

Alternatieve geschillenbeslechting

dr. mr. F.M.A. 't Hart¹

Op de vergadering van 2 december 2021 zal ten overstaan van de Vereniging voor Financieel Recht het preadvies 'alternatieve geschillenbeslechting in de financiële sector' worden verdedigd. In dit artikel een voorbespreking van dit preadvies, voorzien van enkele kritische beschouwingen als inleiding op de vergadering.

Het preadvies bestaat uit vier delen en ieder deel is geschreven door andere preadviseurs. Donald Hellegers en Mark Nelemans gaan in het eerste deel in op de rol van het Kifid voor consumentengeschillen. Het tweede deel van het preadvies gaat in op de vraag hoe de gedragscode kleinzakelijke financiering de positie van kleine ondernemingen versterkt en wordt verdedigd door Pieter Joost van den Bos en Geert Gladdines. Ronald Kleverlaan heeft het derde deel over zelfregulering in de non-bancaire mkb financieringsmarkt, voor zijn rekening genomen. Het vierde en laatste deel 'Financial services disputes: from court litigation to arbitration?' zal worden verdedigd door Pim Rank en Camilla McPherson.

Het gaat in het kader van deze voorbespreking te ver om alle relevante onderwerpen uit de vier delen van het preadvies te bespreken. Daarom is gekozen voor een of meerdere specifieke onderwerpen uit ieder deel van het preadvies.

1. Kifid voor consumentengeschillen²

Redelijkheid en billijkheid?

Laten wij meteen de discussie beginnen: Hellegers en Nelemans wijzen op de aanwezigheid "van een naar het zich laat aanzien hardnekkige misperceptie ten aanzien van de maatstaf die bindend adviseurs die zijn ingeschakeld om een geschil te beslechten dienen te hantieren." De preadviseurs geven aan dat nogal eens ten onrechte wordt aangenomen dat bindend adviseurs iedere beslissing mogen nemen die zij redelijk en billijk achten ter beëindiging van het geschil.³ Hellegers en Nelemans reageren daarmee op de kritiek die zou zijn geuit door gesprekspartners ten overstaan

van de evaluatiecommissie van het Kifid.⁴

In het evaluatierapport van het Kifid staat daarover:

"Andere stakeholders, uit de advocatuur, deskundigen en uit het toezicht, geven aan dat de borging van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid afdoende is. Zij zien geen aanleiding om aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het Kifid te twijfelen. Wel geven gesprekspartners uit de advocatuur aan dat zij vaker verast worden door uitspraken van het Kifid dan bij de rechter, omdat het Kifid vaker onverwacht overwegingen van redelijkheid en billijkheid in de uitspraak betreft. Advocaten geven aan dat dit deels voortkomt uit het feit dat de Geschillencommissie minder gebonden is aan de zuiver juridische regels, en naar haar aard meer gefocust is op hoe de relatie tussen partijen is geweest, en dat laat meewegen in de uitkomst van procedure. Ook geven zij aan dat sommige financieel dienstverleners vanwege deze onzekerheid overwegen om niet langer te kiezen voor bindende uitspraken."⁵

Als een van de gesprekspartners uit de advocatuur wil ik in reactie hierop twee aspecten naar voren brengen.

Ten eerste de omstandigheid dat het reglement dat op de bindend adviesprocedure bij het Kifid van toepassing is, in de loop der jaren steeds meer veranderingen van processuele aard heeft ondergaan waardoor deze bindend adviesprocedure een grotere gelijkenis heeft gekregen met de civielrechtelijke procedure.⁶ Dat is geen pleidooi om de bindend adviesprocedure zoveel mogelijk te onderwerpen aan voorschriften die in essentie overeenkomen met het Wetboek van

1. Frank 'tHart is redacteur van dit tijdschrift en advocaat te Amsterdam
2. De beide auteurs (mr. dr. D.P.C.M. Hellegers en mr. dr. M.D.H. Nelemans) van het eerste deel van het preadvies zijn als universitair docent privaatrecht verbonden aan de Open Universiteit, onderzoeker bij het Amsterdam Center for Insurance Studies van de UvA en – in dit kader van belang – ook als bindend adviseur bij de Geschillencommissie Kifid.
3. Preadvies pag. 11.

4. De preadviseurs geven aan dat deze misvatting terug te vinden is in het in het voorjaar 2021 door het Ministerie van Financiën gepubliceerde evaluatierapport van het Kifid getiteld 'Evaluatie Kifid 2020'. Het Evaluatierapport is in opdracht van het Ministerie van Financiën opgesteld door SEO Economisch Onderzoek.
5. Evaluatierapport Kifid, pag. 22.
6. Denk ook aan de introductie van artikel 34 Reglement Geschillencommissie financiële dienstverlening (versie 1 april 2017) dat het inwinnen van inlichtingen, het horen van getuigen en het raadplegen van deskundigen reguleert.

Rechtsvordering maar wel wordt met de toenemende formalisering van deze bindend adviesprocedure de verwachting gewekt dat het verloop van deze procedure gelijkens zal vertonen met die van een civielrechtelijke procedure.⁷ Overigens kan verdergaande formalisering van de bindend adviesprocedure op haar beurt afbreuk doen aan de laagdrempelige toegang die het Kifid biedt en meer in het bijzonder het uitgangspunt dat geen procesvertegenwoordigingsplicht is voorgeschreven.

