

C.W.M. Lieveise &, J.G.J. Rinkes *Oneerlijke handelspraktijken en handhaving van consumentenbescherming in de financiële sector, preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2010* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 106), Deventer: Kluwer 2010, xiv, 352 pagina's

Waarom een preadvies over consumentenrecht?

Na een aantal jaren in ontkenning te hebben geleefd, volgt nu ook in de wereld van financiële dienstverlening de erkenning dat de Wet oneerlijke handelspraktijken (Wet OHP; 2008) relevant is voor de retailpraktijk.¹ Goed dus dat de preadviezen 2010 voor de Vereniging voor Effectenrecht in het teken stonden van de Wet OHP. De Wet OHP strekt tot implementatie van de EU-kaderrichtlijn OHP (2005/29/EG), introduceerde art. 6:193a BW t/m art. 6:193j BW, wijzigde art. 6:194 BW en art. 3:305d BW en paste de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc; 2006) in een aantal opzichten aan.² Die laatste wet bestond al wat langer en diende ter uitvoering van andere Europese regelgeving. De Whc was ook de instellingswet van de Consumentenautoriteit (CA), een toezichthouder die sinds 2006 toezicht houdt op naleving van regelgeving met betrekking tot collectieve consumentenbelangen. De Whc geeft bovendien specifieke handhavingsbevoegdheden aan de AFM en enkele andere bijzondere toezichthouders voor wat betreft bepaalde regels van consumentenrecht. De Wet OHP heeft de CA en de AFM nog meer bevoegdheden gegeven.

De relevantie van de Wet OHP voor de effectenrechtelijke praktijk is gelegen in zowel het materiële recht als het procedurerecht. De normen die oneerlijke handelspraktijken verbieden, zijn deels opvolger van de wettelijke regeling inzake misleidende reclame en zijn daarmee dus bijvoorbeeld van belang voor prospectus en andere aanbiedingspraktijken. Wat betreft de procedure is van belang dat de AFM publiekrechtelijke handhavingsbevoegdheden heeft uit de Wet OHP ten aanzien van financiële diensten en activiteiten. En de AFM maakt creatief gebruik van die bevoegdheden. Dat gevoegd bij het feit dat de Wet OHP niet alleen van toepassing is op de precontractuele fase bij financiële diensten, maar soms ook relevantie kan hebben voor handelspraktijken tijdens en na de uitvoering van de overeenkomst, maakt dat de Vereniging voor Effectenrecht een gelukkige keuze heeft gemaakt wat betreft het onderwerp voor de preadviezen. De preadviseurs vullen elkaar wat expertise betreft goed aan: advocate Lieveise heeft praktijkervaring in het financieel recht en hoogleraar Rinkes is juist in het consumentenrecht gespecialiseerd. Lieveise tekende voor deel 1 getiteld *Taken en bevoegdheden van de AFM* en

Rinkes tekende voor deel 2 getiteld *Een consumentenrechtelijk perspectief*. Beide preadviseurs sluiten met stellingen af. Achterin het boek zijn de teksten van relevante Europese regels en Nederlandse wetten opgenomen.

Taken en bevoegdheden van de AFM

Lieveise stelt twee vragen centraal: welke bevoegdheden heeft de AFM onder de Whc en de Wet OHP en hoe verhouden die zich tot de bevoegdheden uit de Wft?

Na een korte inleiding behandelt zij in hoofdstuk 2 de achtergrond en totstandkomingsgeschiedenis van de Whc. Die achtergrond is te vinden in Verordening (EG) nr. 2006/2004 inzake de samenwerking handhaving consumentenbescherming. Deze verordening heeft als doel te vereenvoudigen dat nationale toezichthoudende instanties bij intracommunautaire inbreuken op consumentenrecht bijstand kunnen inroepen van zusterorganisaties. Is er een klacht over een misleidend prospectus gericht op Duitse consumenten, terwijl het bewijsmateriaal zich in Nederland bevindt, dan moet het voor de Duitse toezichthouder met een eenvoudig verzoek aan de Nederlandse toezichthouder mogelijk zijn om dat materiaal in handen te krijgen. Verordening (EG) nr. 2006/2004 wil dus stimuleren dat de Nederlandse autoriteiten aangezocht wordt om 'lokaal' te handhaven ten behoeve van de Duitse autoriteiten.

Onder de oorspronkelijke Whc was voor de AFM alleen een rol weggelegd bij dergelijke grensoverschrijdende overtredingen in het financiële recht, maar bij de invoering van de Wet OHP is die beperking langzaam prijsgegeven. De Wet OHP kan ook voor zuiver nationale overtredingen gehandhaafd worden; als het wetsvoorstel Wijzigingswet financiële markten 2010 in werking treedt, zal de AFM volledig bevoegd zijn voor *nationale* overtredingen.³

In hoofdstuk 3 schetst Lieveise de Wet OHP en de relevantie van die wet voor de financiële retailpraktijk. Zij behandelt onder meer de maatman van de gemiddelde consument, het begrip 'misleidende handelspraktijk' en de invulling van de Wet OHP in de door de AFM uitgegeven leidraad inzake de open norm 'niet misleidend', maar ook het causaliteitscriterium bij prospectusaansprakelijkheid.

