

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2021-0382
(mr. J. Wortel, voorzitter, prof. dr. A. Buijs, mr. M.E.J. Bracco Gartner, leden en
mr. R.P.W. van de Meerakker, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 15 juli 2020
Ingediend door : De consument
Tegen : Coöperatieve Rabobank U.A., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen Rabobank
Datum uitspraak : 16 april 2021
Aard uitspraak : Beslissing over behandelbaarheid
Uitkomst : Klacht niet-behandelbaar
Bijlage : Relevante bepalingen uit de wet, het reglement en het participatiereglement van Rabobank.

Samenvatting

Rabobank Certificaten. Klacht over het besluit van de bank om, naar aanleiding van de aanbeveling van de ECB, geen vergoeding op de certificaten uit te keren. Klacht niet-behandelbaar op grond van bewoording en strekking van het reglement.

1. De procedure

- 1.1 De commissie beslist op basis van haar reglement en op basis van de door partijen aan Kifid ingestuurde documenten inclusief bijlagen. Het gaat om: 1) het klachtformulier van de consument; 2) het verweerschrift van Rabobank; 3) de reactie van de consument (de repliek); 4) de laatste reactie van Rabobank (de dupliek) en 5) de voorafgaand aan de zitting ingebrachte pleitnota van de consument.
- 1.2 Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 5 februari 2021. Op de hoorzitting was de consument digitaal aanwezig, samen met de heer [naam 1]. De bank is op de hoorzitting verschenen.
- 1.3 De consument en Rabobank 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 heeft een effectenrekening bij de bank. Op deze rekening belegt hij binnen het concept Rabo Zelf Beleggen, op basis van *execution-only*, in Rabobank Certificaten.
- 2.2 De bank heeft het voor Rabobank Certificaten geldende participatiereglement overgelegd (zie de bijlage bij deze uitspraak voor de relevante bepalingen).

Daarin is bepaald dat de raad van bestuur van de bank kan besluiten aan houders van de certificaten een vergoeding toe te kennen.

- 2.3 Op 27 maart 2020 heeft de Europese Centrale Bank (hierna: ECB) een aanbeveling gepubliceerd waarin zij banken opriep in elk geval tot 1 oktober 2020 geen dividend uit te keren of toe te zeggen:

“(…) The ECB recommends that at least until 1 October 2020 no dividends (...) are paid out and no irrevocable commitment to pay out dividends is undertaken by the credit institutions for the financial year 2019 and 2020 and that credit institutions refrain from share buy-backs aimed at remunerating shareholders. (...)”

- 2.4 Naar aanleiding hiervan heeft de bank besloten in elk geval tot 1 oktober 2020 geen vergoeding op Rabobank Certificaten uit te keren.

- 2.5 Op 27 juli 2020 heeft de ECB, in vervolg op haar aanbeveling van 27 maart 2020, wederom een aanbeveling gepubliceerd. Daarin riep zij banken op in elk geval tot 1 januari 2021 geen dividend uit te keren of onherroepelijk toe te zeggen.

De klacht en vordering

- 2.6 Doordat Rabobank heeft besloten geen vergoedingen uit te betalen op de Rabobank Certificaten is de consument een bedrag van € 5.200,00 aan vergoedingen misgelopen.

De consument is al sinds 1966 klant en lid van de Coöperatieve Rabobank. Hij heeft destijds ledencertificaten verkregen. Die hadden een waarde van € 25,00 en daarvoor gold een vastgestelde jaarlijkse rentevergoeding van 5% per certificaat. Er bestond geen optie die rente zonder reden te verlagen. De ledenvergadering van de bank had daarbij een beslissingsbevoegdheid. Toen de bank besloot de certificaten naar de beurs te brengen veranderde de verhouding. De certificaten werden verhandelbaar en konden daardoor ook door niet-leden van de bank worden gekocht, de rente werd afhankelijk gemaakt van de beurswaarde. Toen ze op de beurs werden geplaatst, heeft de consument zich in goed vertrouwen niet verdiept in de veranderde voorwaarden en zich daartegen niet verzet.