In dit kader is van belang dat de reglementen van de geschilleninstanties van het Kifid – anders dan vandaag de dag – niet altijd hebben voorgeschreven dat (uitsluitend) naar de regelen des recht geoordeeld dient te worden. Interessant is een eerdere kritische opmerking van Hellegers hierover uit 2009:

"Uit art. 19 lid 2 reglement geschillencommissie en art. 11 lid 2 reglement van beroep blijkt dat de geschillencommissie en de commissie van beroep zich bij de beoordeling van een geschil laten leiden 'door hetgeen is bepaald in de wet en de bij of krachtens wetgeving geldende nadere regelgeving of te stellen eisen, de rechtspraak, de overeenkomst in kwestie, de toepasselijke gedragscodes en ereregels alsmede de maatstaven van redelijkheid en billijkheid die de kwestie, waarop de klacht of het geschil betrekking heeft, of de relatie of positie van geschilpartijen, vergt'. ... Het komt overigens op mij over dat de opstellers van de reglementen niet hebben willen aangeven dat de beide commissies gehouden zijn dan wel de vrijheid hebben af te wijken van het positieve recht bij haar werkzaamheden.⁴⁴ De vraag kan dan ook worden gesteld of in de beide reglementen niet beter simpelweg bepaald had kunnen worden dat de geschillencommissie haar beslissingen baseert op Nederlands recht."⁸

De mate waarin het procesverloop is geformaliseerd en de mate waarin een uitspraak is gemotiveerd, is mede bepalend voor hoe de uitspraak wordt gepercipieerd.

Ten tweede, is vanuit de advocatuur aangegeven hoe bepaalde uitspraken van het Kifid soms worden ervaren (!) door financiële instellingen. De formalisering van de bindend adviesprocedure alsmede de groeiende importantie van het Kifid (zowel in reikwijdte van de geschillen die aan het Kifid kunnen worden voorgelegd als de belangen die gemoeid zijn bij bepaalde uitspraken) heeft bij financiële ondernemingen geleid tot hogere verwachtingen dan voor-

heen, ook ten aanzien van de mate waarin een bindend advies is gemotiveerd.

Hellegers en Nelemans geven mijns inziens een onjuiste interpretatie van de geuite kritiek – die aanzienlijk genuanceerder was dan door hen weergegeven – en onvoldoende oog voor hetgeen door aangesloten instellingen wordt ervaren.

Effectueren van consumentenrechten

Hellegers en Nelemans bespreken in hun deel van het preadvies vier mogelijkheden om 'het effectueren van consumentenrechten via Kifid te verbeteren':

- i. de zorgvuldigheidstoets;
- ii. de mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad en/of aan het Europees Hof van Justitie;
- iii. de mogelijkheid van collectieve vorderingen tot staking en verhaal; en ten slotte,
- iv. de mogelijkheid om het instrument van de 'amicus curiae' bij het Kifid in te voeren.

Alvorens daarop in te gaan is het goed te memoreren dat vanuit de Tweede Kamer en organisaties die consumentenbelangen behartigen stevige kritiek is geuit op het functioneren van het Kifid en dat de oproep is gedaan dat het Kifid consumentenvriendelijker zou moeten opereren.⁹ De preadviseurs stellen terecht voorop dat de kernwaarden van onafhankelijkheid, onpartijdigheid en laagdrempeligheid bij het Kifid geborgd zijn onder verwijzing naar het eindoordeel van de Minister van Financiën na de laatste evaluatie van het functioneren van het Kifid.¹⁰ De vraag of het effectueren van consumentenrechten via het Kifid verbeterd kan worden dient - zo dunkt mij - niet gezien te worden in het kader van de geuite kritiek dat het Kifid consumentvriendelijker dient te opereren maar in het kader van een mogelijke verbetering van het functioneren van het Kifid als zodanig.

Zorgvuldigheidstoets

In het Kifid evaluatierapport is de aanbeveling gedaan om bij de beoordeling van klachten de toets aan het juridisch kader breed op te vatten door 'steevast' na te gaan of de klagende consument zorgvuldig door de financiële dienstverlener is behandeld. Ook als de consument die vraag niet expliciet aan zijn klacht ten grondslag heeft gelegd:

"Waar het gaat om de beoordeling van klachten zou het Kifid zijn toets aan het juridisch kader breed moeten opvatten. Daarbij zou overwogen kunnen worden dat het Kifid stevast na gaat of de klagende consument zorgvuldig door

7. Artikel 43.2 Reglement Geschillencommissie financiële dienstverlening (versie 1 april 2017): *"De Geschillencommissie beoordeelt een Klacht naar Nederlands recht. Daarbij houdt zij onder meer rekening met door de betrokken Financiële dienstverlener onderschreven gedragscodes en andere vormen van zelfregulering, voor zover die naar Nederlands recht doorwerken in de verhouding tussen Consument en de Financiële dienstverlener."*

8. Mr. D.P.C.M. Hellegers, 'De geschillenbeslechting bij het Kifid nader beschouwd' in Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht 2009-1.

9. Zo heeft Tweede Kamer lid Alkaya het Kifid bestempeld als 'thuisfluiter': 'Vragen van het lid Alkaya aan de minister van Financiën over de misstanden bij het Kifid' Kamerstukken II 46, 2020 10127 d.d. 28 januari 2020.

10. Kamerstukken II 2020 – 2021 29 507 nr. 156, pag. 4.

de financiële dienstverlener is behandeld (anders gezegd: of de financiële dienstverlener aan de op hem rustende zorgplicht jegens de consument heeft voldaan), ook als de consument die vraag niet expliciet aan zijn klacht ten grondslag heeft gelegd. Het ligt in de rede dat deze zorgvuldigheidstoets plaatsvindt als het desbetreffende dossier een aanwijzing voor een zorgplichtschending bevat.

[...]

