, Evelyne Terryn (red.), De wet handelspraktijken anno 2008, Reeks Studiecentrum Consumentenrecht deel 10, Mechelen: Wolters Kluwer België 2008

Het Leuvense Studiecentrum voor Consumentenrecht heeft de gelegenheid van de implementatie van richtlijn 2005/29 (Oneerlijke Handelspraktijken; OHP) in het Belgische recht te baat genomen om gezamenlijk met de Universiteit Antwerpen een tweetal studiedagen te organiseren. De bijdragen aan deze bundel zijn de schriftelijke neerslag daarvan. België kende al sinds 1971 de Wet op Handelspraktijken (WHPC), waarin onderwerpen werden geregeld die deels in de richtlijn OHP zijn terug te vinden. Per 1 december 2007 is de richtlijn geïmplementeerd in de WHPC. Dat die implementatie niet vlekkeloos te noemen is, constateerde Terryn al in dit tijdschrift.¹ De bijdragen aan het boek zijn ook kritisch op dit punt. Problematisch is vooral dat de richtlijn totale harmonisatie beoogt² en het dus van belang is om de consequenties van het werkingsbereik van de richtlijn voor bestaande nationale regelgeving goed te doordenken. Vallen bijvoorbeeld de uitgebreide regels betreffende verkoop onder kostprijs (art. 40-41), prijsvermindering, uitverkoop en opruiming (art. 42-53), die nog steeds in de WHPC staan, onder dat werkingsbereik? Gheur (p. 305 e.v.), De Brouwer (p. 143 e.v.), Stuyck (p. 87 e.v.), Terryn (p. 52 e.v.), Straetmans (p. 32 e.v.) komen tot de eensgezinde conclusie dat dit inderdaad het geval is en dat de WHPC grondige herziening behoeft. Treffend is overigens dat uit de bijzonder grondige rechtsvergelijkende analyse van Keirsbilck (p. 219 e.v.) volgt dat niet alleen de Belgische maar ook de Duitse wetgever een zekere struisvogeltactiek heeft toegepast. Het Duitse wetsontwerp ter implementatie van de richtlijn OHP laat bijvoorbeeld de nationale regels rondom aanbiedingen, kortingen en cadeaus in stand (Keirsbilck, po. 259 e.v.). Het boek bevat als gezegd bijdragen over de richtlijn OHP en de implementatie daarvan in de WHPC, maar er zijn ook enkele bijdragen te vinden over de verhouding van de WHPC tot het mededingingsrecht (Wytinck), en over nieuwe regels in de WHPC rondom handhaving van IE-rechten (Janssens, Ponet). De bundel is een belangrijke toevoeging aan de literatuur over (implementatie van) de richtlijn OHP en het mag dus niet ontbreken in de collectie "Europees consumentenrecht". Als ik iets mocht wensen dan was het dat in de bundel nog een afzonderlijke bijdrage over handhaving van de richtlijn in België was opgenomen.

Markus Hoffmann, Die Reform der Verbraucherkredit-Richtlinie (87/102/EWG), Schriften zum Europäischen und Internationalen Privat-, Bank- und Wirtschaftsrecht Bd. 20, Berlin: De Gruyter 2007

¹ E. Terryn, 'De omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken in België: reculer pour mieux sauter?', TvC 2008/1, p. 27 e.v.

² Daarover, met verdere verwijzingen, W.H. van Boom, 'Inpassing en handhaving van de Wet Oneerlijke Handelspraktijken', TvC 2008/1, p. 7.

