Uitspraak Geschillencommissie Kifid nr. 2022-0828

(mr. M.E.J. Bracco Gartner, voorzitter en mr. P.V. Remmerswaal, secretaris)

Klacht ontvangen op	21 april 2022
Ingediend door	De consument
Tegen	ABN AMRO Bank N.V., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de bank
Datum uitspraak	30 september 2022
Aard uitspraak	Bindend advies
Uitkomst	Vordering afgewezen

Samenvatting

Kennis- en ervaringstoets. De consument stelt dat de kennis- en ervaringstoets voor Rabobank certificaten onnodig moeilijk is en niet is toegespitst op het product. Ook stelt zij niet goed geïnformeerd te zijn dat een toets moest worden afgelegd. Zij vordert toegang tot de verkoop van Rabobank certificaten en vergoeding van koersschade. De commissie oordeelt dat de bank vrij is om zelf invulling te geven aan de manier waarop zij de kennis en ervaring van de consument toetst. Het was de eigen verantwoordelijkheid van de consument om de beschikbare informatie door te nemen en ervan op de hoogte te geraken dat een toets moest worden afgelegd. De vordering wordt afgewezen.

1. Procedure

1.1 De behandelend commissie, verder te noemen de commissie, beslist op basis van het reglement en op basis van de door partijen aan Kifid ingestuurde documenten inclusief bijlagen. Het gaat om: 1) het klachtformulier van de consument; 2) de aanvullende stukken van de consument; 3) het verweerschrift van de bank; 4) de repliek van de consument en 5) de dupliek van de bank.

1.2 De commissie is van oordeel dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak wordt daarom op grond van de stukken beslist.

1.3 De consument en de bank hebben gekozen voor een bindend advies. Dit betekent dat partijen elkaar aan de uitspraak kunnen houden.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

2.1 De consument houdt een effectenrekening aan bij de bank. Deze effectenrekening viel onder de dienst Zelf Beleggen.

Sinds 1 januari 2021 is de beleggingsvorm omgezet naar Zelf Beleggen Plus, op grond waarvan de consument belegt op basis van execution only. De bank heeft de consument hierover een bankmail gestuurd op 28 oktober 2020. In de bankmail is onder meer opgenomen:

"(…)

Het toetsen van uw kennis en ervaring

Met Zelf Beleggen Plus is het mogelijk om te handelen in complexe producten. Hiervoor is het wel nodig dat u de vragenlijst kennis en ervaring heeft ingevuld en één of meer van de actuele kennisexamens heeft gehaald. Kijk voor meer informatie op > abnarmo.nl/kennisexamens.

(…)"

2.2 Via haar effectenrekening belegt de consument sinds geruime tijd in Rabobank certificaten. Op 9 maart 2022 wilde de consument voor € 1.000,- aan Rabobank certificaten bijkopen. De koers van deze certificaten bedroeg op dat moment € 116,-. Tijdens het aankoopproces kreeg zij de melding dat een kennis-en ervaringstoets moest worden afgelegd voordat zij nieuwe Rabobank certificaten kon kopen. Omdat niet duidelijk was om welke van de negen verschillende toetsen op de website van de bank het ging, heeft de consument telefonisch contact opgenomen met de bank. Tijdens het telefoongesprek is haar uitgelegd dat het ging om de toets voor 'gestructureerde producten'. De consument heeft de toets vervolgens afgelegd en is daarvoor niet geslaagd.

2.3 Diezelfde dag heeft de consument bij de bank een klacht over de toets ingediend. Op 10 maart 2022 heeft de bank telefonisch contact opgenomen met de consument naar aanleiding van haar klacht en is zij geïnformeerd dat zij nog twee andere toetsen moest afleggen voor andere producten die zij via haar effectenrekening houdt.

