

dienen binnen een redelijke termijn na de afwijzing. Als uitgangspunt geldt daarbij een termijn van maximaal één jaar, maar hiervan kan Kifid op grond van de omstandigheden van het geval afwijken.

12.5 Als Consument de Klacht te laat indient, kan Kifid de Klacht toch behandelen: a) als Consument naar het oordeel van de Voorzitter van de termijnoverschrijding geen verwijt kan worden gemaakt of de termijnoverschrijding niet anderszins voor zijn rekening en risico behoort te blijven, en het belang van Aangeslotene door de vertraagde behandeling niet onredelijk wordt geschaad.

b) als Consument bij het indienen een verklaring van Aangeslotene meestuurt waaruit blijkt dat Aangeslotene zich er niet op wil beroepen dat de Klacht te laat is. Consument moet Aangeslotene dan zelf om die verklaring vragen.”

“Kifid bevestigt de ontvangst van de Klacht aan Consument en informeert hem in algemene termen over de verdere gang van de procedure”, aldus artikel 16 ROGFD.

Gezien het bovenstaande geeft het ROGFD duidelijk de stappen aan die een Consument vooraf moet nemen om een klacht bij Kifid te kunnen indienen en bevat het voorts regels betreffende de termijn binnen welke geschillen aanhangig moeten worden gemaakt. Het ROGFD voldoet dan ook aan de in artikel 48 lid 1 onderdeel b eerste zinsnede BGfo gestelde eis.

5.4 Een duidelijke omschrijving van de partijen die een geschil bij Kifid aanhangig kunnen maken

Artikel 48 lid 1 onderdeel b tweede zinsnede BGfo stelt als eis dat het reglement van een geschilleninstantie een duidelijke omschrijving van de partijen die een geschil aanhangig kunnen maken dient te omvatten. In het licht van deze bepaling zal hierna worden bezien of het ROGFD en het Reglement van Beroep een leesbare en begrijpelijke en daarmee duidelijke omschrijving geven van de partijen die een geschil aanhangig kunnen maken.

Iemand die een geschil bij Kifid aanhangig wil maken zal, gezien de definitie van het begrip ‘Consument’, niet zelden (ook) moeten beoordelen of hij afnemer is van een ‘Financiële dienst’ in de zin van artikel 1 ROGFD.⁴⁶³ Een gemiddelde consument kan dat echter niet beoordelen, zo heb ik reeds eerder betoogd.⁴⁶⁴

In paragraaf 4.7.3 is ook aandacht besteed aan de vraag wat dient te worden verstaan onder “een rechtspersoon waarvan de doelstelling zozeer is gericht op het particuliere belang van een of meer natuurlijke personen die aandeelhouder(s) en/of bestuurder(s) van deze rechtspersoon zijn, dat deze als een verlengstuk van die natuurlijke persoon of personen kan worden beschouwd”.⁴⁶⁵ Gebleken is dat met deze rechtspersonen wordt bedoeld op pensioen-B.V.’s of stamrecht-B.V.’s en op verenigingen van eigenaars die een financiële dienst hebben afgenomen van de Aangeslotene tegen wie de klacht zich richt. Vóór de

463. In het eerste artikel van het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (Kifid) wordt een ‘Consument’ immers mede gedefinieerd als ‘de afnemer van een Financiële dienst, indien (...)’.

464. Hellegers 2009, p. 7. Met het begrip ‘gemiddelde consument’ wordt in het onderhavige geval bedoeld op een gemiddeld geïnformeerde en oplettende consument, die in staat is zijn eigen financiële positie in kaart te brengen. Zie ook *Kamerstukken II 2003/04, 29507, 3*, p. 86 en Van Dam 2009.

465. Een dergelijke rechtspersoon valt namelijk ook onder de definitie van het begrip ‘Consument’ in artikel 1 het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening.

per 1 oktober 2015 doorgevoerde wijziging van het ROGFD was dat voor degenen die niet op de hoogte zijn van de jurisprudentie van Kifid naar mijn mening in het geheel niet duidelijk. Gelukkig heeft Kifid per 1 oktober jongstleden in artikel 1 van het ROGFD duidelijk gemaakt dat hier wordt bedoeld op persoonlijke pensioenvennootschappen en verenigingen van eigenaars en dat beslissend is of de rechtspersoon in wezen een verlenging is van de persoon van Consument in diens hoedanigheid van Consument en is het reglement op dit punt een stuk duidelijker geworden.