Volgens de consument verdween met het besluit om voorlopig geen dividend uit te keren plots de enige compensatie voor het feit dat de certificaten in het geval van faillissement diep achtergestelde leningen zijn. Dat eenzijdige besluit van Rabobank acht de consument onrechtmatig.

Ten eerste heeft hij gesteld dat de bank ter onderbouwing van haar besluit ten onrechte een beroep doet op de aanbeveling van de ECB. Die aanbeveling is specifiek gericht op dividend op aandelen. De ledencertificaten betreffen een fundamenteel ander product. Bovendien levert de aanwijzing van de ECB op zichzelf geen *verplichting* voor Rabobank op.

Ten tweede heeft de consument gesteld dat het beding uit het participatiereglement (artikel 3), op grond waarvan de renteverplichting tot nihil kan worden teruggebracht, een onredelijk bezwarend beding is.

Hij vordert derhalve een verklaring voor recht dat het besluit van Rabobank om geen rentevergoeding uit te keren onrechtmatig is, en voorts vordert hij vernietiging van artikel 3 van het participatiereglement onder verwijzing naar de artikelen 6:233 en 6:236 van het Burgerlijk Wetboek.

Het verweer

- 2.7 Rabobank heeft verweer gevoerd tegen de stellingen van de consument. Voor zover relevant zal de commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

3. De beoordeling

Inleiding

- 3.1 Voordat zij inhoudelijk op de klacht kan ingaan, zal de commissie eerst onderzoeken of zij bevoegd is over de klacht te oordelen. Reden daarvoor is dat de klacht volgens de bank geen betrekking heeft op een financiële dienst in de zin van het reglement. Verder voert de bank aan dat Kifid op grond van artikel 2.1 aanhef en onder k van het reglement geen klachten over het optreden van banken in het kader van emissies behandelt.

Relevante bepalingen in het reglement

- 3.2 Deze procedure wordt gevoerd volgens het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid) Bemiddeling en (bindend) advies, geldend sinds 1 april 2017 (hierna: 'het reglement'). Op grond van artikel 1 van het reglement is de commissie bevoegd tot het behandelen van 'Klachten' van consumenten. Uit de definities in artikel 60 blijkt dat een 'Klacht' betrekking moet hebben op een 'Financiële dienst', een begrip dat wordt omschreven als (a) een betaaldienst als bedoeld in de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft), (b) een financiële dienst als bedoeld in de Wft of (c) een andere financiële dienst die op grond van een overeenkomst aan Kifid kan worden voorgelegd of waarvoor de financiële dienstverlener de consument naar Kifid heeft verwezen.
- 3.3 In deze zaak is geen sprake van een betaaldienst. Evenmin is gebleken dat de klacht op grond van een overeenkomst aan Kifid kan worden voorgelegd of dat consumenten naar Kifid zijn verwezen.

In haar brief van 29 mei 2020 heeft Rabobank weliswaar naar Kifid verwezen, maar in deze brief heeft de bank opgemerkt dat 'het kan zijn dat KiFid uw klacht – volgens haarzelf of ons – op grond van het Reglement niet kan behandelen.' Van een verwijzing naar Kifid, in de zin van het aanvaarden van behandeling van de klacht door Kifid, is daarmee geen sprake.

- 3.4 De commissie concludeert dat in deze zaak niet is voldaan aan onderdeel (a) en (c) van de definitie van financiële dienst. Hieronder zal worden beoordeeld of wel is voldaan aan onderdeel (b), dus of er sprake is van een 'financiële dienst' als bedoeld in de Wft.

Financiële dienst in de zin van de Wft?