De klacht en vordering

2.4 De consument stelt dat de toets die zij heeft moeten afleggen voor de Rabobank certificaten onnodig moeilijk is en niets te maken heeft met de certificaten. Zelfs een bevriende beleggingsadviseur van de consument was voor de toets gezakt. De bank zou een toets moeten afnemen die is toegespitst op het product, in dit geval Rabobank certificaten. Andere beleggingsdienstverleners doen dat wel. Daarnaast had de bank haar vooraf moeten informeren dat zij deze toets moest gaan afleggen, zodat zij daarmee niet pas geconfronteerd zou worden op het moment van aankopen terwijl de koers stijgt. Ook is niet duidelijk welke toetsen er moeten worden afgelegd en is zij hierover niet goed geïnformeerd tijdens telefoongesprekken met de bank. De bankmail van 28 oktober 2020 heeft zij niet ontvangen. Bovendien is de informatie over de kennis- en ervaringstoets in de brief verstopt.

Als de bank deze fouten niet had gemaakt, had zij de Rabobank certificaten kunnen aankopen tegen een koers van € 116,-. Diezelfde dag steeg de koers naar € 118,-.

2.5 De bank dient haar fouten te herstellen door haar de mogelijkheid te geven alsnog Rabobank certificaten te kopen. Als dat niet kan zonder dat de consument een toets doorloopt, dient de bank een op de Rabobank certificaten toegespitste toets beschikbaar te stellen. Daarnaast dient de bank koersschade te vergoeden voor zover de koers bij aankoop hoger is dan € 116,-.

Het verweer

2.6 De bank heeft verweer gevoerd tegen de stellingen van de consument. Voor zover relevant zal de commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

3. De beoordeling

Waar draait deze zaak om?

3.1 Het geschil tussen partijen komt er in de kern op neer of de bank haar verplichting om een kennis-en ervaringstoets af te nemen bij de consument onjuist heeft ingevuld. De commissie komt tot de conclusie dat de bank dat niet heeft gedaan en licht dat hieronder toe.

Mocht de bank een kennis- en ervaringstoets afnemen?

3.2 Beleggingsondernemingen, waaronder de bank, die een beleggingsdienst verlenen op basis van execution only zijn verplicht informatie over de kennis en ervaring van een consument in te winnen om te beoordelen of een bepaald financieel instrument, zoals de Rabobank certificaten, passend is. Dit volgt uit artikel 25 lid 3 van MiFID II[1]. Deze bepaling is geïmplementeerd in artikel 4:24 van de Wet op het financieel toezicht. Van deze verplichting zijn uitgezonderd bepaalde niet-complexe producten die op eigen initiatief worden aangekocht. Rabobank certificaten zijn een complex product en vallen daarom niet onder deze uitzondering.

3.3 Hoe een beleggingsonderneming invulling geeft aan de hiervoor genoemde verplichting is niet inhoudelijk ingevuld door de wetgever. De bank heeft bij de invulling van deze verplichting ervoor gekozen om Rabobank certificaten te classificeren als een gestructureerd product en bij het verlenen van een beleggingsdienst in verband met deze certificaten een kennis- en ervaringstoets af te nemen die betrekking heeft op een groep gestructureerde producten. De bank heeft hierin een ruime mate van beleidsvrijheid en is daarom vrij om voor deze invulling te kiezen.

[1] Richtlijn 2014/65/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van Richtlijn 2002/93/EG en Richtlijn 2011/61/EU.

Dat is slechts anders als de bank van haar beleidsvrijheid gebruik maakt op een wijze die in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (artikel 6:248 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW)). Dat de toets volgens de consument te moeilijk is omdat deze ook op andere gestructureerde producten ziet, leidt echter niet tot het oordeel dat het door de bank gevormde beleid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dat andere beleggingsdienstverleners een andere invulling aan hun verplichtingen geven, maakt dat niet anders. De bank is daarom niet verplicht de consument een andere kennis- en ervaringstoets aan te bieden.

Had de bank beter moeten informeren over de kennis- en ervaringstoets?