In de Wet op het financieel toezicht zijn mede met het oog daarop ook algemene, 'open', zorgvuldigheidsnormen opgenomen, welke normen tevens deel uitmaken van het civiele recht. Deze gedragsnormen kunnen de grondslag vormen voor de hier bedoelde zorgvuldigheidstoets. De toepassing van een zorgvuldigheidstoets zoals hier bedoeld kan de door sommige financiële dienstverleners geuite zorg wegnemen dat uitspraken door het Kifid af en toe onverwacht resulteren in een redelijkheids- en billijkheidsoordeel dat niet rechtstreeks lijkt voort te vloeien uit het juridische debat dat partijen ten overstaan van het Kifid hebben gevoerd¹¹

De preadviseurs onderschrijven deze aanbeveling niet zonder meer. Zij vragen zich af of het stevast uitvoeren van een zorgvuldigheidstoets - ook als de consument daar niet om gevraagd heeft - wel recht doet aan diens positie en wensen. Daarbij komt dat het juridisch kader dat gehanteerd dient te worden door de geschilleninstanties het privaatrechtelijk kader en niet het publiekrechtelijk kader is. Indien de geschilleninstanties tevens een publiekrechtelijk kader - dus naast de toetsing aan de civielrechtelijke zorgplicht ook de toetsing of publiekrechtelijke gedragsregels zijn nageleefd - zou dienen te hanteren zou dat een dubbele belasting vormen.¹²

In aanvulling hierop, merk ik het volgende op. Het uitvoeren van een zorgvuldigheidstoets zonder dat dit de wens is van de consument zou wellicht tegemoet kunnen komen aan het gevoel van ongenoegen dat leeft bij sommige organisaties die consumentenbelangen behartigen - te weten dat de facto sprake is van een ongelijke strijd nu financiële ondernemingen zich vaak laten vertegenwoordigen door eigen juristen of advocaten - maar het uitvoeren van een zorgvuldigheidstoets is ook een belasting van de procedure zelf aangezien hoor en wederhoor toegepast dient te worden alvorens uitspraak mag worden gedaan. Immers, niet eerst bij uitspraak dienen partijen te vernemen welke zorgplichten naar het oordeel van de geschilleninstantie aan de orde waren en

al dan niet geschonden zijn. En wie bedenkt en formuleert de vermeende zorgplichtschendingen zonder dat de geschilleninstantie de rol van procesvertegenwoordiger van de consument gaat vervullen? En hoe geschiedt het procesverloop?

De preadviseurs gaan vervolgens in op de vraag of een met de zorgvuldigheidstoets samenhangende gedragscode 'Code zorgvuldige financiële dienstverlening', wenselijk en levensvatbaar is. De preadviseurs staan niet afwijzend tegenover een dergelijke code maar merken mijns inziens terecht op dat een dergelijke code buiten de sfeer en bevoegdheid van het Kifid ligt. Het zou een kwaliteitsmaatstaf kunnen zijn waaraan financiële dienstverleners zich vrijwillig committeren doch niet een grondslag voor aansprakelijkheid.

Hieraan zou ik willen toevoegen dat ervoor gewaakt dient te worden dat het Kifid het handelen van een aangesloten instelling toetst op andere normen dan rechtsnormen. Bij wijze van voorbeeld refereer ik aan het manifest van de Stichting Geldbelangen waarin 10 aanbevelingen staan, waaronder de aanbeveling dat ook de moraliteit van de aangesloten instelling beoordeeld dient te worden.¹³ Maar wie bepaalt wat moraliteit is of wat de juiste moraliteit is? Onze samenleving kent uiteenlopende normen en waarden doch alleen die normen en waarden die voldoende maatschappelijk draagvlak hebben en gehandhaafd dienen te worden, worden vertaald in rechtsnormen die getoetst kunnen worden. Dat dient zo te blijven.

Prejudiciële vragen

Dan de gedachte of de geschilleninstanties van het Kifid de bevoegdheid zouden moeten hebben om prejudiciële vragen te stellen.

Hellegers en Nelemans refereren aan een preadvies van Loos en Van Boom uit 2010.¹⁴ Loos stelt in dit preadvies dat geschillencommissies niet tot de rechtelijke macht behoren waardoor deze geen prejudiciële vragen aan het Europese Hof van Justitie kunnen of hoeven te stellen. Immers, ingevolge art. 267 VWEU is het stellen van prejudiciële vragen voorbehouden aan 'rechtelijke instanties'.¹⁵ Loos oppert als alternatief de bevoegdheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan een bijzondere kamer van het gerechtshof of aan de Hoge Raad, met name indien zich een vraag van uitleg van een Europese richtlijn voordoet. Van Boom oppert in dit preadvies de mogelijkheid om de koppeling tussen individuele geschilbeslechting en verhaal van massaschade te verbeteren door bijvoorbeeld het instrument van een proefprocedure bij geschillencommissies uit te bouwen, mits

11. Evaluatierapport Kifid, pag. vi.

12. De preadviseurs merken verder op dat ook gelet op het in artikel 7 ADR richtlijn opgenomen transparantiebeginsel, het belasten van het Kifid met een dubbele - zowel publiekrechtelijk als privaatrechtelijke - taakstelling de hanteerbaarheid, transparantie, kwaliteit en doeltreffendheid van de uitspraak van het Kifid juist niet ten goede komen.

13. Het manifest van de Stichting Geldbelangen 'Op naar Kifid 2.0' bevat het standpunt "Niet slechts de juridische merites wordt in een klachtprocedure betrokken. Ook de moraliteit" (versie januari 2020).

14. Loos en van Boom 'Handhaving van het consumentenrecht' Preadvies voor de Vereniging voor burgerlijk recht, 2010 p. 105-106.

15. Preadvies pag. 19.

daarbij verzekerd is dat de uitkomst daarvan ook in alle andere vergelijkbare dossiers toegepast kan worden.