- 3.5 In de Wft wordt het begrip 'financiële dienst' gedefinieerd in artikel 1:1. Het hier relevante onderdeel van de definitie staat onder (h), te weten het 'verlenen van een beleggingsdienst'. Wat het 'verlenen van een beleggingsdienst' inhoudt wordt ook in artikel 1:1 omschreven, namelijk het ontvangen, doorgeven en uitvoeren van orders ten aanzien van financiële instrumenten, het beheren van een individueel vermogen, het geven van beleggingsadvies en het overnemen of plaatsen van effecten bij aanbieding (vgl. de wettekst in de bijlage bij deze uitspraak). De commissie constateert dat het handelen van Rabobank in deze zaak – het als uitgevende instelling beslissen om geen vergoeding uit te keren op de Rabobank Certificaten – niet voldoet aan de definitie van het verlenen van een beleggingsdienst en daarom geen financiële dienst in de zin van de Wft is. Dit wordt niet anders doordat inmiddels in artikel 1:1 Wft een definitie staat van de 'uitvoering van orders voor rekening van cliënten', die onder meer omvat 'het sluiten van overeenkomsten tot verkoop van door een bank uitgegeven financiële instrumenten op het tijdstip van de uitgifte'. De voorliggende klacht ziet immers niet op het sluiten van een overeenkomst tot verkoop van financiële instrumenten, maar op een besluit om geen vergoeding op de uitgegeven Rabobank Certificaten uit te keren. Bovendien is deze wijziging van artikel 1:1 Wft in werking getreden op 3 januari 2018, dus pas na de uitgifte van de Rabobank Certificaten.
- 3.6 In de stellingen van de consument ligt besloten dat (het betalen van rente op) een lening volgens hem een financiële dienst is. Kredietverlening kan inderdaad een financiële dienst zijn in de zin van de Wft en het reglement, maar dan moet het gaan om krediet verstrekt door een financiële onderneming. Daarvan is in dit geval geen sprake omdat het bij Rabobank Certificaten een achtergestelde lening door de certificaathouder aan de bank betreft.
- 3.7 Verder volgt uit de strekking van het reglement dat de procedure bij Kifid bedoeld is voor individuele klachten. Relevant in dit verband is de uitspraak met nummer 2020-013 van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (hierna CvB). Zoals de CvB in deze uitspraak overweegt, vermeldt het reglement niet expliciet dat het moet gaan om een financiële dienst verleend op grond van een overeenkomst tussen een consument en diens financiële dienstverlener.

Wel is dit uitgangspunt zichtbaar in een aantal bepalingen in het reglement, zoals artikel 60 (in de definitie van 'consument' en de definitie van 'financiële dienst' onder c, waar melding wordt gemaakt van een overeenkomst tussen consument en financieel dienstverlener) en artikel 2.1 onder g, i en k (zie de bijlage bij deze uitspraak voor de tekst van deze bepalingen). Artikel 2.1 onder k is bovendien van belang omdat Kifid op grond van deze bepaling geen klachten behandelt over het handelen of nalaten van een financieel dienstverlener in een specifieke functie bij een emissie. Uit de ontstaansgeschiedenis blijkt dat deze bepaling is ingegeven door de wens de klachtbehandeling te beperken tot individuele klachten en van de klachtbehandeling uit te sluiten de algemene besluitvorming binnen de financiële dienstverlener die niet door de contractuele relatie met de consument wordt beheerst. In de toelichting van artikel van 5 van het reglement van de Klachtencommissie DSI (waarop artikel 2.1 onder k teruggaat) is immers het volgende opgemerkt:

“(...) Het begrip “effectdienstverlening” als genoemd in artikel 5, eerste lid vervult een belangrijke rol bij de afbakening van de competentie van de Klachtencommissie. Dit begrip is in het reglement niet nader omschreven; het wordt aan de Klachtencommissie overgelaten om hieraan nadere invulling te geven. In het begrip “effectdienstverlening” ligt besloten dat sprake dient te zijn van een contractuele relatie tussen de belanghebbende en de Deelnemer op grond waarvan bepaalde effectdiensten worden verricht.

