Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2020-963
(mr. E.L.A. van Emden, voorzitter en mr. S. Brugts, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 21 augustus 2020
Ingediend door	: Consument
Tegen	: Westenburg Assurantiën B.V., gevestigd te Breda, verder te noemen de Adviseur
Datum uitspraak	: 27 november 2020
Aard uitspraak	: Bindend advies
Uitkomst	: Vordering afgewezen
Bijlage	: Relevante bepalingen uit wet- en regelgeving

Samenvatting

Lijfrentespaarrekening. Deposito. Consument had een lijfrenteverzekering bij een verzekeringsmaatschappij, die in 2016 zou expireren. In juli 2016 heeft Consument de Adviseur opdracht verstrekt voor advies en bemiddeling bij het openen van een lijfrentespaarrekening. In de adviesopdracht staat dat Consument een vaste rente wil. Na advies en bemiddeling door de Adviseur heeft Consument lijfrentespaarrekeningen geopend bij twee banken. Daarbij heeft de Adviseur Consument geïnformeerd dat Consument de rente bij één van deze banken zelf zou moeten vastzetten. Consument verzuimt dit te doen en komt er in 2020 achter dat de bank een variabele rente heeft berekend over zijn spaartegoed. Consument verwijt de Adviseur dat hij zijn zorgplicht heeft geschonden doordat de bank geen vaste, maar een variabele rente heeft berekend. De Commissie is van oordeel dat de Adviseur zijn zorgplicht niet heeft geschonden en wijst de vordering af.

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 hierbij om: 1) het klachtformulier van Consument; 2) het verweerschrift van de Adviseur; 3) de repliek van Consument en 4) de dupliek van de Adviseur.

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 Consument en de Adviseur hebben gekozen voor een bindend advies. De uitspraak is daarom bindend. Dat betekent dat partijen elkaar aan de uitspraak kunnen houden.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

2.1 Consument had een lijfrenteverzekering bij ASR Levensverzekering N.V. (hierna: ASR Leven), die in 2016 zou expireren.

2.2 Op 16 juli 2016 heeft Consument aan de Adviseur per e-mail opdracht verstrekt voor advies en bemiddeling bij het openen van een lijfrentespaarrekening. In de adviesopdracht, die Consument heeft ondertekend (hierna: de Adviesopdracht), staat voor zover relevant:

"(…) Op advies van zijn accountant wil de heer [Consument] het vrijkomen van het lijfrentekapitaal uit polis [nummer lijfrentepolis] uitstellen op een lijfrentespaarrekening met een vaste rente tot 20-09-2027.

Wij zullen hiertoe een vergelijking van de rentes van een 11-jaarsdeposito van een viertal banken maken en bemiddelen bij het afsluiten van de lijfrentespaarrekening. (…)"

2.3 De Adviseur heeft Consument geadviseerd lijfrentespaarrekeningen te openen bij ASR Bank N.V. (hierna: ASR Bank) en Aegon Bank N.V. (hierna: Aegon Bank).

2.4 Op 19 juli 2016 heeft de Adviseur aan Consument een e-mail gestuurd. Hierin staat voor zover relevant:

"(…) Op uw verzoek heb ik in verband met het depositogarantiestelsel de rekeningen aangevraagd bij ASR Bank en AEGON Bank. Hiertoe ontvangt u van beide banken rechtstreeks per mail een bevestiging.

Graag ontvang ik de volgende stukken ondertekend retour:
- *Overboekingsverzoek ASR naar Aegon Bank*
- *Overboekingsverzoek ASR naar ASR Bank*
- *Voorbeeldberekening Aegon Bank*
- *Voorbeeldberekening ASR Bank*

Bij Aegon Bank heb ik al direct bij de online aanvraag kunnen aangeven dat u de rente voor een duur van 11 jaar wenst vast te zetten. Bij ASR Bank is het niet mogelijk om dit bij de online aanvraag aan te geven. Het vastzetten van de rente kunt u via internetbankieren aanvragen zodra het lijfrentekapitaal op de rekening is gestort. Rechtstreeks van ASR Bank ontvangt u hiertoe de inlogcodes voor internetbankieren. (…)"

2.5 Op 19 juli 2016 heeft ASR Bank aan Consument een voorbeeldberekening voor een lijfrentespaarrekening (hierna: de Voorbeeldberekening) verstrekt. In de Voorbeeldberekening staat voor zover relevant:

"(…) Eenmalige inleg op ingangsdatum	*€ 82.000,00*
Renteduur	*11 jaar*
Actuele rentevergoeding	*1,80%*

Opgebouwd vermogen
Op basis van deze uitgangspunten is er op 20-09-2027 een bedrag van € 99.971,18 opgebouwd.

