

**Instituut voor Financieel Recht
Radboud Universiteit Nijmegen**

Reactie inzake het conceptvoorstel van art. 1:23a Wijzigingswet financiële markten 2018

I. INLEIDING

1. Het Instituut voor Financieel Recht (IFR) is een onderdeel van het Onderzoekscentrum Onderneming & Recht (OO&R) van de Radboud Universiteit Nijmegen. In het OO&R hebben de rechtswetenschap en de juridische praktijk hun krachten gebundeld. Een overzicht van de partners van het OO&R, de hoogleraren, fellows, docenten en promovendi van het IFR is als bijlage aan deze reactie aangehecht.
2. De wetenschappelijke onafhankelijkheid van het OO&R is gewaarborgd door de faculteit, door de met de partners van het OO&R gesloten samenwerkingsovereenkomsten en door diverse voor het OO&R opgestelde reglementen. Het OO&R verkeert noch wat de inhoud van zijn werkzaamheden en advisering betreft noch financieel in een afhankelijke positie. Deze consultatiereactie is een reactie van het IFR. De standpunten en opmerkingen in de reactie komen derhalve niet noodzakelijkerwijze overeen met de standpunten van de partners van het OO&R. Waar relevant en gepast is wel rekening gehouden met de zienswijze van de partners van het OO&R.
3. Uit het conceptvoorstel volgt dat in de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) een nieuwe afdeling 1.1.5 wordt opgenomen, met daarin een bepaling (art. 1:23a) die concentratie bij de overheidsrechter op een deelgebied van het banken- en effectenrecht regelt. Art. 1:23a Wft concentreert geschillen over het verlenen van beleggingsdiensten, het verrichten van beleggingsactiviteiten en het aanbieden van effecten aan het publiek in de zin van art. 5:1 Wft in eerste aanleg exclusief bij de rechtbank Amsterdam.
4. Naar aanleiding van het conceptvoorstel van art. 1:23a Wijzigingswet financiële markten 2018 heeft het IFR enkele opmerkingen en suggesties.

II. SAMENVATTING

5. De reactie op het consultatievoorstel richt zich op art. 1:23a Wijzigingswet financiële markten 2018. De bepaling wordt opgenomen in een nieuwe afdeling 1.1.5 van de Wft en ziet op de behandeling van civiele zaken op een deelgebied van het banken- en effectenrecht. Het IFR steunt het voorstel van de wetgever om civiele beleggingsgeschillen te concentreren bij de rechtbank Amsterdam. De voorgestelde concentratie draagt bij aan de deskundigheid van de overheidsrechter. Dit is wenselijk omdat de juridische en/of feitelijke materie bij civiele beleggingszaken vaak complex zijn en het rechtsgebied zich in een hoog tempo ontwikkelt. Ten aanzien van het conceptvoorstel van art. 1:23a Wijzigingswet financiële markten 2018 zijn er zes punten die het IFR graag aan u voorlegt.
6. Het eerste punt heeft betrekking op de opname van art. 1:23a Wft in een specialistische wet (Wft) in plaats van in een algemene wet (Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) (punt 12).
7. Het tweede punt betreft de reikwijdte van art. 1:23a lid 1 Wft. Naar de mening van het IFR verdient het aanbeveling de keuze om de reikwijdte van art. 1:23a Wft te beperken tot burgerlijke zaken over het verlenen van beleggingsdiensten, het verrichten van beleggingsactiviteiten en het aanbieden van effecten aan het publiek in de zin van art. 5:1 Wft te heroverwegen. Naar de mening van het IFR verdient het de voorkeur de reikwijdte van art.

1:23a Wft uit te breiden tot alle civiele geschillen over financiële producten met een beleggingscomponent (punt 13-19).

