

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2018-709
(mr. J.S.W. Holtrop, voorzitter, mr. R.J. Verschoof, drs. W. Dullemond, leden en
mr. D.P. van Strien, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 16 oktober 2017
Ingediend door : Consument
Tegen : Coöperatieve Rabobank U.A., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de Bank
Datum uitspraak : 16 november 2018
Aard uitspraak : Bindend advies

Samenvatting

Zorgplicht assurantietussenpersoon. Enerzijds geldt dat de adviseur bij het onttrekken van de overlijdensrisicoverzekering aan de verzekering in beginsel op de fiscale consequenties van deze beslissing had moeten wijzen. Anderzijds geldt dat Consument uit hoofde van zijn functie geacht moest worden op de hoogte te zijn geweest van de fiscale kenmerken van de verzekering. De Commissie laat het antwoord op de vraag of de adviseur – mede gezien de kennis en ervaring van Consument – tegenover Consument een zorgplicht heeft geschonden, in het midden, nu Consument aan zijn klacht geen consequenties wenst te verbinden. De adviseur heeft Consument in een laat stadium en aanvankelijk onjuist geïnformeerd over de mogelijkheid tot bijstorten in de verzekering en is dan ook aansprakelijk voor de schade die Consument als gevolg daarvan geleden heeft. De adviseur heeft aangeboden Consument voor deze rendementsderving volledig schadeloos te stellen. Consument heeft echter besloten niet bij te storten, zodat derving van dat rendement, waarvoor de adviseur aansprakelijk is te houden, niet kan worden aangenomen.

I. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar Reglement en op basis van de volgende stukken en de daarbij behorende bijlagen:

- het door Consument ingediende klachtformulier;
- het verweerschrift van de Bank;
- de reactie van Consument op het verweerschrift;
- de dupliek van de Bank; en
- de brief van de Bank van 28 mei 2018

De Commissie stelt vast dat partijen hebben gekozen voor bindend advies.

De Commissie is van oordeel dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak zal daarom op grond van de stukken worden beslist.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

- 2.1 Consument heeft tezamen met zijn partner en met tussenkomst van de Bank een kapitaalverzekering eigen woning afgesloten, met de naam OpMaat Verzekering, ter aflossing van de OpMaat hypotheek die hij bij de Bank is aangegaan (hierna: de Verzekering). De Verzekering heeft als ingangsdatum 1 december 1998, als einddatum 1 december 2038 en kent een verzekerd kapitaal bij leven ter grootte van het beleggingstegoed betaalbaar op 1 december 2038. Het polisnummer van de verzekering is [nummer 1] en de premie bedraagt € 87,58 per maand. De verzekering kende vanaf de ingangsdatum een verzekerd kapitaal bij overlijden van € 90.756, of indien dit hoger is, van 110% van het opgebouwde kapitaal.
- 2.2 De Verzekering valt fiscaal gezien in Box 3. Onder voorwaarden is op de in de Verzekering opgebouwde waarde de tijdelijke bezitsvrijstelling van toepassing. Indien deze vervalst, dan wordt de in de Verzekering opgebouwde waarde belast in box 3.
- 2.3 In april 2010 heeft de Bank Consument benaderd in het kader van de zogenoemde 'Regeling OpMaat', een regeling die diende ter schadeloosstelling van afnemers van de OpMaat hypotheek met betrekking tot een aantal kenmerken van de aan de hypotheek gekoppelde OpMaat Verzekering. De Bank heeft Consument een rentevergoeding van € 352,79 geboden. Consument heeft tijdens een adviesgesprek op 5 juli 2010 gekozen deze rentevergoeding niet te laten terugstorten in het spaardeel van zijn OpMaat Hypotheek. Verder heeft Consument op advies van de Bank de overlijdensrisico-verzekering uit de Verzekering losgekoppeld en verzocht om afzonderlijke overlijdensrisicoverzekeringen af te sluiten.
- 2.4 Na aanpassing van de verzekering bedroeg de overlijdensrisicodekking 110% van het opgebouwde beleggingstegoed.
- 2.5 Op 18 maart 2016 heeft Consument een adviesgesprek gevoerd met de Bank waarin de mogelijkheid tot het doen van een extra storting van € 8.000 in de Verzekering is besproken. Bij klachtbrief van 14 december 2016 heeft Consument de Bank erop aangesproken dat hij van de Bank nog geen antwoord op zijn vragen had gekregen.
- 2.6 Bij e-mail van 16 december 2016 heeft de adviseur van de Bank Consument hierover als volgt bericht:
"Allereerst mijn excuses voor de (te) late reactie op je verzoek om een de mogelijkheid te onderzoeken van een extra storting in de Opmaat-C verzekering.