Dit boek werd in het najaar 2006 aan de Berlijnse Humboldt-Universität als Duitse Doktorarbeit (PhD thesis) verdedigd. Het boek is actueel, niet zozeer omdat er maar weinig boeken zijn over consumentenkredietrichtlijn 87/102/EG, maar vooral omdat meer dan de helft van het boek over de hervorming van de richtlijn gaat. Jammer is natuurlijk dat de auteur niet meer in staat was om de nieuwe richtlijn 2008/48/EG te verwerken. Toch heeft het boek blijvende waarde omdat de auteur wel uitvoerig de beleidsdiscussies behandelt die tot de recente richtlijn hebben geleid. Het boek staat eerst uitgebreid stil bij de ontwikkeling van het recht ten aanzien van consumentenkrediet in met name Duitsland en Engeland tot 1986, daarna worden richtlijn 87/102 alsmede de verschillende ontwerpen voor een nieuwe richtlijn uitvoerig geanalyseerd. Bijzondere aandacht is er voor de problematiek van overkreditering en financiële educatie. Wat ook van waarde is, zijn de voorstellen die de auteur in een apart hoofdstuk doet voor onderwerpen die op Europees niveau ook geregeld zouden moeten worden. Zo geeft de auteur een voorstel voor een regeling voor credit-scoring. Dat is een techniek waarbij kredietverleners met statistieken de kredietwaardigheid van individuen inschatten. Hoffmann stelt voor om wettelijk te regelen dat de beslissing om krediet te verlenen en de voorwaarden waaronder niet afhankelijk mogen zijn van een creditscore die data weegt omtrent ras, kleur, religie, etniciteit, geslacht, familiesituatie of het aantal keren dat een eerdere score is opgevraagd. Die laatste omstandigheid zou ik overigens graag wél laten meewegen omdat deze wel degelijk objectieve informatie kan geven over leengedrag. Al met al is dit een boek dat goed thuishoort in de collectie “Europees consumentenrecht”.

Michelle Kelly-Louw, James P. Nehf, Peter Rott (eds.), The Future of Consumer Credit Regulation – Creative Approaches to Emerging Problems (serie Markets and the Law), Aldershot: Ashgate 2008

Een meer mondiale dimensie van consumentenkrediet treffen we aan in dit boek, dat een aantal van de papers bundelt die werden gepresenteerd op de 11e International Conference on Consumer Law (Zuid Afrika 2007).³ Het boek bestaat uit drie delen: ‘emerging paradigms’, ‘responsible lending’ en ‘debt relief and insolvency’. Dat laatste deel betreft niet krediet- maar schuldenproblematiek en detoneert dus. Het had – met uitzondering van het stuk van Michelle Kelly-Louw – niet mogen worden opgenomen, gegeven de titel van het boek. De eerste twee delen daarentegen passen wel én zijn zeer actueel, hoewel jammergenoeg het accent in het geheel niet op Europa ligt. Het boek besteedt uitzonderlijk weinig aandacht aan Richtlijn 87/102 of Richtlijn 2008/48 (consumentenkrediet). Ik tel slechts 6 (oppervlakkige) bladzijden in de bijdrage van Manfred Westphal. Hier speelt de herkomst van de auteurs ongetwijfeld een rol: de meesten komen uit Amerika, het Verenigd Koninkrijk, Australië en Zuid-Afrika. Die herkomst van de auteurs is ook overigens van belang omdat deze in hoge mate de gekozen invalshoek bepaalt. Verschijnselen als ‘predatory lending’ (op agressieve wijze krediet verkopen aan personen waarvan men weet dat die daarmee in financiële problemen komen), ‘payday loans’ (kortlopend en hoogrentend krediet dat op salarisdata weer terugbetaald moet worden) en overmatig krediet via credit cards komen in sommige

³ De organisatie was in handen van de International Association of Consumer Law; zie www.iaclaw.org.

landen namelijk meer voor dan in andere, en dat kleurt uiteraard de invalshoek van de bijdragen.