8. Ten derde de bevoegdheid van de kantonrechter naast de exclusieve bevoegdheid van de rechtbank Amsterdam bij de beslechting van art. 1:23a Wft-zaken. De concentratie van art. 1:23a Wft-zaken zal naar verwachting resulteren in meer kennis en kunde bij de rechters van de rechtbank Amsterdam. Het verdient naar de mening van het IFR de voorkeur deze gespecialiseerde rechters alle art. 1:23a Wft zaken te laten beslechten, ook kantonzaken. Art. 1:23a lid 6 Wijzigingswet financiële markten 2018 kan naar de mening van het IFR beter komen te vervallen (punt 20-21).
9. Ten vierde doet het IFR de suggestie om aan art. 1:23a Wft een bepaling toe te voegen, vergelijkbaar met art. 108 lid 2 Rv, bepalende dat een forumkeuzeovereenkomst bij een nationaal civiel beleggingsgeschil geen effect heeft. Ten aanzien van internationale civiele beleggingsgeschillen heeft een nationale bepaling die forumkeuzes uitsluit geen werking. Enkel Europese regelgeving die de exclusieve bevoegdheid voor de beslechting van civiele beleggingsgeschillen met een internationale dimensie regelt kan dit veranderen (punt 22-24).
10. In de vijfde plaats zou de wetgever voor de beslechting van art. 1:23a Wft-zaken aparte kamers voor 'Burgerlijke beleggingsgeschillen' kunnen oprichten. Bij deze gespecialiseerde kamers verdient het naar de mening van het IFR de voorkeur dat het rechterlijk college bij complexe civiele beleggingsgeschillen die meervoudig worden behandeld, net als bij de Ondernemingskamer, kan bestaan uit een combinatie van rechterlijk ambtenaren met rechtspraak belast en deskundigen uit de praktijk (benoemd als rechter-plaatsvervanger of lekenrechter) (punt 25-29).
11. Tot slot verdient het naar de mening van het IFR aanbeveling de exclusieve bevoegdheid van de rechtbank Amsterdam door te laten werken in hoger beroep en dit ook wettelijk te verankeren, zodat het gerechtshof Amsterdam in hoger beroep exclusief bevoegd is van art. 1:23a Wft-zaken kennis te nemen, ook als een uitspraak van het gerechtshof Amsterdam door de Hoge Raad wordt vernietigd en hij de zaak niet zelf afdoet (punt 30-32).

III. COMMENTAARPUNTEN

(A) De plaatsing van art. 1:23a in de Wft

12. De opname van art. 1:23a in een specialistische wet (Wft) in plaats van in een algemene wet (Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) is niet vanzelfsprekend. Enkele andere relatieve bevoegdheidsregels zijn juist vanuit een materiewet naar een algemene wet verplaatst.

(B) De reikwijdte van art. 1:23a lid 1 Wft

13. Art. 1:23a Wft concentreert burgerlijke zaken met betrekking tot het verlenen van beleggingsdiensten, verrichten van beleggingsactiviteiten en aanbieden van effecten aan het publiek in de zin van art. 5:1 Wft, in eerste aanleg bij uitsluiting bij de rechtbank Amsterdam. Op andere civiele beleggingsgeschillen blijft het regime van territoriale spreiding van toepassing. De wetsbepaling bakent de bevoegdheid van de rechtbank Amsterdam af. De keuze voor de drie genoemde categorieën is in de memorie van toelichting onderbouwd onder verwijzing naar het Toetsingskader wettelijke concentratie.
14. Het verdient naar de mening van het IFR aanbeveling het bereik van art. 1:23a Wft uit te breiden. De aanknopng bij het Toetsingskader wettelijke concentratie is naar de mening van het IFR niet overtuigend. Het is wenselijk de criteria van het Toetsingskader wettelijke concentratie te beschouwen als richtsnoeren die van geval tot geval moeten worden beoordeeld. Het aantal zaken dat in een categorie zaken ontstaat is een criterium dat in overweging moet worden genomen, maar is niet als enige doorslaggevend voor concentratie.