(...)

De onbevoegdheidsexceptie (...) ziet op het handelen (of nalaten) van een Deelnemer bijvoorbeeld als leadmanager, syndicaatlid of listing agent in het kader van een specifieke functie van die deelnemer met een emissie of (her)plaatsing. In deze hoedanigheid zal in het algemeen geen sprake zijn van effectdienstverlening als bedoeld in artikel 5, eerste lid (...). Van effectdienstverlening is wel sprake in het geval een belegger via een Deelnemer inschrijft op een bepaalde emissie. In dat geval is het plaatsingsbeleid als zodanig niet toetsbaar, willekeurig bij toewijzing daarentegen wel. Omdat het (...) veelvuldig voorkomt dat een Deelnemer in het kader van een emissie of (her)plaatsing in meerdere hoedanigheden optreedt werd het wenselijk geacht de emissieactiviteiten met zoveel woorden uit te zonderen. (...)

- 3.8 Uit het voorgaande volgt dat de klachtprocedure bij Kifid niet is bedoeld voor een klacht als de voorliggende die niet alleen betrekking heeft op de individuele rechtsverhouding tussen de partijen bij de procedure, maar ook op het algemene beleid van de bank in haar hoedanigheid van uitgevende instelling. Dit beleid wordt mede bepaald door de voorwaarden die van toepassing zijn op de certificaten blijkens het geldende prospectus en heeft niet alleen gevolgen voor de consumenten in deze zaak, maar ook voor andere certificaathouders. De commissie zal deze klacht daarom niet-behandelbaar verklaren. Dat betekent dat er geen inhoudelijk oordeel zal worden gegeven over de vraag of Rabobank bevoegd is de rente (tot nihil) terug te brengen.

3.9 Naar het oordeel van de commissie rechtvaardigt het belang van deze zaak – vooral de omstandigheid dat de vraag of dergelijke klachten behandelbaar zijn ook in andere zaken aan de orde kan komen – dat de consument hoger beroep kunnen instellen. De commissie zal daarom, op de voet van artikel 2.2 aanhef en onder a van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening, bepalen dat voor de consument hoger beroep openstaat.

4. De beslissing

De Commissie:

- (a) verklaart de klacht niet-behandelbaar; en
- (b) bepaalt dat consument tegen deze uitspraak hoger beroep kunnen instellen bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening.

In overweging 3.9 en in de beslissing is vermeld dat tegen deze uitspraak hoger beroep kan worden ingesteld bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Voor het instellen van beroep geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak. Het reglement van de commissie van beroep en meer informatie over het instellen van beroep kunt u vinden op de website www.kifid.nl/in-beroep-gaan-bij-kifid.

Binnen twee weken na verzending van de uitspraak kunt u schriftelijk verzoeken om herstel van vergissingen in de uitspraak zoals schrijffouten, een verkeerde naam/datum of rekenfouten. De beslissing van de commissie in de uitspraak kan niet ter discussie worden gesteld. Binnen een maand na verzending van de uitspraak kunt u schriftelijk verzoeken de uitspraak aan te vullen als u vindt dat de commissie niet op alle onderdelen van uw vordering heeft beslist. Dit ziet niet op de situatie waarin u meent dat de commissie in de uitspraak niet uitdrukkelijk is ingegaan op al uw argumenten. Meer informatie staat in artikel 40 van het reglement.

Bijlage: relevante bepalingen

Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid) Bemiddeling en (bindend) advies (versie geldend sinds 1 april 2017):

Artikel 1 Welke klachten behandelt de Geschillencommissie?

De Geschillencommissie behandelt Klachten van Consumenten over Financiële diensten tegen Financiële dienstverleners of, bij nawerking, voormalig aangesloten Financiële dienstverleners.

Artikel 2 Welke klachten behandelt de Geschillencommissie niet?