3.4 De consument heeft verder gesteld dat zij niet of onvoldoende is geïnformeerd dat zij een kennis- en ervaringstoets met succes moest doorlopen voordat zij nieuwe Rabobank certificaten zou kunnen aanschaffen. De bank heeft zich verweerd door te wijzen op de bankmail van 28 oktober 2020 met uitleg over de kennis- en ervaring-stoets voor complexe producten, informatie op haar website en informatie in de deelovereenkomst Zelf Beleggen Plus.

3.5 De commissie stelt vast dat de bank informatie over de kennis- en ervaringstoetsen beschikbaar heeft gesteld in de bankmail van 28 oktober 2020, in de deelovereenkomst Zelf Beleggen Plus en op haar website. Het is aan de consument om de door de bank beschikbaar gestelde informatie over de dienstverlening door te nemen. Ook als zij de bankmail van 28 oktober 2020 niet zou hebben ontvangen, neemt dat niet weg dat de bank wettelijk verplicht is om een kennis- en ervaringstoets af te nemen vóórdat zij de opdracht tot aankoop van financiële instrumenten kan verwerken. Van een tekort-koming van de bank is geen sprake, zodat voor het toewijzen van de door de consument gevorderde schade geen grond is.

3.6 Tot slot merkt de commissie op dat zij het met de consument eens is dat de bank zorgvuldiger te werk had kunnen gaan door in de telefoongesprekken met de consument de juiste informatie te verschaffen. Dat levert echter geen grond op om de consument toe te staan geen kennis- en ervaringstoets te laten afnemen. Bovendien heeft de bank aangegeven de ervaringen van de consument mee te nemen ter verbetering van haar dienstverlening.

Conclusie

3.7 Gelet op de voorgaande overwegingen is de commissie van oordeel dat de klacht van de consument ongegrond is en dat de vordering moet worden afgewezen.

4. De beslissing

De commissie wijst de vordering af.

Deze uitspraak is bindend. Of u tegen deze uitspraak beroep kunt instellen, kunt u nalezen in regel 7 van het Reglement Commissie van Beroep Kifid – vanaf 1 april 2022, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten. In regel 18.1 van dat reglement is bepaald dat beroep kan worden ingesteld tot 6 weken na de dag van deze uitspraak. Meer informatie over het instellen van beroep kunt u vinden op de website www.kifid.nl/in-beroep-gaan-bij-kifid.

Binnen 2 weken na verzending van de uitspraak kunt u schriftelijk verzoeken een overduidelijke vergissing in de uitspraak zoals een schrijffout, een verkeerde naam/datum of een rekenfout te herstellen. De beslissing in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Ook kunt u binnen 2 weken na verzending van de uitspraak schriftelijk verzoeken de uitspraak aan te vullen als u vindt dat niet op alle onderdelen van uw vordering is beslist. Dit ziet niet op de situatie waarin u meent dat de Geschillencommissie Kifid niet op al uw argumenten is ingegaan. Meer informatie hierover staat onder vraag 58 en 59 van het Reglement Geschillencommissie Kifid – vanaf 1 april 2022, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten.

Contactgegevens Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Telefoonnummer: 070 - 333 8 999
Website: www.kifid.nl

Bijlage – Relevante bepalingen uit MiFID II en de Wet op het financieel toezicht

Relevante bepalingen uit MiFID II

Artikel 25

Beoordeling van de geschiktheid en adequaatheid en rapporteren aan cliënten

1. *De lidstaten schrijven voor dat beleggingsondernemingen waarborgen en op verzoek van de bevoegde autoriteiten aantonen dat natuurlijke personen die beleggingsadvies of informatie over financiële instrumenten verstrekken, of beleggingsdiensten of nevendiensten aan cliënten verlenen namens de beleggingsonderneming, over de nodige kennis en bekwaamheid beschikken om hun verplichtingen overeenkomstig artikel 24 en onderhavig artikel na te komen. De lidstaten maken de criteria ter beoordeling van deze kennis en bekwaamheid openbaar.*