Van de bijdragen zijn vooral de volgende interessant. In haar bijdrage 'Responsible lending or restrictive lending practices?' behandelt Therese Wilson enig empirisch Australisch materiaal over de voorwaarden waaronder consumenten met kleine inkomens in staat blijken om krediet af te betalen. Michelle Kelly-Louw behandelt een opmerkelijke 'in duplum' regel die inhoudt dat de bedongen en onbetaald gebleven rente op een consumentenkrediet niet hoger kan oplopen dan een bedrag gelijk aan de geleende som zelf. Te verwachten valt dat een dergelijke regel tot betere monitoring van de kredietnemer leidt, maar of dat werkelijk zo is komt in de bijdrage van Kelly-Louw helaas niet aan de orde. Bijzonder interessant is de bijdrage van Rashmi Dyal-Chand (Northeastern University School of Law, Boston, VS). Zij analyseert de verschillen in regulering (zowel federaal als op staatsniveau) van hypothecair krediet en creditcard (cc) krediet. Die laatste vorm is de laatste jaren van bijzonder groot belang geworden en heeft vooral de functie van steeds intensiever gebruikt doorlopend krediet (in 2004 was de gemiddelde cc-schuld \$ 12.500 per kaarthouder). De mate en wijze van regulering van cc-krediet wijkt echter nogal af van die van hypothecair krediet. Bij cc-krediet is de regelgeving in de VS primair gericht op het wegnemen van informatieachterstand bij consumenten, terwijl deze bij hypothecair krediet primair op bescherming tegen het lichtvaardig ontnemen van eigendom is gericht. Dat verschil in benadering geeft cc-houders relatief weinig bescherming tegen 'predatory lending'-praktijken. Het idee dat sommige personen van de regen in de drup raken met verleend krediet en dus geen krediet zouden moeten krijgen, is on-Amerikaans paternalisme, zo maak ik uit de bijdrage op. Daarmee geeft Dyal-Chand ook inzicht in de bijdragen die de (relatief) ongereguleerde markt voor consumptief krediet in de VS en het weinig rationele consumentengedrag hebben geleverd aan het groter en groter worden van de financiële zeepbel die momenteel met een luide knal uiteenspat.

Al met al concludeer ik dat dit boek te weinig Europeesrechtelijke aanknopingspunten biedt om opname in de collectie "Europees consumentenrecht" te rechtvaardigen. Voor diegenen die zich in (mondiale) aspecten van consumentenkrediet willen verdiepen, heeft het wel wat te bieden. Teleurstellend is dat de titel de lading niet dekt: er zit een deel over algemene schuldenproblematiek in dat er gezien de titel niet in hoort en er ontbreekt een concluderend hoofdstuk waarin voorspellingen over 'the future of consumer credit regulation' worden gedaan en waarin de rode draad van de bijdragen wordt benoemd.

Olha Cherednychenko, Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party – A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions, München: Sellier 2007

Dit boek, dat als dissertatie te Utrecht werd verdedigd, betreft de zogenaamde 'constitutionalisering' van het privaatrecht, meerbepaald het contractenrecht.⁴

⁴ Het boek is geheel toegankelijk op

<<<http://igitur-archive.library.uu.nl/dissertations/2007-0418-200241/index.htm>>>

Cherednychenko onderzoekt door middel van een analyse van Engels, Nederlands en Duits recht (alsook het EVRM en EU-recht) hoe fundamentele rechten en modern overeenkomstenrecht zich tot elkaar verhouden en welke rol die rechten spelen in gevallen waarin zich een 'imbalance in power' voordoet. Het boek analyseert de ontwikkeling van fundamentele rechten en privaatrecht (deel II van het boek), of en in hoeverre de zwakkere partij bescherming krijgt en verdient (deel III) en welk beschermingsniveau (via horizontale werking van grondrechten) wenselijk is (deel IV). De Nederlandse lezer ziet zich in dit verband geplaagd voor de complicatie dat 'constitutionalisering' in de Nederlandse context andere associaties oproept dan bijvoorbeeld in de Duitse. Het begrip 'constitutionalisering' bij Cherednychenko betreft in brede zin de invloed van fundamentele rechten op het privaatrecht (denk aan het recht om niet gediscrimineerd te worden bij aankoop van een woning) en in meer enge zin de invloed van de grondwet of constitutie van een land op het plaatselijke privaatrecht. In die laatste uitleg zal men in ons land niet snel voorbeelden van 'constitutionalisering' vinden, en zeker niet waar het betreft 'risky financial transactions'. Als in ons land bijvoorbeeld de geldigheid van de particuliere borgtocht wordt onderzocht, zal niet snel gerefereerd worden aan het fundamentele en grondwettelijk gewaarborgde ontplooiingsrecht of het recht om niet met schuldenlast te worden overladen. Dat is wellicht te verklaren met het gegeven dat ons recht geen constitutionele toetsing kent en evenmin een constitutioneel hof dat onze civiele rechter zonnodig bijstuurt. In elk geval kent ons recht wél een in bepaalde opzichten vergelijkbaar beschermingsniveau van individuen, maar dan niet zozeer door te refereren aan fundamentele rechten. Veeleer worden juist privaatrechtelijke beginselen ontwikkeld die recht beogen te doen aan de bescherming van individuen, zoals de bancaire zorgplicht om onder omstandigheden de cliënt te kennen, te waarschuwen en te behoeden. In de Nederlandse context is er niets constitutioneels aan zorgplichten. Als ik het goed begrijp, ziet Cherednychenko ook geen bijzondere meerwaarde in het ondergeschikt maken van privaatrecht aan grondrechten door 'constitutionalisering' van het privaatrecht, onder andere omdat fundamentele rechten als zodanig minder geschikt zijn om bescherming te verlenen dan de civiele rechter al met zijn civielrechtelijk instrumentarium kan. Ik vermoed overigens dat dit tot op zekere hoogte een kwestie van lokale perceptie is; vermoedelijk zullen Engelse juristen momenteel de invloed van de Human Rights Act 1998 op de common law veel meer als een breekijzer ervaren dan de Duitsers de invloed van hun Grundgesetz op het Duitse privaatrecht.