Lieveise bepleit in hoofdstuk 3 onder meer dat het begrip 'handelaar' niet al te ruim getrokken mag worden. Ook komt ze tot de conclusie dat de definitie van het begrip 'handelspraktijk' verband houdt met verkoopbevordering zodat het uitgeven van een prospectus wel als handelspraktijk heeft te gelden, maar commerciële communicatie via financiële verslaggeving bijvoorbeeld niet. Die laatste categorie zou namelijk niet verkoopbevordering ten doel hebben. Ik ben daar niet van overtuigd omdat ook aftersalesgedrag expliciet onder de reikwijdte van de richtlijn valt (incassopraktijken bijvoorbeeld; misleidende mededelingen bij klachtafwikkeling). Als misleidende financiële

1. Wet Oneerlijke Handelspraktijken, *Stb.* 2008, 397, inwerkingtreding 15 oktober 2008.
2. Wet handhaving consumentenbescherming, *Stb.* 2006, 591, inwerkingtreding 29 december 2006. Nader Van Boom, *Handhaving consumentenbescherming – Een toelichting op de Wet handhaving consumentenbescherming*, Zutphen: Paris 2010.

3. *Kamerstukken* 32 036; wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten (Wijzigingswet financiële markten 2010).

verslaglegging de gemiddelde consument-belegger beperkt in zijn vermogen om een geïnformeerd besluit te nemen over het al dan niet van de hand doen van de effecten, valt ook die handelspraktijk ook onder de Wet OHP.⁴ Duidelijk is daarmee overigens wel dat het begrip handelspraktijk in de richtlijn niet heel scherp is afgebakend.

In hoofdstuk 4 behandelt Lieveise de praktische ervaringen van de AFM met de Whc. Zoals bekend heeft de AFM een aantal lasten onder dwangsom uitgevaardigd op grond van de Whc en Wet OHP, waarbij zij vastgoedbeleggers opdracht gaf om aan zittende obligatiehouders meer en betere informatie te geven over een aantal door de AFM essentieel geachte onderwerpen. De AFM gebruikte het raamwerk van de Wet OHP om vastgoedinvesteerders te dwingen om essentiële informatie (o.a. over het totaal aan ingelegde gelden, gestelde zekerheden en liquiditeitspositie) te verstrekken aan hun 'zittende' obligatiehouders, niet bij het aangaan van de belegging, maar gedurende de investering. Opmerkelijk is dat de obligaties waar het hier om ging, veelal een nominale waarde hadden groter dan € 50 000, zodat de AFM geen toezichtinstrumenten uit hoofde van de Wft tot haar beschikking had. In het wilde westen van 'professionele marktpartijen' gelden kennelijk nog wel de regels van consumentenbescherming!

Lieveise vraagt zich af of in de genoemde besluiten wel voldoende oog is geweest voor de vraag in welke zin de 'zittende' obligatiehouders nu precies beïnvloed kunnen zijn in hun 'transactiebesluit' om de obligatie al dan niet van de hand te doen, de voorwaarden te wijzigen of rechten uit te oefenen enzovoort. Dat lijkt me een reëel punt; van de AFM kan worden verwacht dat deze gemotiveerd aangeeft op welke punten de mogelijkheid van een transactiebesluit werkelijk bestaat. Dat de juridische mogelijkheden van obligatiehouders naar de letter van de contractuele relatie met de vastgoedmaatschappij beperkt zouden zijn, lijkt me overigens niet doorslaggevend. Ook een beslissing omtrent om al dan niet nakoming van contractuele rechten te vorderen, is een 'transactiebesluit' in de zin van de Wet OHP.

In hoofdstuk 5 behandelt Lieveise ten slotte een aantal vraagpunten; zij staat stil bij de voor- en nadelen van publiekrechtelijke handhaving van 'privaatrechtelijke normen'. In dat verband is zij van oordeel (stelling 2) dat bestuursrechtelijke handhaving van de Wet OHP beperkt moet worden tot de herstelsanctie van last onder dwangsom en dat beboeting van open normen strijd zou opleveren met art. 7 EVRM (lex-certaino). Hierover zou ik graag meer hebben willen lezen, met name tegen het licht van de besluitenpraktijk van de CA en de bestuursrechtelijke rechtspraak die daar een stuk genuanceerder over is. Ik merk op dat Lieveise zich hier wellicht iets te veel laat leiden door het feit dat in ons land

de Europeesrechtelijke regels van consumentenrecht in het privaatrecht (sterker nog: in het BW) zijn geïmplementeerd. Dat is geen noodzakelijke voorwaarde geweest vanuit het Europese recht gezien. De Richtlijn OHP had evenzogoed ook als strafrecht geïmplementeerd kunnen zijn. Zou er dan nog iemand naar art. 7 EVRM hebben omgekeken?