(De plan datum in Siebel stond op 15-12-2016?!)

Ik heb onderzocht (in overleg met Interpolis) wat de mogelijkheden zijn voor de gewenste extra storting.

Nu blijkt het niet mogelijk te zijn om een extra storting te doen in de Opmaat-C polis.

Dit houdt verband met het feit dat er geen aanvullende overlijdensrisicoverzekering aanwezig is maar enkel een 110% dekking.

Hierdoor vindt er een verzwaring van het risico plaats, wat niet is toegestaan volgens de wet seks-neutrale tarieven.

(...)"

2.7 Tussen Consument en de Bank is een correspondentie gevoerd over de vraag of al dan niet een bedrag van € 8.000 in de Verzekering kon worden bijgestort. De Bank heeft Consument tijdens deze e-mail wisseling meegedeeld dat (i) de bezitsvrijstelling in box 3 komt te vervallen indien Consument extra bijstort in de Verzekering en (ii) dat de Verzekering geen seksneutrale tarieven kent en Interpolis bij extra storten om medische waarborgen kan vragen. Interpolis heeft het beleid dit tot een bedrag van € 7.500 niet te doen, zodat extra stortingen tot dat bedrag binnen de bestaande overeenkomst mogelijk zijn.

2.8 Bij e-mail van 11 mei 2017 heeft de Bank Consument bericht:

"(...)

Zoals besproken ontvang je een compensatie wanneer je alsnog besluit de extra storting van € 8.000,- te doen.

Deze zal bestaan uit de misgelopen rente (6%) over de afgelopen 12 maanden (1 juni 2016 tot 01-juni 2017)"

2.9 Consument heeft de extra storting van € 8.000, ondanks dat hij daartoe tijdens de procedure nog eens is uitgenodigd, tot op heden niet uitgevoerd.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

3.1 Consument vordert betaling van een bedrag van € 27.196, zijnde de waarde van de verzekering in mei 2016, vermeerderd met extra storting per mei 2016 ad € 8.000, vermeerderd met het misgelopen rendement (6% per jaar) over de resterende looptijd van de verzekering.

Grondslagen en argumenten daarvoor

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag. De Bank heeft de op haar rustende en jegens Consument in acht te nemen zorgplicht geschonden. Consument voert hiertoe de volgende argumenten aan.