2.1 De Geschillencommissie behandelt een Klacht niet voor zover:

(...)

g) Consument de verleende diensten of zaken heeft gevraagd of afgenomen van een buiten Nederland gelegen vestiging van de Financiële dienstverlener, tenzij deze Financiële dienstverlener is aangesloten bij Kifid en op de betrokken overeenkomst Nederlands recht van toepassing is (eventueel door partijkeuze achteraf) of daarin is neergelegd dat Consument eventuele Klachten aan Kifid kan voorleggen.

(...)

i) de Klacht ziet op de weigering om een rechtsverhouding aan te gaan of om de dienstverlening uit te breiden (...);

(...)

k) de Klacht betrekking heeft op een handelen of nalaten van de Financiële dienstverlener in het kader van een specifieke functie van de Financiële dienstverlener bij een emissie of (her)plaatsing van effecten;

Artikel 60 Begrippen

In dit Reglement wordt verstaan onder:

(...)

Consument: Iedere natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn handels-, bedrijfs-, ambachts-of beroepsactiviteit vallen. Wordt de overeenkomst evenwel gesloten voor doeleinden die deels binnen en deels buiten in de vorige volzin genoemde activiteit van de persoon liggen (gemengde overeenkomsten) en is het oogmerk van die activiteit zo beperkt dat het binnen de algehele context van de overeenkomst niet overheerst, dan dient die persoon eveneens als Consument te worden aangemerkt

(...)

Financiële dienst:

a) een betaaldienst als bedoeld in de Wet op het financieel toezicht.

b) een financiële dienst als bedoeld in de Wet op het financieel toezicht, ook indien deze wordt verleend ten aanzien van een financieel instrument of van een overeenkomst van levensverzekering met pensioenclausule.

c) een andere financiële dienst die krachtens de tussen een Financiële dienstverlener en een Consument geldende overeenkomst(en) aan (de Geschillencommissie bij) Kifid kan worden voorgelegd, of waarvoor een Financiële dienstverlener een Consument naar (de Geschillencommissie bij) Kifid heeft verwezen.

Reglement Klachtencommissie DSI (versie 7 juli 2005)

Artikel 2

2.1 De Klachtencommissie behandelt en beslist over klachten van belanghebbenden tegen Deelnemers als bedoeld in artikel 12 van het Algemeen Reglement.

Artikel 5

5.1 Iedere belanghebbende kan schriftelijk een klacht indienen ter zake van een handelen of nalaten van een Deelnemer in het kader van effectendienstverlening, indien zulk een belanghebbende voorshands aannemelijk maakt dat hij door dit handelen of nalaten een materiële schade van tenminste 250 euro heeft geleden.

(...)

5.2 De Klachtencommissie is niet bevoegd klachten in behandeling te nemen indien:

(...)

b. de klacht betrekking heeft op een handelen of nalaten van een Deelnemer in het kader van een specifieke functie van die deelnemer met een emissie of (her)plaatsing;

Wet op het financieel toezicht:

Artikel 1:1

In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt, voorzover niet anders is bepaald, verstaan onder:

(...)

financiële dienst:

- a. aanbieden;
- b. adviseren over andere financiële producten dan financiële instrumenten;
- c. beheren van een beleggingsinstelling of beheren van een icbe;
- d. bemiddelen;
- e. herverzekeringsbemiddelen;
- f. optreden als clearinginstelling;
- g. optreden als gevolmachtigde agent of ondergevolmachtigde agent; of
- h. verlenen van een beleggingsdienst;
- i. verrichten van een beleggingsactiviteit;

(...)

uitvoering van orders voor rekening van cliënten: in de uitoefening van beroep of bedrijf optreden om overeenkomsten te sluiten tot verkoop of aankoop van een of meer financiële instrumenten voor rekening van cliënten met inbegrip van het sluiten van overeenkomsten tot verkoop van door een bank of beleggingsonderneming uitgegeven financiële instrumenten op het tijdstip van de uitgifte ervan;