Ook bepleit Lieveise kort gezegd dat de boetebevoegdheden van de AFM alleen gebruikt zouden moeten worden om louche handelaren van de markt te weren en niet om gebruikelijke praktijken te verrassen met boetes. Ook daar had ik graag meer over gelezen; wat maakt een handelaar louche in het financiële recht? In het 'gewone' consumentenrecht blijkt het namelijk niet altijd eenvoudig om goed te onderscheiden tussen verschillende attitudes van ondernemers (ook daarbinnen zijn nogal eens verschillende stijlen te ontdekken). Is dat in de financiële dienstverlening anders?

Een consumentenrechtelijk perspectief

Het preadvies van Rinkes kiest een andere invalshoek. Hij schetst in hoofdstuk 1 de discussie in de literatuur over financieel recht als specifiek rechtsgebied. Daarna wijdt hij in hoofdstuk 2 enige algemene beschouwingen aan het consumentenrecht, meer in het bijzonder het begrip consument als subject van bescherming in Europese regelgeving. Daarbij komt hij tot allerlei algemene beschouwingen, onder meer over de voorgenomen horizontale Richtlijn consumentenrechten. Vervolgens zet hij de rechtspraak over interpretatie van het begrip 'consument' op een rij. In hoofdstuk 3 komen concrete Europeesrechtelijke regels inzake bescherming van consumenten op financiële markten ter sprake. Het Europese retailbetalingsverkeer (SEPA, PSD) en de Richtlijn betaaldiensten, het Groenboek financiële diensten 2007, maar ook MiFID en de nieuwe Richtlijn consumentenkrediet 2008 passeren de revue.

Daarna besteedt Rinkes aandacht aan de Europese ontwikkelingen op het vlak van hypothecair krediet, financiële diensten op afstand en verzekeringen. Een eerste conclusie is dat op het terrein van financiële dienstverlening geen coherent Europees consumentenbeleid tot ontwikkeling is gekomen. Voor Rinkes valt op dat een koppeling tussen het traditionele consumentenrecht en het financiële consumentenrecht op Europees niveau ontbreekt: eenduidige concepten, definities en gedeelde beleidsdoelstellingen ontbreken. Hij spreekt van een teleurstellende situatie: consumenten moeten maar vertrouwen op marktwerking, toezicht, transparantie, betere educatie en informatievoorziening, maar veel levert het allemaal niet op, zo denk ik Rinkes te kunnen samenvatten.

In hoofdstuk 4 gaat Rinkes verder in op de Richtlijn OHP en Wet OHP. Allereerst wordt daar het begrip 'consument' verkend (de maatman die 'gemiddeld geïnformeerd en oplettend' is enzovoort). Bij financiële dienstverlening komt de inherente spanning naar voren tussen de normatieve maatman die alles leest en zijn best doet te begrijpen

4. Terughoudender: Arons e.a., 'Oneerlijke handelspraktijken bij aanbieden van obligaties: een never ending story?', *WPNR* 2009/6821, p. 953 e.v.

pen wat hij leest en de werkelijke consument die soms ronduit te lui is om zich te verdiepen in het materiaal dat hij nodig heeft om belangrijke financiële beslissingen te nemen. Het is aan rechters om hier in concreto het evenwicht zien te bewaren, maar de keuzes die in dit verband gemaakt worden, zijn essentieel: een hoge mate van bescherming prikkelt consumenten niet tot zelfbescherming, een mindere mate van bescherming helpt niet om het consumentenvertrouwen in financiële dienstverlening te vergroten. En dat laatste is toch ook nodig, dunkt me.

Bij de inhoudelijke behandeling van de Wet OHP staat Rinkes stil bij de Europese beleidsontwikkelingen en het verband tussen bestrijding van oneerlijke handelspraktijken enerzijds en mededingingsbeleid anderzijds. Daarna komt de rechtspraak van het Hof van Justitie EU op de Richtlijn OHP aan de orde. Het Hof heeft een aantal belangrijke prejudiciële vragen beantwoord en zo duidelijk gemaakt dat het maximumharmonisatiekarakter serieus te nemen is. Voor financiële dienstverlening is echter in art. 3 lid 9 Richtlijn OHP een uitzondering gemaakt op dat maximumharmonisatiekarakter: lidstaten mogen verder gaan dan de richtlijn.

In hoofdstuk 5 geeft Rinkes een overzicht van de implementatiewetgeving van de Richtlijn OHP in Engeland, Duitsland, Frankrijk en België. Ik twijfel of dit hoofdstuk veel toegevoegde waarde heeft, want het is vooral een overzicht van wetteksten. Bezwaarlijker vond ik dat naast het overzicht van de genoemde landen ook nog sprake is van het paginalang citeren van Spaanstalige, Slowaakse, Portugese, Poolse en Estse wetteksten zonder enige vertaalhulp: mijn beperkte talenkennis maakte dat ik hier moest afhaken.

Hoofdstuk 6 gaat in op een belangrijk én tegelijk moeilijk onderwerp, namelijk dat van de zorgplichten. Rinkes behandelt hier de verhouding tussen BW en Wft, maar staat ook uitgebreid stil bij transparantieverplichtingen, de financiële bijsluiter én psychologische inzichten inzake consumentenbeslissingen. Vervolgens worden de rechtspraak van de Hoge Raad, veel lagere rechtspraak en uitspraken van de geschillencommissie Kifid rondom bijvoorbeeld aandelenleaseproducten gepresenteerd. In hoofdstuk 7 ten slotte komt het begrip 'professionele toewijding' uit de Wet OHP aan de orde, waarbij onder meer de plaats van zelfregulering door middel van gedragscodes wordt besproken. Ook Rinkes sluit af met een aantal stellingen, waarbij hij teruggrijpt op het voorgaande.

Conclusie: véél informatie

De Wet OHP en de Whc zijn bijzonder complex van opzet. Ze raken bovendien aan veel aspecten van ontwikkeling, marketing en verkoop van financiële producten. Het zal interessant zijn om te zien of en hoe de AFM verder gaat

met het gebruiken van de bevoegdheden uit de Whc. Een klein voorbeeldje. Banken hebben nog wel eens de neiging om op hun websites geen e-mailadres als contactmogelijkheid op te nemen. In plaats daarvan gebruiken zij liever een elektronisch formulier, zodat de klacht of vraag al sneller op de juiste plek in de organisatie terechtkomt. Dat is vanuit bedrijfsmatig oogpunt wellicht te begrijpen, maar het levert wel strijd op met de wet. Op grond van art. 3:15d lid 1 BW moet een website van een bank namelijk zonder meer een e-mailadres melden bij de contactgegevens. Deze banken handelen dus mogelijk in strijd met art. 3:15d BW jo. art. 6:193f BW jo. art. 8.8 Whc jo. art. 3.4 lid 4 Whc jo. onderdeel d bijlage Whc. Als dat zo is, kan de AFM deze overtreding beboeten en een last opleggen om tot naleving te bewegen. Na inwerkingtreding van de Wijzigingswet financiële markten 2010 is dat zeker het geval. Maar wil de AFM wel optreden tegen deze overtredingen? Het zou me niet verbazen als de AFM dit een te onbenullige overtreding vindt om tegen op te treden. Aardig om te constateren, is dat art. 7.2 Whc maakt dat consumentenorganisaties belanghebbende zijn bij besluiten van de AFM op grond van de Whc en dat zij dus besluiten kunnen uitlokken en daar bezwaar en beroep tegen kunnen instellen.

Tegen de achtergrond van de complexiteit van Wet OHP en Whc vervullen de preadviezen van Lieverse en Rinkes zeer uiteenlopende doelen. Lieverse lijkt zich primair te richten op voorlichting van de financieel-juridische rechtspraak en op een heldere analyse van het wetgevend kader en de plaats van de AFM daarbinnen. Lieverse geeft voor financieelrechtelijk georiënteerde juristen die niet zijn ingevoerd in de doolhof van de Whc een goed toegankelijk overzicht van de relevante bevoegdheden van de AFM. Rinkes lijkt vooral allerlei ontwikkelingen op nationaal en internationaal niveau te willen schetsen en op een abstracter niveau met elkaar in verband te brengen.

De preadviezen zijn lijvig en geven héél veel informatie. In beide preadviezen zijn veel wetteksten letterlijk overgenomen en wordt er ruim geciteerd uit de parlementaire geschiedenis en rechtspraak. Bij het preadvies van Lieverse teken ik aan dat een aantal stellingen die aan het eind van het preadvies worden geformuleerd, niet altijd in de tekst van het preadvies zelf beargumenteerd en uitgebouwd worden; over die onderwerpen had ik juist meer willen lezen. Bij het preadvies van Rinkes teken ik aan dat bepaalde dwarsverbanden te weinig uitgewerkt worden om te kunnen bekijken. Ik sluit af met het uitspreken van de hoop dat de preadviezen aan de leden van de Vereniging voor Effectenrecht beter inzicht hebben weten te geven in de nog nauwelijks ontdekte en in kaart gebrachte wereld van het financiële consumentenrecht.

W.H. van Boom