- De Bank en Interpolis hebben tegenstrijdige adviezen gegeven over de mogelijkheid tot bijstorten. In eerste instantie zou het niet mogelijk zijn, daarna tot een bedrag van € 7.500. De Bank heeft Consument ook te laat geadviseerd, zodat het niet meer mogelijk was om bij te storten in het lopende polisjaar, wat rendementsverlies tot gevolg heeft gehad.
- In 2010 was Consument geadviseerd de overlijdensrisicoverzekering los te koppelen van de Verzekering, welk advies hij heeft opgevolgd. De premie voor de overlijdensrisicoverzekering zou dan niet meer ten laste komen van het rendement op de Verzekering. Consument is er toen ten onrechte niet (schriftelijk) op gewezen dat dit tot fiscale consequenties zou leiden indien hij bij wenste te storten. Met de kennis die hij nu heeft, acht Consument het advies van de Bank uit 2010 nog altijd een juist advies. De Bank heeft echter verzuimd hem op de fiscale consequenties te wijzen. Het bezwaar van Consument richt zich vooral op de advisering in 2017.
- De Bank heeft toegegeven dat zij niet juist heeft gehandeld. Desondanks wil zij niet overgaan tot volledige compensatie van de door Consument geleden schade. Daar komt bij dat Consument bij acceptatie van het voorstel ook automatisch instemt met de nieuwe voorwaarden, terwijl de Bank zelf blijft ontkennen dat in 2010 een fout is gemaakt bij de advisering.
- De Bank gebruikt ten onrechte het argument dat Consument destijds als manager bij de Bank verantwoordelijk was voor het hypotheekdossier en dat hij daarom op de hoogte had moeten zijn van de informatie waarvan Consument nu zegt dat deze hem ten onrechte niet is verstrekt. De informatie was destijds niet bij Consument of zijn collega's bekend.

Verweer Bank

3.3 De Bank heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd:

- De Bank treft geen verwijt dat de mogelijkheid tot het doen van extra storting als gevolg van de uitspraak van het Europese Hof van Justitie met betrekking tot sekseneutrale tarieven beperkt is. Met dit laatste kon bij de advisering in 2010 ook nog geen rekening worden gehouden.
- Consument is in 2016 aanvankelijk niet juist geadviseerd. De Bank heeft echter haar zorgplicht niet verzaakt. Er is een gesprek geweest met Consument en de Bank heeft twee uitgebreide inhoudelijke reacties gegeven. De Bank heeft een passend voorstel gedaan, door aan te bieden het gemiste rendement van de storting die Consument had willen doen, te vergoeden. De geboden vergoeding komt overeen met de vordering van Consument. Als Consument de extra storting niet uitvoert, loopt hij echter geen rendement mis.

Er is dan ook geen sprake van schade. Consument heeft niet aangegeven waarom hij in 2016 wel in staat was om € 8.000 te storten maar waarom hij hier in 2017 van heeft afgezien. Consument laat zo ook na schadebeperkende maatregelen te nemen die in redelijkheid van hem kunnen worden gevergd.

- Consument was destijds bij de Bank hoofdverantwoordelijke voor de uitvoering van het project Advies en Regeling OpMaat, zodat hij als geen ander bekend was met de werking en kenmerken van de Verzekering en de bijbehorende fiscaliteiten. Consument had toegang tot alle interne adviesdocumenten. Daarvoor was Consument financieel adviseur. De Bank heeft interne stukken overgelegd die zij in het verleden aan medewerkers heeft verstrekt die zich bezighielden met de regeling OpMaat en waaruit blijkt dat bij een 110%- overlijdensrisico-dekking, extra storten in de Verzekering niet mogelijk was zonder verlies van de tijdelijke bezitsvrijstelling. Consument was bekend met deze stukken, evenals de adviseur met wie hij destijds een gesprek heeft gehad. De Bank betwist dat zij aan Consument heeft bevestigd dat het advies in 2010 onvolledig of onjuist is geweest.
- Consument laat na de vermeende schade te specificeren.