(...)

verlenen van een beleggingsdienst:

- a. in de uitoefening van een beroep of bedrijf ontvangen en doorgeven van orders van cliënten met betrekking tot financiële instrumenten;
- b. in de uitoefening van beroep of bedrijf voor rekening van die cliënten uitvoeren van orders met betrekking tot financiële instrumenten;

- c. beheren van een individueel vermogen;
- d. in de uitoefening van beroep of bedrijf adviseren over financiële instrumenten;
- e. in de uitoefening van beroep of bedrijf overnemen of plaatsen van financiële instrumenten bij aanbidding ervan als bedoeld in de prospectusverordening met plaatsingsgarantie;
- f. in de uitoefening van beroep of bedrijf plaatsen van financiële instrumenten bij aanbidding ervan als bedoeld in de prospectusverordening zonder plaatsingsgarantie;

Participatiereglement geldend voor Rabobank Certificaten

“(…) Vergoedingen

Artikel 3

1. Het al dan niet betalen van Vergoedingen op de Participaties (en via Stichting AK op de Rabobank Certificaten), de hoogte daarvan en de betaaldatum daarvan zijn volledig ter discretie van de raad van bestuur van Rabobank. De houders van de Participaties (en de houders van Rabobank Certificaten) kunnen aan het in lid 2 genoemde vergoedingenbeleid dat Rabobank met betrekking tot Vergoedingen op de Participaties beoogt te voeren, of afwijkingen daarvan, geen aanspraken ontlenen.
2. Onverminderd de in lid 1 genoemde discretie, beoogt Rabobank ten aanzien van een Participatie (en via Stichting AK ten aanzien van een Rabobank Certificaat) een vergoedingenbeleid te voeren. Rabobank zal het actuele vergoedingenbeleid publiceren en beschikbaar houden op www.rabobank.nl en www.rabobank.com. Het vergoedingenbeleid wordt vastgesteld en gewijzigd krachtens besluit van de raad van bestuur van Rabobank onder goedkeuring van de raad van commissarissen van Rabobank. Het vergoedingenbeleid vormt niet meer dan een indicatie. Rabobank is op geen enkele manier gebonden aan dit vergoedingenbeleid en heeft volledige discretie om een hogere, lagere of geen enkele Vergoeding op de Participaties te betalen.
3. In geval geen of een lagere Vergoeding wordt betaald op de Participaties dan op basis van de indicatie in het vergoedingenbeleid, zal Rabobank het negatieve verschil niet op een volgende Vergoedingbetaaldag of ander tijdstip goedmaken.
4. Rabobank zal op een Vergoedingbetaaldag of enig ander tijdstip in ieder geval geen Vergoedingen of enige andere vergoeding betalen als zij niet beschikt over "uitkeerbare bestanddelen" in de zin van de CRR of voor de betaling geen eventueel vereiste verklaring van geen bezwaar wordt gekregen van, of de betaling wordt verboden door, de Europese Centrale Bank, De Nederlandsche Bank N.V. of enige andere autoriteit belast met toezicht op de liquiditeit en solvabiliteit van kredietinstellingen, een en ander in overeenstemming met de voor Rabobank geldende regelgeving.

Berekening en betaling

Artikel 4

1. Als het bestuur van Rabobank overeenkomstig zijn in artikel 3 lid 1 genoemde discretie heeft besloten op de Participaties (en via Stichting AK op de Rabobank Certificaten) een Vergoeding te betalen, zal Rabobank dat besluit publiceren op www.rabobank.nl en www.rabobank.com. De Vergoeding is opeisbaar vanaf de dertigste dag na de in het gepubliceerde besluit bepaalde betaaldatum. Vergoedingen die binnen vijf jaren na de aanvang van de tweede dag waarop zij opeisbaar zijn geworden niet in ontvangst zijn genomen, vervallen aan Rabobank. (…)