In deze berekening staan de rentetarieven zoals die op het moment van de berekening gelden. De hoogte van de rentetarieven is niet gegarandeerd.

De berekening is een indicatie op basis van de opgegeven uitgangspunten. De werkelijke uitkomst kan afwijken omdat deze van meerdere factoren afhankelijk is, zoals het moment van de inleg en de rentevergoeding op het moment dat er een inleg wordt gedaan. Aan deze informatie kunnen geen rechten ontleend worden. (…)"

2.6 Op 19 juli 2016 heeft ASR Bank aan Consument een brief geschreven. Hierin staat voor zover relevant:

"(…) U hebt een lijfrente spaarrekening aangevraagd. Wij hebben deze rekening voor u geopend. (…)

Uw rekening activeren
Voordat u uw rekening kunt gebruiken, moet u de productvoorwaarden van de lijfrente spaarrekening accepteren. Hierbij maken wij onderscheid of u de lijfrente spaarrekening zelf online op de website van a.s.r. hebt aangevraagd of dat u de lijfrente spaarrekening hebt aangevraagd via een adviseur.

- *(…)*
- *Hebt u de lijfrente spaarrekening aangevraagd via een adviseur? Dan zullen wij u de eerste keer dat u inlogt op mijn.asrbank vragen om de productvoorwaarden te lezen en accepteren. U kunt de rekening pas gebruiken, nadat u hebt ingelogd op mijn.asrbank en de voorwaarden hebt geaccepteerd. Doe dit zodra u de inloggegevens voor mijn.asrbank hebt. (…)"*

2.7 Op de lijfrentespaarrekening van Consument bij ASR Bank (hierna: de Lijfrente-spaarrekening) zijn de Algemene Voorwaarden Lijfrente spaarrekening van ASR Bank (hierna: de Voorwaarden) van toepassing.

2.8 In artikel 6 van de Voorwaarden staat voor zover relevant:

"(…) Rente op de rekening
1. *De lijfrente spaarrekening heeft een variabele rente. Deze variabele rente geldt voor het spaartegoed op de rekening dat niet is opgenomen in een deposito (zie artikel 7).*
2. *De variabele rente geldt tot de einddatum van de rekening.*
3. *ASR Bank bepaalt de hoogte van de variabele rente en mag deze altijd veranderen.*

4. *De rekeninghouder kan op de website van ASR Bank en op Mijn ASR Bank bekijken hoe hoog het rentepercentage van de variabele rente op dat moment is. (…)"*

2.9 In artikel 7 van de Voorwaarden staat voor zover relevant:

"(…) Deposito
1. *De rekeninghouder kan ervoor kiezen om een gedeelte van het spaartegoed vast te zetten in een deposito. Dit doet de rekeninghouder zelf via Mijn ASR Bank.*
2. *(…)*
3. *(…)*
4. *Een deposito heeft tijdens zijn hele looptijd een vaste rente. De hoogte van het vaste rentepercentage op een deposito is afhankelijk van de gekozen looptijd en van het moment waarop het deposito geopend wordt. Deze rente wordt onderdeel van het deposito. (…)"*

2.10 In artikel 12 van de Voorwaarden staat voor zover relevant:

"(…) Informatie
1. *De rekeninghouder kan informatie over de rekening alleen op Mijn ASR Bank bekijken.*
2. *De rekeninghouder is verplicht om informatie van ASR Bank te controleren. Als er iets niet klopt, moet de rekeninghouder dat aan ASR Bank melden. Dit moet binnen twaalf maanden nadat ASR Bank de informatie beschikbaar heeft gesteld. Als ASR bank in deze twaalf maanden geen bericht van de rekeninghouder krijgt, gaat de bank ervan uit dat de rekeninghouder de informatie heeft goedgekeurd. (…)"*

2.11 Op 21 juli 2016 heeft Consument de Voorbeeldberekening voor akkoord ondertekend.

2.12 Op 21 juli 2016 heeft Consument een overdrachtsformulier lijfrentekapitaal van ASR Bank (hierna: het Overdrachtsformulier) voor akkoord ondertekend. Hiermee gaf Consument toestemming om een lijfrentekapitaal van € 82.000,- over te boeken van ASR Leven naar ASR Bank.

2.13 Op 21 juli 2016 heeft Consument de Voorbeeldberekening en het Overdrachtsformulier per e-mail aan de Adviseur doen toekomen.