15. Alle civiele geschillen over financiële producten met een beleggingscomponent zouden naar de mening van het IFR onder de reikwijdte van art. 1:23a Wft moeten vallen, ongeacht of het product nu wel of geen financieel instrument is in de zin van de Wft. De beleggingscomponent moet dan uiteraard wel mede ten grondslag liggen aan de vordering in de procedure. Een geschil over een spaarrekening bevat geen beleggingscomponent en valt niet onder de reikwijdte van art. 1:23a Wft. Van beleggen is sprake wanneer het beleggingsrisico bij de klant ligt. Hiervan is geen sprake wanneer het beleggingsrisico bij de intermediair (bank/verzekeraar/beleggingsonderneming) ligt, bijvoorbeeld wanneer een verzekeraar de premie van de klant voor eigen rekening en risico belegt.
16. In het voorstel van het IFR komen civiele geschillen die mede gaan over de beleggingscomponent van beleggingshypotheken en beleggingsverzekeringen onder de reikwijdte van art. 1:23a Wft te vallen, alsmede civiele geschillen die (mede) gaan over beleggen via beleggingsinstellingen of instellingen voor collectieve belegging in effecten (hierna: icbe). Een deelnemingsrecht in een beleggingsinstelling of icbe is weliswaar een financieel instrument, maar de beheerder (i.e. collectief vermogensbeheerder) van een dergelijke instelling verricht daarmee nog geen beleggingsdienst of beleggingsactiviteit. Een beheerder van een beleggingsinstelling zal de deelnemingsrechten in zijn instelling niet zelden zelf aanbieden aan het beleggend publiek. Als de beheerder dat doet, en er rijst een geschil over de aanbieding, dan is momenteel niet gewaarborgd dat dit soort geschillen altijd binnen de reikwijdte van art. 1:23a Wft vallen. Dit is namelijk alleen het geval als het deelnemingsrecht dat aan het beleggend publiek wordt aangeboden een effect is zoals bedoeld in art. 5:1 Wft, terwijl deelnemingsrechten in beleggingsinstellingen lang niet altijd als zodanig kunnen worden aangemerkt. Aansprakelijkheidsprocedures tegen beheerders van beleggingsinstellingen en icbe's vallen momenteel dan ook veelal buiten de reikwijdte van art. 1:23a Wft. Aansprakelijkheidsprocedures tegen individueel vermogensbeheerders vallen daarentegen wel onder de reikwijdte van art. 1:23a Wft, omdat individueel vermogensbeheer een vorm van beleggingsdienstverlening is. Voor collectief en individueel vermogensbeheer is in essentie dezelfde materiedeskundigheid vereist, terwijl beide vormen van vermogensbeheer aan vergelijkbare (maar niet identieke) toezichtregels zijn onderworpen. Bovendien, als een beheerder van een beleggingsinstelling of icbe het collectief vermogensbeheer uitbesteedt aan een andere partij, is deze andere partij individueel vermogensbeheerder, omdat vanuit diens perspectief de beheerder de cliënt is en niet de achterliggende deelnemers in de beleggingsinstelling of icbe. Als de partij aan wie de beheerder het vermogensbeheer heeft uitbesteed, aansprakelijk wordt gesteld, dan valt een dergelijk geschil wel onder art. 1:23a Wft, maar een aansprakelijkheidsprocedure tegen de beheerder veelal niet. Dat is naar de mening van het IFR onwenselijk.
17. Ook aansprakelijkheidsprocedures tegen bewaarders van beleggingsinstellingen of icbe's zullen in de regel niet onder de reikwijdte van art. 1:23a Wft vallen. Het vervullen van de bewaarfunctie kan immers niet worden aangemerkt als het verlenen van een beleggingsdienst of het verrichten van een beleggingsactiviteit, en evenmin als het aanbieden van effecten aan het publiek. Als de bewaarder tekortschiet in zijn toezicht- of bewaarnemingstaken dan heeft een daaruit voortvloeiend geschil (mede) betrekking op beleggen en zou dit geschil ons inziens binnen de reikwijdte van art. 1:23a Wft moeten vallen. Tot slot zouden ook onder meer civiele geschillen die (mede) betrekking hebben op beleggingsobjecten in de zin van de Wft onder de reikwijdte van art. 1:23a Wft moeten vallen, want ook dan is sprake van een geschil over beleggen.
18. Uitbreiding tot alle civiele geschillen die mede betrekking hebben op beleggen betekent niet dat de gespecialiseerde rechter over significant meer gespecialiseerde kennis moet beschikken. Beleggingsproducten voldoen nu eenmaal aan bepaalde economische wetmatigheden, grotendeels onafhankelijk van het juridische jasje dat hiervoor is uitgekozen. Dit inzicht zal des te beter tot de overheidsrechter doordringen als er een gespecialiseerde rechter is die het gehele beleggingsspectrum kan overzien.