2. *Bij het verstrekken van beleggingsadvies of het verrichten van vermogensbeheer, wint de beleggingsonderneming de nodige informatie in, betreffende de kennis en ervaring van de cliënt of potentiële cliënt op beleggingsgebied met betrekking tot de specifieke soort product of dienst, zijn financiële situatie, met inbegrip van zijn vermogen om verliezen te dragen, en zijn beleggingsdoelstellingen, met inbegrip van zijn risicotolerantie teneinde de beleggingsonderneming in staat te stellen om de cliënt of potentiële cliënt de voor hem geschikte en, met name, met zijn risicotolerantie en vermogen om verliezen te dragen strokende beleggingsdiensten en financiële instrumenten te kunnen aanbevelen. De lidstaten zorgen ervoor dat wanneer een beleggingsonderneming beleggingsadvies verstrekt waarbij een overeenkomstig artikel 24, lid 11, gebundeld pakket van diensten of producten wordt aanbevolen, de gehele bundel passend is.*

   Bij het verstrekken van beleggingsadvies of het verrichten van vermogensbeheer waarbij tussen financiële instrumenten wordt gewisseld, winnen beleggingsondernemingen de nodige informatie in met betrekking tot de investering van de cliënt en analyseren zij de kosten en baten van de wissel van financiële instrumenten. Bij het verstrekken van beleggingsadvies delen beleggingsondernemingen de cliënt mee of de baten van de wissel van financiële instrumenten al dan niet groter zijn dan de kosten daarvan.

3. *De lidstaten dragen er zorg voor dat een beleggingsonderneming, wanneer zij andere dan de in lid 2 bedoelde beleggingsdiensten verleend, bij de cliënt of de potentiële cliënt informatie inwint over zijn ervaring en kennis op beleggingsgebied met betrekking tot de specifieke soort van product of dienst die men voornemens is aan te bieden of die wordt verlangd, zodat de onderneming kan beoordelen of het aangeboden product of de te verlenen dienst passend is voor de cliënt. Wanneer er overeenkomstig artikel 24, lid 11, een bundel van diensten of producten wordt overwogen, dient bij de beoordeling te worden nagegaan of het gehele gebundelde pakket passend is.*

Indien de beleggingsonderneming op grond van de uit hoofde van de eerste alinea ontvangen informatie oordeelt dat het product of de dienst voor de cliënt of de potentiële cliënt ongeschikt is, waarschuwt zij de cliënt of de potentiële cliënt. Deze waarschuwing mag in gestandaardiseerde vorm worden verstrekt.

Indien cliënten of potentiële cliënten de in de eerste alinea bedoelde informatie over hun ervaring en kennis niet verstrekken of indien zij onvoldoende informatie verstrekken, waarschuwt de beleggingsonderneming hen dat zij niet in een positie verkeert om vast te stellen of de aangeboden beleggingsdienst of het aangeboden product voor hen geschikt is. Deze waarschuwing mag in gestandaardiseerde vorm worden verstrekt.

(…)

Wet op het financieel toezicht

Artikel 4:24

1 *Indien een financiële onderneming zonder daarbij tevens te adviseren een andere beleggingsdienst dan het beheren van een individueel vermogen of een bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen andere financiële dienst verleent, wint zij informatie in over de kennis en ervaring van de consument, of, indien het een financieel instrument of verzekering betreft, de cliënt met betrekking tot de desbetreffende financiële dienst of financieel product, opdat zij kan beoordelen of deze dienst of dat product passend is voor de consument onderscheidenlijk de cliënt.*

2 *Indien sprake is van het verlenen van een beleggingsdienst als bedoeld in het eerste lid in combinatie met een andere financiële dienst of financieel product, dient bij de beoordeling van de passendheid te worden nagegaan of de gehele dienstverlening of de combinatie van de financiële dienst en het financieel product passend is.*