De klacht en vordering van Consument

2.14 Consument vordert van de Adviseur een schadevergoeding van € 14.083,42.

2.15 Consument heeft zich op het standpunt gesteld dat de Adviseur toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van zijn zorgplicht jegens Consument. Daartoe heeft Consument de volgende argumenten aangevoerd:

- De Adviseur heeft niet, onvoldoende voortvarend en/of onjuist gehandeld conform hetgeen partijen zijn overeengekomen. De Adviseur is de afspraken niet nagekomen.
- De Adviseur heeft bij de uitvoering van zijn opdracht niet gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot in de omstandigheden van het geval mag worden verwacht.
- Partijen zijn voor de Lijfrentespaarrekening een vaste rente van 1,80% op jaarbasis overeengekomen. Gebleken is echter dat ASR Bank vanaf 21 juli 2016 een variabele rente heeft gehanteerd.

2.16 Door de toerekenbare tekortkoming van de Adviseur in de nakoming van zijn zorgplicht heeft Consument schade geleden. Volgens de Voorbeeldberekening zou de rente op de Lijfrentespaarrekening bij een rente van 1,80% op jaarbasis na elf jaren zijn aangegroeid tot € 99.971,18. Bij een variabele rente van 0,35% op jaarbasis is het verwachte eindkapitaal € 85.887,76. Consument vordert compensatie van het verschil van € 14.083,42 door de Adviseur.

Het verweer van de Adviseur

2.17 De Adviseur heeft verweer gevoerd tegen de stellingen van Consument. Voor zover relevant zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

3. De beoordeling

3.1 Aan de Commissie liggen de vragen voor of de Adviseur gedurende het adviestraject fouten heeft gemaakt en dientengevolge de schade moet vergoeden die Consument geleden stelt te hebben. De Commissie is van oordeel dat dat niet het geval is en zal dat hierna toelichten.

De Adviseur dient de zorg te betrachten die van een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot mag worden verwacht

3.2 Tussen partijen is niet in geschil dat zij een overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) hebben gesloten. Bij de beoordeling van de stellingen van partijen stelt de Commissie voorop dat de Adviseur bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen (artikel 7:401 BW). De Adviseur dient tegenover Consument de zorg te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot mag worden verwacht. Zie ook Hoge Raad 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0122, overweging 3.4.1. Naar bestendige rechtspraak wordt de inhoud en reikwijdte van deze zorgplicht bepaald aan de hand van de specifieke omstandigheden van het concrete geval, waaronder de aard van de betrokken rechtsverhouding, de aan het desbetreffende product en/of de dienst verbonden risico's, de eventuele deskundigheid en ervaring van de cliënt en diens inkomens- en vermogenspositie. Zie ook Rechtbank Amsterdam 19 juli 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5552, overweging 4.3.

Heeft de Adviseur zijn zorgplicht geschonden?

3.3 Consument heeft zich op het standpunt gesteld dat de Adviseur zijn zorgplicht heeft geschonden. Bij de uitvoering van zijn opdracht heeft de Adviseur niet gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot in de omstandigheden van het geval mag worden verwacht. Volgens Consument heeft de Adviseur onvoldoende voortvarend en/of onjuist gehandeld en is de Adviseur zijn afspraken niet nagekomen. Consument verwijt de Adviseur dat de Lijfrentespaarrekening geen vaste, maar een variabele rente heeft. De Adviseur heeft de stellingen van Consument betwist en het standpunt ingenomen dat hij Consument op een heldere en duidelijke wijze heeft geïnformeerd dat deze zélf de rente van de Lijfrentespaarrekening zou moeten vastzetten. In zijn repliek heeft Consument toegelicht dat de Adviseur hem slechts één keer, namelijk in zijn e-mail van 19 juli 2016, hiervoor opgenomen onder 2.4, heeft geïnformeerd dat hij zelf de rente zou moeten vastzetten. Volgens Consument gaat de zorgplicht van de Adviseur verder dan slechts één e-mail sturen en had de Adviseur zich ervan moeten vergewissen dat Consument deze e-mail daadwerkelijk had gelezen, had begrepen en hiernaar had gehandeld. De Adviseur heeft dat betwist.