De in het reglement opgenomen definitie van het begrip ‘Consument’ roept naar mijn mening echter om een andere reden wel nog vragen op. In deze definitie is namelijk onder meer de voorwaarde opgenomen dat de afnemer van een Financiële dienst heeft te gelden als consument, “*indien en voor zover die afnemer een natuurlijke persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf*”. De vraag of een afnemer van een Financiële dienst heeft te gelden als een natuurlijke persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf is echter niet altijd eenvoudig te beantwoorden, zo leert de praktijk. Zo sluiten natuurlijke personen niet zelden overeenkomsten voor doeleinden die slechts ten dele verband houden met de uitoefening van een beroep of bedrijf. Te denken valt aan een zzp’er die vanuit huis werkt, waarbij een (ondergeschikt) gedeelte van het huis kan worden aangemerkt als werkruimte en een gedeelte van de hypotheek op dat huis (betrekking hebbende op de werkruimte) door deze zzp’er als schuld wordt opgenomen op de balans van zijn onderneming. In een dergelijk geval kan wellicht niet worden volgehouden dat deze zzp’er bij de totstandkoming van zijn hypotheek niet mede heeft gehandeld in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Naar mijn mening is het echter onwenselijk een dergelijke persoon – zeker in de huidige tijd met een toenemend aantal zzp’ers – niet aan te merken als Consument in de zin van artikel 1 ROGFD. Het reglement zou op dit punt duidelijker kunnen zijn, bijvoorbeeld door een toelichting op te nemen waarin is bepaald dat wanneer de Financiële dienst wordt afgenomen voor doeleinden die gedeeltelijk binnen en gedeeltelijk buiten de beroeps- of bedrijfsmatige activiteiten van de natuurlijke persoon liggen en de beroeps- of bedrijfsmatige doeleinden niet overheersen, die persoon dan als Consument in de zin van artikel 1 ROGFD dient te worden aangemerkt. Dit in het licht van overweging 17 van de preambule bij de Richtlijn consumentenrechten, waarin het volgende wordt opgemerkt:

“Onder de definitie van consument dienen natuurlijke personen te vallen die buiten hun handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit handelen. Bij gemengde overeenkomsten, waar een overeenkomst wordt gesloten voor doeleinden die deels binnen en deels buiten de handelsactiviteit van de persoon liggen en het handelsoogmerk zo beperkt is dat het binnen de globale context van de overeenkomst niet overheerst, dient die persoon echter ook als consument te worden aangemerkt.”⁴⁶⁶

Deze begripsomschrijving van consument komt overeen met de begripsomschrijving van ‘consument’ die ook in andere, recente, richtlijnen is gehanteerd op het gebied

466. Richtlijn 2011/83/EU (PbEU 2011, L 304/66).

van het consumentenrecht, zo wordt in de memorie van toelichting bij de Implementatiewet Richtlijn consumentenrechten opgemerkt.⁴⁶⁷

Dit roept echter weer de vraag op in welk geval een handelsoogmerk zo beperkt is dat het binnen de algehele context van de overeenkomst niet overheerst. Hendrikse, Rinkes en Pluymen stellen dat in geval van een ‘gemengde overeenkomst’ de uitleg die het Hof van Justitie in de *Gruber*-zaak heeft gegeven aan het begrip ‘consument’ ook betekenis heeft voor andere regelingen van Europees consumentenrecht.⁴⁶⁸ In deze zaak overwoog het Hof van Justitie ten aanzien van de vraag wanneer een persoon de hoedanigheid van consument in de zin van artikel 13 eerste alinea Executieverdrag moet worden ontzegd als volgt:

“39 In dit verband volgt duidelijk uit de doelstelling van de artikelen 13 tot en met 15 Executieverdrag, die erin bestaat de persoon van wie wordt aangenomen dat hij zich ten aanzien van zijn wederpartij in een zwakkere positie bevindt, passende bescherming te verstrekken, dat een persoon die een overeenkomst sluit voor een gebruik dat gedeeltelijk op zijn beroepsactiviteit betrekking heeft en daarvan dus slechts gedeeltelijk losstaat, zich in beginsel niet op deze bepalingen kan beroepen. Dit ligt slechts anders indien deze overeenkomst zo losstaat van de beroepsactiviteit van de betrokkene dat het verband marginaal wordt en bijgevolg in het kader van de verichting, in haar totaliteit beschouwd, waarvoor deze overeenkomst is gesloten, slechts een onbetekenende rol speelt.”⁴⁶⁹

Op grond van dit in de *Gruber*-zaak geformuleerde criterium nemen zij het standpunt in dat in het geval het beroepsmatige aandeel bij een ‘gemengde overeenkomst’ minder dan 10% bedraagt de betrokken partij als consument mag worden beschouwd, maar dat bij een beroepsmatig aandeel van 25% niet kan worden gesproken van een onbetekenend aandeel.⁴⁷⁰ Ook bij een beroepsmatig aandeel van 25% zal dit aandeel binnen de algehele context van de overeenkomst naar mijn mening nog altijd niet overheersen, zodat de betrokken partij in dat geval naar mijn mening nog steeds als consument kan worden aangemerkt. Het is wel aan de persoon die stelt in de betrokken overeenkomst met een tweeledig doel overwegend als consument te zijn opgetreden om het bewijs daarvan te leveren, waarbij de wederpartij het recht heeft om het tegenbewijs te leveren.⁴⁷¹

467. Kamerstukken II 2012/13, 33520, 3, p. 15. Zie bijvoorbeeld ook overweging 18 van de preambule bij de Richtlijn ADR consumenten, PbEU 2013, L 165/65: “Onder de definitie van “consument” dienen natuurlijke personen te vallen die niet handelen in de uitoefening van hun handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit. Wordt de overeenkomst evenwel gesloten voor doeleinden die deels binnen en deels buiten de handelsactiviteit van de persoon liggen (gemengde overeenkomsten) en is het handelsoogmerk zo beperkt dat het binnen de algehele context van de overeenkomst niet overheerst, dan dient die persoon eveneens als consument te worden aangemerkt.” Zie ook Asser/Hartkamp 3-I 2015/163.