3 *Indien de financiële onderneming op basis van de in het eerste lid bedoelde informatie van mening is dat de financiële dienst niet passend is voor de consument of de cliënt, waarschuwt zij deze.*

4 *Indien de consument of de cliënt geen of onvoldoende informatie verschaft over zijn kennis en ervaring, waarschuwt de financiële onderneming de consument onderscheidenlijk de cliënt dat zij als gevolg daarvan niet in staat is na te gaan of de financiële dienst voor hem passend is.*

5 *Het eerste tot en met vierde lid zijn niet van toepassing op het op initiatief van de cliënt verlenen van een beleggingsdienst als bedoeld in onderdeel a of b van de definitie van het verlenen van een beleggingsdienst in artikel 1:1, voor zover niet tevens sprake is van een nevendienst als bedoeld in onderdeel b van de definitie van nevendienst in artikel 1:1, met betrekking tot:*

a. *aandelen die tot de handel van een gereglementeerde markt of een met een gereglementeerde markt vergelijkbaar systeem uit een staat die geen lidstaat is dat door de Europese Commissie als gelijkwaardig is erkend in overeenstemming met artikel 25, vierde lid, onderdeel a, tweede, derde en vierde alinea, van de richtlijn markten voor financiële instrumenten 2014 of een multilaterale handelsfaciliteit zijn toegelaten, voor zover het geen rechten van deelneming in beleggingsinstellingen of aandelen die een afgeleid instrument omvatten betreft;*

b. *instrumenten die gewoonlijk op de geldmarkt worden verhandeld, met uitzondering van instrumenten die een afgeleid instrument behelzen of een structuur hebben die het moeilijk maakt voor de cliënt te begrijpen welk risico eraan verbonden is;*

c. *obligaties of andere vormen van gesecuritiseerde schuld die op een gereglementeerde markt, een met een gereglementeerde markt vergelijkbaar systeem uit een staat die geen lidstaat is of op een multilaterale handelsfaciliteit zijn toegelaten, met uitzondering van die welke een afgeleid instrument behelzen of een structuur hebben die het moeilijk maakt voor de cliënt om te begrijpen welk risico eraan verbonden is;*

d. *rechten van deelneming in een icbe, met uitzondering van de gestructureerde icbe's, bedoeld in artikel 36, eerste lid, tweede alinea, van Verordening (EU) nr. 583/2010 van 1 juli 2010 tot uitvoering van Richtlijn 2009/65/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft essentiële beleggersinformatie en de voorwaarden waaraan moet worden voldaan als de essentiële beleggersinformatie of het prospectus op een andere duurzame drager dan papier of via een website wordt verstrekt (PbEU 2010, L 176);*

e. *gestructureerde deposito's als bedoeld in artikel 4, eerste lid, onderdeel 43, van de richtlijn markten voor financiële instrumenten 2014, met uitzondering van deposito's die het voor de cliënt moeilijk maken het rendementsrisico of de kosten van het vervroegd uitstappen in te schatten;*

f. *bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen andere financiële instrumenten, indien de financiële onderneming voorafgaand aan het verlenen van de beleggingsdienst de cliënt kenbaar maakt dat zij de geschiktheid van de financiële dienst of het financieel product voor de cliënt niet heeft beoordeeld.*

6 *Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld met betrekking tot de inhoud van de informatie, bedoeld in het eerste lid, de wijze waarop deze wordt ingewonnen, de wijze waarop de beoordeling van de passendheid van de financiële dienst of het financieel product voor de consument of cliënt plaatsvindt, en de inhoud en de vorm van de waarschuwing, bedoeld in het derde en vierde lid.*

7 *De waarschuwingen bedoeld in het derde en vierde lid, en het kenbaar maken, bedoeld in het vijfde lid, mogen in gestandaardiseerde vorm geschieden.*