3.4 Bij de beoordeling volgt de Commissie de lijn die zij eerder heeft uitgezet in Geschillencommissie Kifid nrs. 2013-388 en 2019-871. Uit de overgelegde stukken is de Commissie voldoende gebleken dat Consument er gedurende het adviestraject meerdere keren op is gewezen dat naast het openen van de Lijfrentespaarrekening een extra handeling van Consument nodig was om een deposito (met een vaste rente) tot stand te brengen. Dat blijkt uit de hiervoor onder 3.3 reeds gememoreerde e-mail van 19 juli 2016 van de Adviseur aan Consument, waarin staat: "(…) *Bij Aegon Bank heb ik al direct bij de online aanvraag kunnen aangeven dat u de rente voor een duur van 11 jaar wenst vast te zetten. Bij ASR Bank is het niet mogelijk om dit bij de online aanvraag aan te geven. Het vastzetten van de rente kunt u via internetbankieren aanvragen zodra het lijfrentekapitaal op de rekening is gestort. Rechtstreeks van ASR Bank ontvangt u hiertoe de inlogcodes voor internetbankieren. (…)"* Dat een extra handeling van Consument nodig was om een deposito te openen, blijkt ook uit de Voorwaarden. Volgens artikel 6 van de Voorwaarden, hiervoor opgenomen onder 2.8, heeft de Lijfrentespaarrekening tot de einddatum een variabele rente. Dat is het uitgangspunt. In artikel 7 van de Voorwaarden, hiervoor opgenomen onder 2.9, staat dat Consument ervoor kan kiezen om (een gedeelte van) het spaartegoed vast te zetten in een deposito en dat Consument dat zélf moet doen via de digitale omgeving van Consument bij ASR Bank. Naar het oordeel van de Commissie zijn dit duidelijke bewoordingen, die niet voor misverstand vatbaar zijn. Indien de inhoud van de Voorwaarden en de e-mail van 19 juli 2016 voor Consument niet duidelijk waren, had het op zijn weg gelegen om hierover vragen te stellen aan de Adviseur. Niet gesteld of gebleken is dat Consument dat heeft gedaan.

Onder die omstandigheden kan Consument niet met succes aan de Adviseur tegenwerpen dat ASR Bank geen vaste, maar een variabele rente heeft gehanteerd. Dit dient voor risico en rekening van Consument te blijven.

3.5 Consument heeft in dit verband nog aangevoerd dat hij weliswaar van ASR Bank de inlogcodes heeft ontvangen om te kunnen inloggen in zijn digitale omgeving bij ASR Bank, maar dat hij hiervan geen gebruik heeft gemaakt omdat dit in zijn perspectief bedoeld was om de ontwikkeling van zijn vermogen te volgen en deze ontwikkeling bij een vaste rente niet relevant was, omdat de uitkomst al vast stond. Deze houding en handelwijze dienen naar het oordeel van de Commissie eveneens voor rekening en risico van Consument te blijven. Van Consument mocht als redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument verwacht worden dat hij heeft gecontroleerd of de informatie van ASR Bank juist was. Bovendien volgt die verplichting voor Consument ook uit artikel 12 van de Voorwaarden, hiervoor opgenomen onder 2.10.

3.6 De stelling van Consument dat de zorgplicht van de Adviseur verder gaat dan slechts één e-mail sturen en dat de Adviseur zich ervan had moeten vergewissen dat Consument deze e-mail daadwerkelijk had gelezen, had begrepen en hiernaar had gehandeld, kan niet tot een ander oordeel leiden. Dat geldt ook voor de stelling van Consument dat een dergelijke zorgplicht volgt uit de Adviesopdracht ('het beheer van de adviezen'). De Adviseur heeft zich terecht op het standpunt gesteld dat zijn zorgplicht niet zo ver reikt dat hij had moeten controleren of Consument zijn advies had opgevolgd. Zie Gerechtshof Den Haag 7 oktober 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3108, rechtsoverweging 3.2. De andere argumenten die Consument tegen het voorgaande oordeel van de Commissie heeft aangevoerd, kunnen evenmin tot een ander oordeel leiden en zullen hier verder buiten behandeling blijven.

Conclusie

3.7 De conclusie is dat niet is komen vast te staan dat de Adviseur jegens Consument is tekortgeschoten in de op hem rustende zorgplicht. De Adviseur is daarom niet gehouden de door Consument gevorderde schadevergoeding te betalen.

4. De beslissing

De Commissie wijst de vordering af.

Deze uitspraak is een bindend advies. Tegen deze uitspraak kunt u beroep instellen bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening wanneer wordt voldaan aan de vereisten van artikel 2 van het Reglement van 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 de verzenddatum van deze uitspraak kunt u een verzoek indienen tot herstel van vergissingen in de uitspraak, zoals schrijffouten, een verkeerde naam/datum of rekenfouten. De beslissing van de Geschillencommissie in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Meer informatie hierover staat in artikel 40 van het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten.

Bijlage - Relevante bepalingen uit wet- en regelgeving

<u>Burgerlijk Wetboek (BW)</u>

Artikel 7:400 BW

1. De overeenkomst van opdracht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken.
2. (…)

Artikel 7:401 BW

De opdrachtnemer moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen.