

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2020-002
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter en mr. E.C. van Roosmalen – Aarts, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 15 november 2018
Ingediend door : Consument
Tegen : Tune Financial Planning, gevestigd te Nieuwegein, verder te noemen Adviseur
Datum uitspraak : 2 januari 2020
Aard uitspraak : Niet-bindend advies
Vordering Consument : Toegewezen

Samenvatting

Consument heeft met recht een beroep gedaan op de Garantie ten aanzien van het door Adviseur opgestelde Rapport, waardoor hij gerechtigd is tot volledige restitutie van het daarvoor betaalde bedrag van € 295,-. Gezien de vordering van Consument wordt toegewezen op grond van de Garantie, overweegt de Commissie dat in het midden kan worden gelaten of Adviseur zijn zorgplicht heeft geschonden.

1. Procesverloop

- 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 hier om: 1) de klacht omschrijving van Consument, 2) de aanvullende stukken van Consument, 3) het verweerschrift van Adviseur, en 4) de repliek van Consument. Adviseur heeft afgezien van dupliek. Adviseur heeft gekozen voor een niet-bindend advies, wat betekent dat de beslissing voor beide partijen niet-bindend is.
- 1.2 De Commissie stelt vast dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak wordt daarom op grond van de stukken beslist.

2. Waar gaat het om

- 2.1 Consument heeft begin augustus 2018 Adviseur benaderd voor het opstellen van een Persoonlijk AOV Vergelijk Rapport (hierna: ‘het Rapport’) ten behoeve van het afsluiten van een arbeidsongeschiktheidsverzekering voor zijn beroep als arts en tandarts. Adviseur heeft hiertoe bij e-mailbericht van 6 augustus 2018 een aanbod gedaan, inhoudende het opstellen van het Rapport met uitgebreid advies en begeleiding met een 100%-niet-goed-geld-terug-garantie (hierna: ‘de Garantie’) tegen een vergoeding van € 295,-. Bij dit aanbod heeft Adviseur het pdf-bestand ‘Garantieverklaring-nl-8-17—AOV-ZZP-Uitgebreid-Persoonlijk-AOV-Advies-Plus’ (hierna: ‘de Garantieverklaring’) als bijlage meegestuurd.

Consument heeft voornoemd aanbod bij e-mailbericht aanvaard en het bedrag van € 295,- aan Adviseur voldaan. Op 10 augustus 2018 heeft Adviseur het Rapport aan Consument verstrekt, waarbij als verzekerd beroep uitgegaan is van 'huisarts'. Naar aanleiding van de uitkomsten in het Rapport heeft Adviseur Consument op 22 augustus 2018 een tweetal offertes van een arbeidsongeschiktheidsverzekering van Movir met verschillende verzekerde bedragen toegezonden met als verzekerd beroep 'arts'. Vervolgens heeft Consument de offerte met een verzekerd bedrag van € 36.000,- en een maandelijkse termijnpremie van € 94,09 ondertekend geretourneerd aan Adviseur. Daarnaast heeft Consument bij Adviseur een aanvraag tot bemiddeling ingediend. Consument heeft hiertoe op 27 augustus 2018 een opdrachtovereenkomst ondertekend waarbij de vergoeding aan Adviseur € 395,- bedroeg. Eind september 2018 kreeg Consument het verzoek van Adviseur om twee nieuwe offertes te tekenen, zowel voor het beroep arts als voor het beroep tandarts. Consument is hiertoe overgegaan. Consument constateerde echter wel dat de maandpremie op deze offertes 33% hoger was ten opzichte van de maandpremie van € 94,09 op de offerte die hij eind augustus 2018 had getekend. Consument heeft Adviseur hierop aangesproken. Volgens Adviseur is geen sprake van een fout. Consument is het hiermee niet eens.