19. Op het eerste gezicht lijkt een uitbreiding tot alle civiele geschillen die mede betrekking hebben op beleggen in economische zin wellicht minder rechtszekerheid te bieden dan de huidige redactie van art. 1:23a Wft. De realiteit is evenwel minder zwart-wit. Ondanks het feit dat de Wft voorziet in een gedetailleerde definitie van financieel instrument, is in de praktijk lang niet altijd duidelijk of een bepaald financieel product als zodanig kan worden aangemerkt. Dit is zeker het geval als men bedenkt dat er steeds weer nieuwe financiële producten op de markt komen die niet goed zijn in te passen in het bestaande, vrij gedetailleerde, Wft-begrippenkader. Kortom, de competentieafbakening aan de hand van het Wft-begrippenkader biedt niet zelden slechts schijnrechtszekerheid en is bovendien, zoals hierboven uiteengezet, betrekkelijk willekeurig.

(C) De bevoegdheid van de kantonrechter

20. De Wijzigingswet financiële markten 2015 bevatte geen bepaling over de bevoegdheid van de kantonrechter naast de exclusieve bevoegdheid van de rechtbank Amsterdam bij art. 1:23a Wft-zaken. In de Wijzigingswet financiële markten 2018 is in art. 1:23a lid 6 opgenomen dat art. 1:23a Wft de relatieve bevoegdheid van de kantonrechter onverlet laat. Een consument die een civiel beleggingsgeschil aanhangig wil maken tegen een financiële onderneming, kan zowel procederen bij de kantonrechter van de rechtbank van de vestigingsplaats van de financiële onderneming (art. 99 Rv), als bij de kantonrechter van de rechtbank van de woonplaats van de consument (art. 101 Rv).

21. Deze benadering is naar de mening van het IFR minder gelukkig. In de eerste plaats zullen de rechters bij de rechtbank Amsterdam over meer kennis en kunde beschikken, juist (mede) doordat art. 1:23a Wft in verdere concentratie van civiele beleggingsgeschillen zal resulteren. De deskundigheid zal bij de andere rechtbanken alleen maar verder afnemen. Ook in zaken met een relatief gering financieel belang is toegang tot de kennis en kunde van de gespecialiseerde rechters in de rechtbank Amsterdam van belang – ook die zaken kunnen immers juridisch en/of feitelijk gecompliceerd zijn. Dit heeft wel tot gevolg dat partijen ook in zaken met een relatief gering financieel belang een langere reistijd moeten overbruggen, maar dit is in een klein land als Nederland hoe dan ook te overzien. Wanneer sprake is van een kantonzaak moet wel onverminderd de mogelijkheid bestaan om te procederen zonder rechtsbijstand. Op grond van bovenstaande redenen kan art. 1:23a lid 6 Wft naar de mening van het IFR beter komen te vervallen.

(D) Forumkeuze

22. Om uit te sluiten dat partijen door middel van een forumkeuzebeding kunnen zorgen dat een zaak die onder de reikwijdte van art. 1:23a Wft valt, toch bij een andere rechtbank kan worden aangebracht, verdient het naar de mening van het IFR de voorkeur een bepaling aan art. 1:23a Wft toe te voegen, vergelijkbaar met art. 108 lid 2 Rv, die regelt dat een forumkeuze bij *nationale* civiele beleggingsgeschillen geen effect heeft. Op dit moment kent art. 1:23a Wft een dergelijke bepaling niet en ook de ontwerp toelichting bij de Wijzigingswet financiële markten 2018 zwijgt op dit punt.