Hellegers en Nelemans zijn van oordeel dat een wijziging van het VWEU niet vereist is en wijzen op een aantal ontwikkelingen die zich sinds 2010 hebben voorgedaan. Zo is in 2012 de Wet prudentiële vragen aan de Hoge Raad in werking getreden, is in 2013 door de Europese Commissie de aanbeveling gedaan over de gemeenschappelijke beginselen voor een mechanisme voor collectieve vorderingen tot schadevergoeding en is op 1 januari 2020 de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie in werking getreden. De preadviseurs stellen verder dat de burgerlijke rechter in 2021 nog steeds niet voldoende rechtsvormend kan opereren op het gebied van consumentenrecht. Zij verwijzen daarbij naar de omstandigheid dat Rank in Tekst en Commentaar BW bij het noemen van voorbeelden van uitspraken waarin grove nalatigheid in de zin van artikel 7:529 BW (schade bij niet toegestane betalingstransacties) is aangenomen, enkel en alleen wijst naar bindende adviezen van het Kifid. Hellegers en Nelemans zijn daarom van oordeel dat een aanpassing van het VWEU niet nodig is nu verdedigd kan worden dat van overheidswege erkende of aangewezen geschillencommissies waarbij aanbieders van bepaalde diensten of producten op grond van de wet verplicht aangesloten zijn, eveneens als rechterlijke instanties in de zin van art 267 VWEU aangemerkt moeten worden.

De vraag of het stellen van prejudiciële vragen mogelijk is, moet worden onderscheiden van de vraag of dit ook wenselijk is. Als argument ten faveure van de mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen is dat het te verkrijgen antwoord duidelijkheid verschaft over de rechtspositie van een groot aantal (potentiële) klagers waardoor overbelasting van het Kifid wordt voorkomen. Als argument ten nadele kan aangedragen worden dat de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen en wellicht ook de mogelijkheid om een zogenaamde massaclaim bij het Kifid in te dienen, ten koste gaat van de laagdrempeligheid van de Kifid procedure en de snelheid om een individuele klacht van een consument te beslechten.

Amicus curiae

De derde vraag is of de figuur van de amicus curiae kan bijdragen aan de doeltreffendheid van de Kifid procedure. De preadviseurs wijzen op de introductie in 2020 van dit rechtsinstrument in het bestuursrecht.¹⁶ Op grond van dit instrument kunnen de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven andere partijen de gelegenheid geven om binnen de door de desbetreffende instantie

te bepalen termijn schriftelijke opmerkingen te maken.

Dit instrument toont volgens de preadviseurs enige gelijkenis met het deskundigenonderzoek. De preadviseurs zijn van mening dat de inzet van dit rechtsinstrument in de geschillen-beslechtingsprocedure het onderzoeken waard is, bijvoorbeeld bij een richtinggevende uitspraak of bij een geschil waarbij te verwachten valt dat de uitspraak 'behavioral consequences' kan hebben. Bij dat laatste refereren preadviseurs aan de gedachte uit het evaluatierapport van het Kifid waarin de aanbeveling is gedaan om meer aandacht te besteden aan inzichten uit de gedragswetenschappen. Preadviseurs merken op dat het investeren in gedragseconomische kennis van secretarissen en commissieleden integraal dient te geschieden in plaats van het inschakelen van derden op ad hoc basis.

De kritiek van de preadviseurs - die ik overigens deel - op deze aanbeveling is niet zozeer gericht op de gedachte om de gedragseconomische kennis binnen Kifid te vergroten, maar om de zorg dat het Kifid als alternatieve geschillenbeslechter hetzelfde materiële recht dient toe te passen als de burgerlijke rechter. Daarbij komt - aldus de preadviseurs - dat van een rechter niet mag worden verlangd dat hij een graad in de economie, psychologie of andere disciplines bezit. Uitgangspunt binnen de rechtelijke macht is ook dat de juridische discipline toereikend is voor de rechterlijke besluitvorming en dat indien gewenst, door de rechter externe expertise en deskundigheid kan worden ingewonnen. De in het recht geformuleerde zorgvuldigheidsnorm moet immers beschouwd worden als een disciplinair gesloten systeem. Daarom dient vanuit de beginselen en kernwaarden als rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en rechtseenheid voorop te staan dat het materieel recht toegepast dient te worden, zoals formeel vastgelegd.

Als overkoepelende zorg zou ik willen uitspreken dat in toenemende mate voor financiële dienstverleners een situatie dreigt te ontstaan die niet altijd even duidelijk is aan welke (minimum) normen voldaan dient te worden. Zo tracht de AFM als gedragstoezichthouder financiële ondernemingen te bewegen zoveel mogelijk te handelen in belang van de klant (klantbelang centraal) hetgeen meer is dan enkel en alleen de juridisch voorgeschreven zorgplicht. Dat uit zich trefend in de principes die de AFM heeft gepubliceerd op het gebied van nudging die niet gerelateerd zijn aan welk publiekrechtelijke norm dan ook.¹⁷ Dit in tegenstelling tot de ACM die in haar leidraad juist wel aanknoopt bij wettelijke normen, zodat duidelijk is wanneer nudging onderdeel uitmaakt van een rechtsnorm en zo ja, welke rechtsnorm.¹⁸

16. Artikel 8:12a Awb.

17. AFM 'Principes voor gebruik van consumentengedragsinzichten', maart 2021 op www.afm.nl.

18. ACM Leidraad Bescherming online consument, februari 2020, p. 11: "De meest relevante juridische bepalingen die betrekking hebben op beïnvloeding op online beslisomgevingen, zijn de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek (hierna ook:

BW) die gebaseerd zijn op de Europese richtlijn oneerlijke handelspraktijken¹⁴. In het bijzonder de regelgeving zoals vastgelegd in de Afdeling 6.3.3A BW. Dit wordt ook wel de wet oneerlijke handelspraktijken genoemd, hoewel het geen afzonderlijke wet is. In de voorbeelden die in deze leidraad worden behandeld, ligt de nadruk dan ook op de toepassing van deze regels over oneerlijke handelspraktijken (hierna ook:

Indien het Kifid moraliteitsoordelen of buitenwettelijke zorgvuldigheidsnormen dient te toetsen dan leidt dat tot een diffuus en verwarrend beeld over waartoe een financiële onderneming is gehouden en dat kan ook onjuiste verwachtingen wekken bij consumenten. Dit geldt temeer nu alleen een schending van een rechtsnorm kan leiden tot een vorm van schadevergoeding.

Ondanks deze zorg ben ik van oordeel dat een geschilleninstanties de mogelijkheid moet hebben om een deskundige te horen indien dat voor haar oordeelsvorming wenselijk is. Het reglement voorziet reeds daarin.¹⁹ Het horen van partijen anders dan procespartijen of benoemde deskundigen in een bindend advies procedure is een interessante gedachte maar van de wenselijkheid daartoe, is mij niet gebleken.

Collectieve vorderingen

De initiatiefnota van het kamerlid Alkayda om ter verbetering van het doel en de structuur van het Kifid onder andere groepsgewijze behandeling van klachten door het Kifid mogelijk te maken, is door het kabinet afgewezen. Dit zou te complex zijn en teveel capaciteit vergen. Hellegers en Nelemans merken op dat het Kifid zich wel bedient van de mogelijkheid om bepaalde uitspraken als richtinggevende uitspraken te bestempelen middels een nieuwsbericht. Hiermee geeft het Kifid het signaal af - richting consument en de financiële sector - dat het antwoord op essentiële in de betreffende van belang zijnde rechtsvragen, richtinggevend is voor (toekomstige) beslissingen in soortgelijke zaken.

De beide preadviseurs opperen de mogelijkheid dat het Kifid reglementair zou kunnen bepalen dat een collectieve prejudiciële vraag aan het Kifid kan worden voorgelegd. Anders dan de richtinggevende uitspraak zou het instrument van de collectieve prejudiciële vraag zo ingericht kunnen worden dat het antwoord leidt tot beëindiging van onzekerheid of geschil omtrent een wezenlijke vraag die de beantwoording behoeft van meerdere individuele geschillen (massavorderingen).

Of dit effect daadwerkelijk wordt bereikt is mijns inziens de vraag. De vraag is of het onderscheid tussen een richtinggevende uitspraak en een collectieve prejudiciële vraag niet te subtiel is voor de praktijk.

OHP). In sommige voorbeelden zijn andere generieke consumentenregels relevant, zoals bijvoorbeeld de BW-regels gebaseerd op de Europese richtlijn consumentenrechten"

19. Artikel 34 lid 8 Reglement Geschillencommissie financiële dienstverlening (versie april 2017): "De Commissie kan, indien zij dat noodzakelijk acht, zelf inlichtingen inwinnen, onder meer door het horen van door haar gewenste getuigen of deskundigen en door het instellen van een onderzoek door een of meer door haar aan te wijzen deskundige(n). Indien de Commissie tot het zelfstandig inwinnen van inlichtingen overgaat, stelt zij partijen hiervan schriftelijk op de hoogte. Gaat de Commissie over tot het horen van door haar zelf opgeroepen getuigen of deskundigen

Wellicht kunnen de preadviseurs hierover een toelichting verschaffen tijdens de vergadering.

2. Gedragscode kleinzakelijke financieringen²⁰

De gedragscode kleinzakelijke financieringen is bindend voor leden van de NVB. Leden van de NVB leningen verstrekken aan kleine ondernemingen dienen zich te houden aan de minimumnormen die in deze gedragscode staan vermeld. De reikwijdte van deze gedragscode is beperkt tot het verstrekken van financiering aan kleine ondernemingen. De gedragscode voorziet in de mogelijkheid om een speciaal bij het Kifid daarvoor ingestelde geschillenloket, een geschil tussen een bank en een klein-zakelijke klant te laten beslechten.

De gedragscode is de resultante van intensieve onderzoeken die de AFM heeft verricht naar bijzonder beheer bij banken. De NVB heeft in september 2015 de Handreiking bijzonder beheer gepubliceerd als initiatief om sectorbreed meer duidelijkheid te geven over de relatie tussen zakelijke klanten en de bank.²¹ Deze gedragscode heeft - aldus de preadviseurs - als belangrijke winst dat wanneer een klacht niet naar tevredenheid is afgehandeld, de gang naar de rechter niet langer de enige optie is.

Het onderwerp van het tweede deel van dit preadvies roept de vraag op hoe gekeken moet worden naar het feit dat de Wft formele criteria hanteert als het gaat om de vraag jegens welke klanten welke gedragsregels in acht genomen moeten worden. Ik noem drie aspecten die in dit kader relevant zijn:

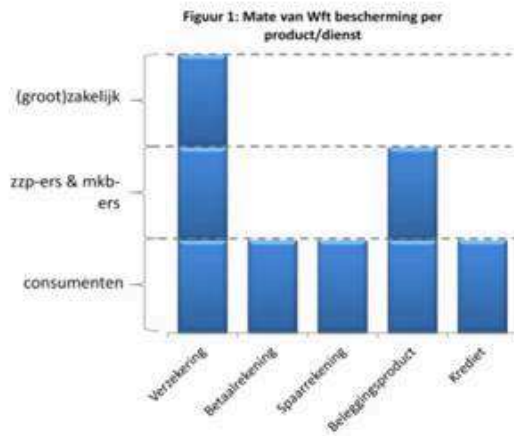
- i. de gedragsvoorschriften uit de Wft zijn voor hun toepassingsbereik afhankelijk van het begrippenkader uit het Europees dan wel nationaal recht. In het najaar van 2016 had de Minister van Financiën een consultatie uitgezet ten aanzien van de vraag of en in hoeverre kleinzakelijke ondernemingen en ZZP'ers additionele bescherming verdienen onder de Wft.²² Het in kaart brengen van het beschermingsniveau leverde het onderstaande plaatje op. Hoewel het een rudimentaire schetst is wordt wel duidelijk dat de aard van dienstverlening relevant is voor het beschermingsniveau onder de financiële toezichtwetgeving.

dan stelt zij partijen in de gelegenheid om bij het horen van deze getuigen of deskundigen aanwezig te zijn".