Mijn conclusie over het boek is niet eenduidig. Enerzijds zit er voldoende consumentenrecht in dit boek om opname in de collectie "Europees consumentenrecht" te rechtvaardigen, anderzijds is het boek ook wel een heel uitgebreid verslag over constitutionele aspecten die eigen zijn aan specifieke jurisdicties. Voor het consumentenrecht zijn in het bijzonder van belang de delen van het boek die bijzondere aandacht schenken aan de particuliere borgtocht (hfdst. 6) en bescherming tegen financiële risico's door financiële dienstverleners bij beleggingsadvies en bij execution-only dienstverlening (d.w.z. bemiddeling bij aankoop effecten en beleggingsproducten zonder advisering) (hfdst. 7, 8).

Christopher Harding, Uta Kohl and Naomi Salmon, Human Rights in the Market Place - The Exploitation of Rights Protection by Economic Actors (serie Markets and the Law), Aldershot: Ashgate 2008

Dit boek, dat werd geschreven door medewerkers van Aberystwyth University (Wales, UK), betreft kortgezegd fundamentele rechten en 'de markt'. Het boek concentreert zich daarbij overigens niet op nationale rechtsstelsels, maar veeleer op Europees en internationaal handelsrecht (bijv. WTO) en op de politiek-juridische processen die daarbij een rol spelen. Centraal in het boek staat het gebruik van het concept van 'fundamentele rechten' door de verschillende spelers op de markt: overheden, multinationals, MKB en consumenten. Het boek gaat in op de vragen als: komt aan ondernemingen (onderling) een beroep op fundamentele rechten toe? Welke fundamentele rechten komen aan consumenten toe in de westerse (transnationale) markteconomie? Dat zijn nogal weidse vraagstukken en het kost daarom wel moeite om de rode draad van het boek vast te houden. De vraag 'valt reclame onder vrijheid van meningsuiting' (hfdst. 8) heeft op het eerste gezicht toch weinig raakvlakken met de vraag 'moet een onderneming die verdacht wordt van deelname aan een kartel op dezelfde voet behandeld moet worden als een individu' (bijv. wat betreft 'nemo tenetur', toegang tot het bedrijfspand, etc.; hfdst. 5). Beide vragen hebben iets te maken met fundamentele rechten en de 'market place', maar voor mij slaagt het boek er niet in om een hechter verband te ontwikkelen. Dat neemt niet weg dat het boek lezenswaardige stukken kent. Hoofdstuk 3 over de BSE-crisis mondt uit in algemene beschouwingen over de fundamentele 'marktrechten' van consumenten en over de verhouding tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke regulering van consumentenrechten. Hoofdstuk 6 betreft de aanscherping van voedselveiligheidsbeleid op EU-niveau naar aanleiding van de opkomst van genetisch gemodificeerde gewassen, en mondt uit in een algemene analyse van de ontwikkeling van het Europese (voedsel)veiligheidsbeleid. Een van de conclusies van het boek is dat consumenten minder geneigd zijn om een beroep te doen op fundamentele rechten, omdat zij al het onderwerp van toenemende bescherming door wetgevers zijn. Het zijn volgens de auteurs juist ondernemingen die de motor zijn achter de evolutie van fundamentele rechten in de 'market place'. Dat zal vermoedelijk niet in de laatste plaats aan hun grotere geneigdheid tot procederen en de creativiteit van hun advocaten toe te schrijven zijn.