23. De argumenten die pleiten voor de opname van een bepaling die forumkeuzes uitsluit bij nationale civiele beleggingsgeschillen zijn de volgende. In de *eerste plaats* zullen de rechters bij de rechtbank Amsterdam, mede door de concentratie van art. 1:23a Wft, over meer kennis en kunde beschikken. Deze deskundigheid zal bij de andere rechtbanken door de concentratie van art. 1:23a Wft-zaken afnemen. *Ten tweede* is het aannemelijk dat partijen voor een bij uitstek deskundige rechter bereid zullen zijn een langere reisafstand te overbruggen. Ook bij zaken met een gering financieel belang is dit niet onredelijk (zie punt 21). Op voorhand valt immers niet te voorspellen of een zaak met een gering financieel belang een eenvoudige onderliggende rechtsvraag of onderliggende materie behelst. In de *derde plaats* kan door middel van het uitsluiten van de mogelijkheid tot opname van een geldig forumkeuzebeding strategisch procederen worden voorkomen.

24. Ten aanzien van internationale civiele beleggingsgeschillen heeft een nationale bepaling die forumkeuzes uitsluit geen werking. De rechtsmachtgronden uit Brussel I bis hebben op grond van art. 1 Rv voorrang op rechtsmachtregels van nationaal recht. Enkel Europese regelgeving die de exclusieve bevoegdheid voor de beslechting van civiele beleggingsgeschillen met een internationale dimensie regelt kan dit veranderen.

(E) De samenstelling van het rechterlijk college

25. Het uitgangspunt bij de beslechting van civiele beleggingsgeschillen in eerste aanleg is behandeling en beslissing van een zaak door één rechter. Bij complexe civiele beleggingsgeschillen is het uiteraard gewenst dat deze zaken door een meervoudig college kunnen worden behandeld. Hierbij verdient het naar de mening van het IFR aanbeveling dat dit meervoudige college bestaat uit rechterlijk ambtenaren met rechtspraak belast en deskundigen uit de praktijk (benoemd als rechter-plaatsvervanger of als lekenrechter) met materiedeskundigheid en/of specifieke financieelrechtelijke kennis.

26. De combinatie van rechtspraak door rechterlijk ambtenaren en deskundigen uit de praktijk kan de kwaliteit van overheidsrechtspraak ten goede komen. Doordat lekenrechters ruime praktijkervaring hebben en over de nodige materiedeskundigheid beschikken, dan wel bijzondere expertise hebben op het gebied van financieel recht, krijgt de rechtspraak een extra dimensie. Het concentreren van geschilbeslechters met juridische expertise en materiedeskundigheid bij één rechterlijke instantie zal een positief effect hebben op de kwaliteit van de rechtspraak. Daarnaast zijn partijen mogelijk eerder geneigd een grotere reisafstand te overbruggen voor geschilbeslechting door een gemengd college van geschilbeslechters met juridische expertise en materiedeskundigheid.

27. De wetgever zou hiertoe aparte kamers voor ‘Burgerlijke beleggingsgeschillen’ kunnen oprichten (vgl. de OK, die een afzonderlijke kamer van het gerechtshof Amsterdam vormt). De regelgeving voor de kamers voor ‘Burgerlijke beleggingsgeschillen’ zou wettelijk kunnen worden verankerd en zou zich dan moeten richten tot het bestuur van de exclusief bevoegde rechtbank. In de bepaling zou het uitgangspunt van beslechting van 1:23a Wft-zaken door een enkelvoudige kamer kunnen worden opgenomen. Bij een enkelvoudige behandeling bepaalt het bestuur van het gerecht de bezetting van de kamers.

28. Indien de complexiteit van de zaak dit eist kan de zaak door een meervoudige kamer worden behandeld. Art. 1:23a Wft kan daarbij dan de samenstelling van het meervoudig rechterlijk college regelen. Te denken valt aan een rechterlijk college van drie of vijf leden, bestaande uit een combinatie van twee of drie rechterlijk ambtenaren met rechtspraak belast en één of twee personen uit de praktijk, benoemd als rechter-plaatsvervanger of deskundig lid (personen niet zijnde rechterlijk ambtenaar). Het verdient naar de mening van het IFR de voorkeur dat deze deskundigen ook zitting kunnen nemen in het rechterlijk college wanneer het belang van de zaak dit eist. De voorzitter van de zaak bepaalt in samenspraak met het bestuur van het gerecht de samenstelling van het rechterlijk college. Hierbij kunnen zij de aard van de zaak alsmede de benodigde juridische en materiedeskundigheid in aanmerking nemen.