20. Pieter Joost van den Bos en Geert Gladdines 'zelfregulering door financiers en toegang tot alternatieve geschillenbeslechting: hoe de gedragscode kleinzakelijke financiering de positie van kleine ondernemingen versterkt'. De beide preadviseurs zijn verbonden als beleidsadviseur bij de Nederlandse Vereniging van Banken.
21. NVB 'Handreiking Bijzonder Beheer' te vinden op ww.nvb.nl.
22. Consultatie Ministerie van Financiën 'Effectiviteit en gewenste mate van Wft bescherming voor zpp-ers en mkb-ers', september 2016.

Wettelijke bescherming van kleinzakelijke klanten in de Wft

De huidige wettelijke bescherming van kleinzakelijke klanten in de Wft verschilt per financieel product en type klant. Dit vindt zijn oorsprong in Europese sectorale regelgeving, waarbij veelal per producttype is bepaald welk type klant beschermd wordt. Kleine ondernemers worden hierdoor, onafhankelijk van hun specifieke kennis en deskundigheid, per producttype verschillend beschermd (zie figuur 1 voor een sterk versimpelde weergave).⁵



- ii. Voor het toepassingsbereik van enkele Europese richtlijnen - in Nederland soms geïmplementeerd in het BW en soms in de Wft - is het begrip 'handelend in de uitoefening van het beroep of bedrijf' relevant. Denk bijvoorbeeld aan kredietverlening. Dat leverde recent een lezenswaardige uitspraak op van de rechtbank Overijssel waarin werd overwogen dat een en dezelfde natuurlijke persoon ten aanzien van bepaalde handelingen aangemerkt kan worden als consument en ten aanzien van andere handelingen juist weer niet.²³ De eiser was een natuurlijk persoon die naast een kaashandel ook vastgoed exploiteerde. Na brandschade aan het bedrijfspand stelt deze persoon zijn assurantietussenpersoon aansprakelijk voor schending van de zorgplicht nu hij niet geweest is op het risico van onderverzekering. De rechtbank overweegt dat een natuurlijk persoon zowel kan handelen in de uitoefening van zijn bedrijf en alsdan niet kwalificeert als consument en daarnaast ook kan handelen buiten de uitoefening van zijn bedrijf. Per handeling zal bezien worden of binnen of buiten de uitoefening van het bedrijf is gehandeld. De exploitatie van het pand werd door de rechtbank gezien als een bedrijfsmatige activiteit.
- iii. Het is vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat de omstandigheden van het geval de omvang van de zorgplicht bepalen. Zo overwoog de Hoge Raad in de effectenlease arresten dat die omvang mede bepaald wordt door 'de mate van deskundigheid' van de wederpartij van de

financiële onderneming.²⁴ Het civiele recht lijkt meer belang te hechten aan de materiële deskundigheid van de klant dan diens formele hoedanigheid. Dat beleggers die aan twee van de drie wettelijk voorgeschreven kwantitatieve criteria voldoen aangemerkt (kunnen) worden als een professionele belegger heeft de AFM destijds ertoe bewogen om banken op te roepen rekening te houden met de materiële deskundigheid van hun klanten aangezien de publiekrechtelijke kwalificatie geen recht zou doen aan het beschermingsniveau dat deze specifieke categorie van professionele beleggers, zou dienen te genieten.

De gedragscode Kleinzakelijke Financiering definieert het begrip klant en daarmee de reikwijdte van de code aldus:

" Een natuurlijk persoon die handelt in de uitoefening van zijn/haar beroep of bedrijf, of een rechtspersoon, die zich op een Financiering oriënteert, een Financiering aanvraagt of een Financiering heeft. De klant is in Nederland gevestigd en heeft op groepsniveau (i) een jaaromzet van maximaal € 5.000.000 en (ii) een totale hoofdsom aan financieringen bij de Financier van maximaal € 2.000.000. Dit wordt vastgesteld door de Financier bij de beoordeling van de financieringsaanvraag."

De reikwijdte van de code is gebaseerd op het uitgangspunt dat het krediet wordt aangevraagd in de

23. Rb Overijssel 1 september 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:3503.

24. HR 5 juni 2009 (JOR 2009/199).

uitoefening van het beroep of bedrijf en dat uitgangspunt lijkt mij - gelet op de omstandigheid dat de Wft geen bescherming biedt aan klanten die geen consumenten zijn - correct. De vraag zou gesteld kunnen worden of bepaalde gedragsvoorschriften die in deze code staan niet ook van toepassing zouden kunnen of dienen te zijn ten opzichte van iedere kredietnemer die niet over materiële deskundigheid beschikt. Dus ook kredietaanvragers die niet kwalificeren als een consument of een kleinzakelijke klant maar eveneens niet over materiële deskundigheid beschikken.

De aanwezigheid van materiële deskundigheid zou bepaald kunnen worden aan de hand van een aantal objectieve factoren, in navolging van het Uniform Herstellkader voor compensatie ter zake van rentederivaten. Voor compensatie kwamen in aanmerking MKB ondernemingen die (i) niet kwalificeerden als een professionele belegger in de zin van de Wft en (ii) kwalificeerden als niet deskundig.²⁵ Bijvoorbeeld het criterium dat een klant wel deskundig is indien: "de klant beschikt over een treasury-statuuut en/of een schriftelijk vastgelegd treasury-beleid, waarin expliciet vermeld staat hoe de klant omgaat met het gebruik van Rentederivaten". Het was aan de bank om aan te tonen dat een klant aan een dergelijk deskundigheids-criterium voldeed.

Wellicht kunnen de preadviseurs zich ter vergadering uitlaten of zij voorstander zijn van meer materiële dan wel meer formele criteria ter vaststelling of en in welke mate andere partijen dan con-

sumenten voor bescherming in aanmerking komen en of die additionele bescherming niet reeds uit het civiele recht voortvloeit. En daarop volgend de beantwoording van de vraag of een vorm van alternatieve geschillenbeslechting niet voorbehouden dient te blijven voor de (meest) beschermingsbehoefte klanten.