Mijn conclusie is dat dit boek gemist kan worden in de collectie "Europees consumentenrecht"; het lijkt me relevanter voor grondrechten-experts.

Chris Willett, Fairness in Consumer Contracts (serie Markets and the Law), Aldershot: Ashgate 2007

Het Engelse recht kende al langere tijd een wettelijke regeling voor de toetsing van algemene voorwaarden in overeenkomsten met consumenten, de Unfair Contract Terms Act (UCTA 1977). De implementatie van Richtlijn 93/13 vond vervolgens plaats in aparte regelgeving, de Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations. Het resultaat is een bonte lappendeken, waarbij er dus onder andere twee begrippen van 'fairness' naast elkaar spelen. Voor de hand liggend is dan ook de suggestie uit 2005 van de Law

Commission om het wettelijk stelsel te herzien, waarbij de Commission het concept 'fair and reasonable' als maatstaf voorgesteld. Die herziening is vermoedelijk inmiddels door het tussenkomende ontwerp-richtlijn consumentenrechten in de ijskast beland.⁵ Die ontwikkeling kon Willett in 2007 nog niet verdisconteren in zijn boek.

Willett probeert in dit boek de 'fairness'-concepten uit de common law, de UCTA 1977, de richtlijn en implementatie daarvan, en het voorstel van de Law Commission aan elkaar te spiegelen. Het boek analyseert uitgebreid het 'fairness' concept, onder andere door het af te zetten tegen het concept van contractvrijheid. Het resultaat is onder meer een omstandighedencatalogus (met veel aandacht voor de indicatieve lijst) waarbinnen de 'redelijke consumentenverwachting' een grote rol speelt.

Het leerzame van dit boek is de verwevenheid van privaatrecht en publiek toezicht. De naleving van Richtlijn 93/13 is namelijk niet zuiver een zaak van de civiele rechtspraak, maar vooral ook van de Office of Fair Trading (OFT) als publieke toezichthouder op mededinging en consumentenzaken. De OFT ontwikkelt beleid dat 'fairness' concreet invult en toepast. Zie bijv. de beleidsregels *Unfair contract Terms Guidance*.⁶

Willett laat bovendien goed zien dat verschillende fora voor handhaving ook de kans op uiteenlopende accenten vergroot, zoals bijvoorbeeld te zien is in *Director General of Fair Trading v. First National Bank*.⁷ Dat moet een les zijn voor Nederland, want ook ons recht koos het pad van meervoudige handhavingsfora (denk aan de handhaving door de Consumentenautoriteit in een WHC-procedure en private partijen voor een civiele rechter in een gewone procedure). Het boek is kortom niet alleen relevant voor Engelse beoefenaren van het consumentenrecht. Ons consumentenrecht kan leren van dit boek voor de invulling van 'fairness', maar ook wat betreft voor de verhouding tussen de verschillende handhavingsvormen van het consumentenacquis (zie m.n. p. 404 e.v.). Mijn conclusie is dus dat dit boek zonder meer thuishoort in de collectie "Europees consumentenrecht".

⁵ Zie <http://www.lawcom.gov.uk/unfair_terms.htm>. Zie voor de reactie van het department DTI (Department for Trade and Industry, inmiddels BERR, Department for Business Enterprise and Regulatory Reform) <<<http://www.berr.gov.uk/whatwedo/consumers/buying-selling/sale-supply/unfair-contracts/index.html>>>.

⁶ << http://www.oft.gov.uk/advice_and_resources/resource_base/legal/unfair-terms/guidance>>. Zie bijv. Willett, bijv. p. 278 e.v.

⁷ *Director General of Fair Trading v. First National Bank* [2001] UKHL 52.