29. Als in een art. 1:23a Wft-zaak hoger beroep wordt ingesteld bij het gerechtshof Amsterdam zijn onze suggesties van overeenkomstige toepassing.

(F) Hoger beroep

30. Art. 1:23a Wft regelt de exclusieve bevoegdheid van de rechtbank Amsterdam. Over de gevolgen van art. 1:23a Wft in hoger beroep bieden noch het artikel noch de memorie van toelichting uitsluitel.

31. Door de exclusieve bevoegdheid van de rechtbank Amsterdam in eerste aanleg wordt logischerwijs ook het gerechtshof Amsterdam in hoger beroep exclusief bevoegd om art.

1:23a Wft zaken te beslechten. Een vraag die opkomt is wat er moet gebeuren als de Hoge Raad een arrest van het gerechtshof Amsterdam vernietigt. De Hoge Raad kan de zaak zelf afdoen (art. 420 Rv), verwijzen naar de rechter wiens uitspraak vernietigd is of verwijzen naar een ander gerechtshof dat de zaak moet afdoen (art. 423 Rv). Verwijzing naar een ander gerechtshof, waar specialistische kennis ontbreekt, is bij geschillen in de zin van art. 1:23a Wft naar de mening van het IFR niet in het belang van de rechtzoekenden. Het heeft bij dit type zaken de voorkeur dat de Hoge Raad alle zaken in de zin van art. 1:23a Wft zelf afdoet of terugverwijst naar het gerechtshof Amsterdam. Uiteraard kan een zaak na vernietiging en terugverwijzing door de Hoge Raad niet door dezelfde raadsheren worden beoordeeld.

32. Het verdient naar de mening van het IFR aanbeveling de exclusieve bevoegdheid van het gerechtshof Amsterdam in hoger beroep bij art. 1:23a Wft-zaken wettelijk te verankeren.

7 september 2016

Contactpersonen:

Prof. mr. D. Busch (d.busch@jur.ru.nl)

mr. A. Lenaerts (a.lenaerts@jur.ru.nl)

BIJLAGE

INSTITUUT VOOR FINANCIËEL RECHT Radboud Universiteit Nijmegen

HOGLERAREN

Prof. Mr. F.E.J. Beekhoven van den Boezem

Prof. Mr. B. Bierens

Prof. Mr. D. Busch

Prof. Mr. D.R. Doorenbos

Prof. Dr. G. Ferrarini

Prof. Mr. B.J. de Jong

Prof. Mr. C.W.M. Lieverse

Prof. Mr. R.H. Maatman

Prof. Mr. M.P. Nieuwe Weme

Prof. Mr. V.P.G. De Serière

FELLOWS

Mr. K. Frielink

Mr. A.J.A.D. van den Hurk

Mr. T.R.M.P. Keijser

Mr. P. Laaper

Mr. R. Labeur

Mr. J.W.P.M. van der Velden

DOCENTEN

Mr. T.M.C. Arons

PROMOVENDI

Mr. C. van den Borne - Verheijen

Mr. E.M. Dieben

Mr. J.E.C. Gulyas

Mr. I.P.M.J. Janssen

Mr. J.E. de Klerk

Mr. A. Lenearts

Mr. M.L. Louisse

Mr. M.B.J. van Rijn

PARTNERS

AEGON N.V.

AKZO NOBEL N.V.

ALLEN & OVERY

APG ASSET MANAGEMENT

DE BRAUW BLACKSTONE WESTBROEK

CLIFFORD CHANCE

FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER

HOUTHOFF BURUMA

ING GROEP N.V.

LOYENS & LOEFF

NAUTA DUTILH

PELS RIJCKEN & DROOGLEEVER FORTUIJN

RABOBANK NEDERLAND

STIBBE

STICHTING EUMEDION