3. MKB Financieringsmarkt²⁶

De consultatie van het ministerie van Financiën over de effectiviteit van de Wft bescherming voor ZZP-ers en de 'k' van mkb alsmede de invoering van de Gedragscode voor de kleinzakelijke bancaire financieringen door de NVB, is aanleiding geweest om een start te maken voor zelfregulering voor de non-bancaire financieringsmarkt. Doel was - aldus preadviseur Kleverlaan - om de transitie van een homogene naar een heterogene financieringsmarkt zo ordentelijk mogelijk te laten verlopen. De non-bancaire mkb financieringsmarkt is ook onderwerp van onderzoek geweest van de AFM.

Kleverlaan wijst op een aantal ontwikkelingen waaronder de aanstaande inwerkingtreding van de nieuwe Europese Crowdfunding wetgeving (ECSP in november 2021) en de ontwikkeling van wetgeving van de crypto assets markt (MiCA).

Kleverlaan schets in zijn deel van het preadvies het door hem zelf ontworpen Alternative Finance Maturity Model:

1. Introduction
2. Growth
3. Competition
4. Consolidation
5. Maturity

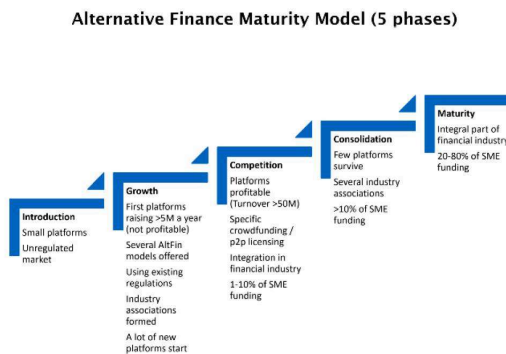


Figure 1. Alternative Finance Maturity Model (Kleverlaan, 2017)

Rond 2017 zou Nederland zich in de tweede fase van dit model hebben bevonden.

Volgens de preadviseur leeft binnen de non-bancaire sector de wens om het kaf van het koren te scheiden en is om die reden ervoor gekozen om te onderzoeken van de mogelijkheden van zelfregulering zijn. Begin 2018 is daartoe een uitgebreide ver-

kenning gestart met 32 financiers, MKB Nederland, ONL, Het Ministerie van Economische zaken en de AFM. De uitkomsten van deze verkenning waren:

25. Artikel 3.1.12 Uniform Herstellkader.
 26. Ronald Kleverlaan 'zelfregulering in de non-bancaire mkb financieringsmarkt'. Kleverlaan is als directeur ver-

bonden aan het European Center for alternative finance (Universiteit Utrecht).

- " – **Scope:** Belangrijk dat de gehele non-bancaire financieringsmarkt¹⁸ vertegenwoordigd wordt
- **Governance:** Vanwege de brede scope binnen een niet-homogene markt heeft in de eerste jaren een stichting met een onafhankelijk bestuur de voorkeur
- **Gedragscode/keurmerk:** Belangrijk om een keurmerk en gedragscode te ontwikkelen om kwalitatieve aanbieders te kunnen onderscheiden
- **Publiek-private samenwerking:** Politieke steun is essentieel vanaf het begin, om ook zelfregulering meer waarde en (h)erkenning te geven
- **Budget:** Voldoende budget om daadkrachtig activiteiten op te pakken
- **Planning:** Meerjarig programma nodig om richting stakeholders zekerheid te bieden.²⁷

Deze verkenning heeft onder andere geresulteerd in het keurmerk Erkend MKB Financiers en het keurmerk Erkend Financieringsadvies MKB die ook een eigen gedragscode hebben. In deze gedragscode staan vereisten opgenomen omtrent onder meer de deskundigheid en professionaliteit, transparantie, informatieverstrekking en het inwinnen van klant-informatie om tot een passende financiering dan wel dienstverlening te komen.

In samenwerking met het Kifid is gezocht naar een laagdrempelig klachtenloket en daarbij is aansluiting gezocht bij het klachtenloket Kleinzakelijke Financiering (klachtenloket alternatieve financiering). Een soortgelijk loket is beschikbaar voor klachten omtrent non-bancaire financieringsadviseurs. Hierbij merk ik op dat Kleverlaan helaas niet ingaat op de ervaringen die met deze klachtlokets van het Kifid zijn opgedaan. Een vlucht heeft deze alternatieve geschillenbeslechting - ingevoerd in 2019 - nog niet genomen en de vraag is waarom niet. Het zou mooi zijn als daarover ter vergadering een toelichting of uitleg wordt gegeven.

Een andere vraag is hoe gekeken moet worden naar het Europese *level playing field* indien een deel van deze zelfregulering wordt omgezet in wetgeving. Kleverlaan noemt enkele onderwerpen die zich voor omzetting in wetgeving kunnen lenen zoals 'maximale rentekosten, afspraken omtrent provisiebetalingen voor adviseurs en toetsing van kennis en kunde van bestuurders van non-bancaire financiers'.²⁸ Deze vraag lijkt mij relevant nu de non-bancaire financieringsmarkt groeiende is en zich leent voor grensoverschrijdende dienstverlening.

4. From court litigation to arbitration?²⁹

Arbitrage mag bij het onderwerp 'alternatieve geschillenbeslechting in de financiële sector', niet ontbreken.

Ontwikkelingen

Rank en McPherson schetsen in hun deel van het preadvies de ontwikkeling dat specifieke rechtbanken of kamers zijn ontwikkeld voor de beslechting van handelsgeschillen of complexe bancaire disputen waaronder de in 2019 in het leven geroepen Nederlands Commercial Court. Het gaat daarbij om geschillen tussen zakelijk partijen en niet om geschillen tussen een professionele partij en consumenten. Dat laatste roept mijns inziens de vraag op of arbitrage (ook) een geschikte vorm van geschillenbeslechting kan zijn voor klachten van consumenten tegen financiële dienstverleners, mede vanwege de relatief hoge kosten die een arbitrage procedure met zich brengt. Wellicht kunnen de preadviseurs zich hierover ter vergadering uitlaten.