4. Beoordeling

- 4.1 Aan de Commissie ligt de vraag voor of de Bank Consument ten aanzien van de Verzekering heeft geadviseerd zoals een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur betaamt, met betrekking tot (i) het onttrekken van de overlijdensrisicoverzekering aan de Verzekering in 2010 en (ii) de mogelijkheid tot bijstorten in de Verzekering in 2016. Tevens is de vraag, of de Bank in 2016 aan het gegeven advies een juiste uitvoering heeft gegeven.
- 4.2 De rechtsverhouding tussen Consument en de Bank kwalificeert als een overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 e.v. van het Burgerlijk Wetboek). De Bank adviseert Consument over en bemiddelt ten behoeve van Consument bij het aanwenden van het vrijgekomen lijfrentekapitaal. In artikel 7:401 BW is een zorgplicht opgenomen voor de opdrachtnemer. Deze zorgplicht houdt in ieder geval in dat de assurantietussenpersoon (de Bank) tegenover zijn opdrachtgever (Consument) de zorg moet betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend tussenpersoon mag worden verwacht (HR 10 januari 2003, NJ 2003, 375, r.o. 3.4.1). Als uitgangspunt geldt dat van een redelijk handelend en redelijk bekwaam tussenpersoon mag worden verwacht dat hij beschikt over de nodige deskundigheid en vakkennis, dat hij de financiële belangen van zijn cliënten naar bewuste weten en kunnen behartigt en dat hij zorgvuldigheid betracht in de advisering. (Zie GC Kifid 2017-631.)

Ten slotte is van belang dat de mate van zorg die de tussenpersoon tegenover zijn cliënt in acht moet nemen, eveneens afhankelijk is van de kennis en ervaring die deze cliënt heeft en de mate waarin de tussenpersoon de cliënt op grond daarvan bekend mag veronderstellen met de kenmerken van het product waarover hij adviseert.

- 4.3 Bij de beantwoording van de vraag hoe de zorgplicht van de Bank in het onderhavige geval moet worden ingevuld, geldt enerzijds dat de adviseur bij het onttrekken van de overlijdensrisicoverzekering aan de Verzekering in beginsel op de fiscale consequenties van deze beslissing had moeten wijzen. Anderzijds geldt dat Consument ten tijde van de advisering leiding gaf aan het project Advies en Regeling OpMaat en dat hij uit hoofde van deze functie geacht moest worden op de hoogte te zijn geweest van de fiscale kenmerken van de Verzekering. De Commissie zal het antwoord op de vraag of de bank – mede gezien de kennis en ervaring van Consument – tegenover Consument een zorgplicht heeft geschonden, echter in het midden laten, nu Consument aan zijn klacht over de advisering in 2010 en de gevolgen van het advies in 2016 verder geen consequenties wenst te verbinden.
- 4.4 Niet ter discussie staat dat de Bank Consument in een laat stadium en aanvankelijk onjuist heeft geïnformeerd over de mogelijkheid tot bijstorten in de Verzekering. De Bank is dan ook aansprakelijk voor de schade die Consument als gevolg daarvan geleden heeft. Consument stelt dat deze schade bestaat uit het rendement dat hij heeft gederfd als gevolg van de omstandigheid dat hij niet in mei 2016 een bedrag van € 8.000 in de Verzekering heeft kunnen bijstorten. De Bank heeft in mei 2017 aangeboden Consument voor deze rendementsderving volledig schadeloos te stellen. Consument heeft echter besloten geen gebruik te maken van de mogelijkheid de € 8.000 te storten. Consument heeft geen bedrag in de Verzekering gestort dat kan of had kunnen renderen, zodat derving van dat rendement, waarvoor de Bank aansprakelijk is te houden niet kan worden aangenomen. Een alternatief ter berekening van de schade, als Consument niet tot storting over zou gaan, heeft hij niet aangedragen. Waarom hij niet heeft gereageerd op het schikkingsvoorstel van de Bank is evenmin duidelijk geworden. De Commissie wijst de vordering daarom af.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering af.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van bindende beslissingen van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Daarbij geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor www.kifid.nl/consumenten/hoe-wordt-uw-klacht-behandeld.

U kunt, binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak, bij de Voorzitter van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening schriftelijk een verzoek indienen tot herstel van kennelijke vergissingen in de uitspraak. U moet daarbij met name denken aan correctie van reken- of schrijffouten en verbetering van namen en data. De volledige procedure met de termijnen die daarbij in acht moeten worden genomen staat beschreven in artikel 40 van het Reglement.