468. Hendrikse, Rinkes & Pluymen 2015, p. 46-47.

469. HvJ EG 20 januari 2005, C-464/01, ECLI:EU:C:2005:32, NJ 2006/278, m.nt. Vlas (*Gruber/Bay Wa*).

470. Hendrikse, Rinkes & Pluymen 2015, p. 47-48.

471. Vgl. r.o. 46 van HvJ EG 20 januari 2005, C-464/01, ECLI:EU:C:2005:32, NJ 2006/278, m.nt. Vlas (*Gruber/Bay Wa*). Zie ook Loos 2013, p. 34. Overigens is het Hof van Justitie van de Europese Unie verzocht om een prejudiciële beslissing over de vraag of artikel 2 onder b Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten aldus moet worden uitgelegd dat onder het begrip ‘consument’ een natuurlijke persoon valt die het beroep van advocaat uitoefent en met een bank een kredietovereenkomst sluit waarin het doel van de lening niet is vermeld en het advocatenkantoor van die natuurlijke persoon als hypothecaire borg wordt aangeduid, zie C-110/14 (*Costea*).

Deze opmerkingen gelden overigens ook ten aanzien van het Reglement van Beroep, omdat ook in de daarin opgenomen definitie van het begrip ‘Consument’ de voorwaarde is opgenomen dat de afnemer van een Financiële dienst slechts heeft te gelden als consument, “indien en voor zover die afnemer een natuurlijke personen is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf”.

Concluderend kan mijns inziens niet worden gezegd dat de reglementen een duidelijke omschrijving geven van de partijen die een geschil aanhangig kunnen maken.

Het is overigens opvallend dat het begrip ‘Consument’ in het Reglement van Beroep op een andere wijze is gedefinieerd dan in het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening. Onder het in artikel 1 ROGFD opgenomen begrip ‘Consument’ wordt tevens begrepen:

“(…)

c) de natuurlijke persoon die een eigen vorderingsrecht ontleent aan een overeenkomst van verzekering.

d) de natuurlijke persoon met een Privacyklacht.”

In de in het Reglement van Beroep opgenomen definitie van het begrip ‘Consument’ ontbreken de categorieën c en d. Het ontbreken van deze categorieën heeft tot gevolg dat de Commissie van Beroep niet bevoegd is te oordelen over beslissingen van de geschillencommissie die betrekking hebben op klachten van een natuurlijke persoon die een eigen vorderingsrecht ontleent aan een overeenkomst van verzekering en een natuurlijke persoon met een ‘Privacyklacht’. Voorts verschillen de onderdelen a van beide definities onderling van elkaar. Onder het begrip ‘Consument’ wordt volgens het Reglement van Beroep immers tevens geschaard “de rechtspersoon, waarvan de doelstelling is gericht op het particuliere belang van bestuurders en/of deelnemers c.q. leden, zulks uitgezonderd de rechtspersoon die is opgericht met het doel gerechtelijke of buitengerechtelijke procedures voor te bereiden en te voeren ten behoeve van Consumenten”, terwijl, zoals hiervoor reeds eerder ter sprake is gekomen onder het begrip ‘Consument’ in de zin van het ROGFD tevens wordt geschaard “een rechtspersoon waarvan de doelstelling zozeer is gericht op het particuliere belang van een of meer natuurlijke personen die aandeelhouder(s) en/of bestuurder(s) van deze rechtspersoon zijn, dat deze als een verlengstuk van die natuurlijke persoon of personen kan worden beschouwd”.

Waarom dit verschil wordt gemaakt is in het geheel niet duidelijk. Indien er geen moverende redenen zijn om dit verschil in stand te laten, is het mijns inziens wenselijk dat er een gelijklopende definitie van het begrip ‘Consument’ in beide reglementen wordt gehanteerd, zo heb ik reeds in de eerdergenoemde voorstudie opgemerkt.⁴⁷² Dit verschil sluit namelijk niet uit dat een rechtspersoon die valt onder het begrip ‘Consument’ in de zin van artikel 1 ROGFD een geschil aanhangig kan maken bij de Geschillencommissie, maar bij de Commissie van Beroep te horen krijgt dat zijn beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard op de grond dat hij niet te gelden heeft als een ‘Consument’ in de zin van artikel 1 van het Reglement van Beroep.

472. Hellegers 2014, p. 154-155.