Rank en McPherson merken op dat sprake is van een toename aan arbitrale procedures ter beslechting van bancaire en andere financiële geschillen. De financiële crisis uit 2008 en de daaruit voortvloeiende geschillen, de globalisering an sich, de inspanningen ter promotie van arbitrage en met name de inspanningen om een beter begrip te creëren van wat een arbitrage procedure inhoudt, hebben aan de toename van arbitrale procedures bijgedragen.³⁰

Voor- en nadelen

Arbitrage kan bij uitstek geschikt zijn voor professionele partijen die een voorkeur hebben om het bestaan van de procedure en de uitkomst daarvan vertrouwelijk te houden en tevens de mogelijkheid wensen om de identiteit van de arbiters te bepalen. In tegenstelling tot een bindend advies uitspraak is een arbitraal vonnis relatief makkelijker dan een bindend advies in het buitenland ten uitvoer te leggen.

Aan de vertrouwelijkheid zit volgens Rank en McPherson wel het nadeel dat arbitrale uitspraken inhoudelijk niet consistent hoeven te zijn vanwege de onmogelijkheid om van eerdere uitspraken kennis te nemen. Een ander nadeel van arbitrage is dat het niet geschikt is voor massavorderingen waarbij dus meerdere procespartijen betrokken zijn.

Nieuwe aandachtsgebieden

Rank en McPherson noemen twee gebieden die zich in de toekomst zullen of kunnen gaan lenen voor arbitrage: fintech en duurzaamheid (sustainable finance).

Arbitrage kan een uitkomst zijn voor fintech aangezien bij fintech het soms lastig kan zijn om de toepas-

27. Preadvies pag. 83.

28. Preadvies pag. 93.

29. Het vierde en laatste deel van het preadvies luidt 'financial services disputes: from court litigation to arbitration?'. Preadviseur Pim Rank is verbonden aan het advocatenkantoor Nauta Dutilh, is hoogleraar financieel

recht aan de Universiteit Leiden en is daarnaast lid van het bestuur van P.R.I.M.E. Finance Foundation. Preadviseur Camila McPherson is hoofd van het secretariaat van P.R.I.M.E. Finance Foundation.

30. Preadvies pag. 102.

selijke jurisdictie vast te stellen. Rank en McPherson noemen twee voorbeelden. Ten eerste, de omstandigheid dat sommige fintech producten (zoals crypto assets) functioneren op basis van Distributed Ledger Technology dat op haar beurt resulteert in de betrokkenheid van cross border networks en participanten die niet aan een enkele jurisdictie toebedeeld kunnen worden. Ten tweede, de zogenaamde self-executing contracts in blockchains die de overdracht bewerkstelligen van 'waarden'. Deze smart contracts hoeven geen forumkeuze of rechtskeuze te bevatten. Ook onzekerheid over kwalificatievraagstukken kan een rol spelen. Zo bestaat in de Verenigde Staten geen consensus over hoe crypto assets te kwalificeren en in Nederland bestaat hierover onduidelijkheid. In het Verenigd Koninkrijk worden crypto assets vooralsnog gekwalificeerd als 'property'.

Dan sustainable finance. Het is een opkomend rechtsgebied met de Green Deal die de Europese Commissie in 2019 aankondigde, the Green Finance Strategy uit 2019 in het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten die nog ESG richtlijnen of wetgeving moet ontwerpen anders de SEC public disclosure rules for material ESG risks. Arbitrage kan - aldus de preadviseurs - een rol bij dit onderwerp spelen in het geval van geschillen.

De vraag is mijns inziens of de meeste geschillen ten aanzien van sustainable finance niet zullen ontstaan in twee verhoudingen:

- i. de verhouding tussen een onderneming en een toezichthouder als het gaat om handhaving van ESG wetgeving; en,
- ii. de verhouding tussen een onderneming en consumenten of consumentenorganisaties als het gaat om onrechtmatige daad acties wegens een bedrijfsvoering die in ontoereikende mate rekening houdt met ESG effecten (negatief en/of positief).

De preadviseurs zijn uitgenodigd daarop in te gaan tijdens de vergadering.

5. Slotbeschouwing

Hoewel dit preadvies ingaat op een aantal belangrijke onderwerpen ten aanzien van de mogelijkheden tot alternatieve geschillenbeslechting in de financiële sector, ontbreekt aandacht voor *mediation* en de minnelijke regeling. Mediation kan immers een belangrijke rol spelen in de financiële sector; zo kent ook het Kifid de mogelijkheid van bemiddeling.

Uit het jaarverslag 2020 van De Rechtspraak blijkt dat procespartijen overwegend positief zijn over mediation:

*"Partijen zijn overwegend positief over het mediationproces en de mediator. Van hen was ruim 67 procent in 2020 tevreden of zeer tevreden over het mediationproces en ruim 82 procent tevreden of zeer tevreden over de mediator. Deze percentages zijn nog wat hoger dan vorig jaar. Het is een bekend gegeven dat de tevredenheid over het proces in het algemeen wat lager ligt dan de tevredenheid over de mediator, omdat de uitkomst van de mediation bij de tevredenheid over het proces een grotere rol speelt. Op de vraag wat het belangrijkste neveneffect van de mediation is geweest, ook al heeft deze niet tot overeenstemming tussen de partijen geleid, werden een verbeterde communicatie met de wederpartij (21,7 procent), meer begrip voor de wederpartij (17,8 procent) en een beter inzicht in het eigen aandeel (8,7 procent) het meest als belangrijkste neveneffect genoemd."*³¹

De vraag aan alle preadviseurs is om zij het tot de taak van iedere alternatieve geschilbeslechter vinden om de mogelijkheden van mediation of van een minnelijke regeling te onderzoeken alvorens uitspraak te doen.

Het belooft een interessante vergadering te worden!

31. Jaarverslag van De Rechtspraak 2020, p. 46.