- 2.2 Consument vordert van Adviseur restitutie van het door hem betaalde bedrag van € 295,-, omdat sprake is van een toerekenbare tekortkoming. Consument meent dat Adviseur zijn zorgplicht heeft geschonden omdat zowel het Rapport als de offertes van 22 augustus 2018 op basis van onjuist informatie zijn opgesteld. Adviseur is namelijk alleen uitgegaan van het beroep 'arts' terwijl Consument duidelijk heeft aangegeven zowel 'basisarts' als 'tandarts' te zijn. Daarnaast heeft Adviseur ondanks meerdere verzoeken verzuimd zijn rapport en offertes aan te passen. Bovendien komt Adviseur de Garantie ten aanzien van het Rapport niet na. Consument stelt dat de Algemene Voorwaarden omtrent de Garantie nimmer zijn overhandigd. Volgens Consument heeft hij tijdig een beroep gedaan op de Garantie.
- 2.3 Adviseur weigert het bedrag van € 295,- te restitueren. Adviseur stelt dat geen sprake is van een toerekenbare tekortkoming. Volgens Adviseur heeft hij vanaf het begin Consument geïnformeerd over het feit dat de hoogte van de premie steeds afhankelijk is van de werkzaamheden, het beroep, de urenverdeling en het inkomen. Het Rapport en de offerte van 22 augustus 2018 zijn opgesteld op basis van door Consument destijds aangereikte gegevens. Consument heeft bewust zijn handtekening onder deze offerte gezet. Dat Consument vervolgens weer een andere werkverdeling voor zijn beroep als arts en tandarts voor ogen had, waardoor de hoogte van de premie verandert, maakt niet dat sprake is van een toerekenbare tekortkoming ten opzichte van het daarvóór opgestelde Rapport en de offerte. Verder stelt Adviseur meermaals Consument te hebben aangeboden de aanvraag geheel opnieuw in te dienen en/of te laten aanpassen. Consument heeft daarvan echter afgezien. Daarnaast meent Adviseur dat Consument geen beroep meer toekomt op de Garantie. Immers, Consument heeft niet binnen de gestelde termijn dertig dagen na het Rapport beroep gedaan op de Garantie.

3. Beoordeling

3.1 De Commissie zal eerst de vraag beantwoorden of Consument met recht een beroep heeft gedaan op de Garantie ten aanzien van het Rapport.

3.2 Bij e-mailbericht van 6 augustus 2018 heeft Adviseur Consument geïnformeerd over de Garantie en daarbij verwezen naar de in de bijlage meegestuurde Garantieverklaring. In de Garantieverklaring staat, voor zover relevant, het volgende:

“Voorwaarden Kwaliteitsgarantie en Laagste Premiegarantie (100%-niet-goed-geld-terug-garantie)

Deze Garantie is simpel en helder. Mocht u onverhoopt niet tevreden zijn over ons, of ons Persoonlijk AOV Advies Rapport, dan hoeft u ons Adviesrapport niet te betalen. Dat risico nemen wij geheel voor ónze rekening. Zie ook onze Algemene Voorwaarden.

(...)

Wij verwijzen u voor de op deze afspraakbevestiging en de niet-goed-geld-terug garantie van toepassing zijnde Algemene Voorwaarden naar onze website aov-zzp.nl. (...)”

3.3 In de Garantieverklaring wordt verwezen naar de van de toepassing zijnde Algemene Voorwaarden (hierna: ‘de Voorwaarden’) op de website van Adviseur. In deze Voorwaarden is een nadere invulling gegeven over de Garantie. Consument stelt dat de Voorwaarden nimmer aan hem zijn overhandigd. De Commissie moet daarom eerst de vraag beantwoorden of aan de wettelijke regels aangaande het ter beschikking stellen van algemene voorwaarden is voldaan.

De Voorwaarden zijn niet van toepassing

3.4 De Commissie stelt vast dat de opdrachtovereenkomst ten behoeve van het opstellen van het Rapport via e-mail en dus langs elektronische weg, op afstand, tot stand is gekomen. In art. 6:233 aanhef, onder b, van het Burgerlijk Wetboek (BW) is bepaald dat een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar is, indien de gebruiker (van de algemene voorwaarden) niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. De Commissie gaat ervan uit dat Consument hierop een beroep heeft willen doen.

3.5 Art. 6:234 lid 2 BW gaat over het ter beschikking stellen van algemene voorwaarden langs elektronische weg en bepaalt, voor zover van belang in de onderhavige zaak, het volgende:

‘De gebruiker heeft tevens aan de wederpartij de in artikel 233 onder b bedoelde mogelijkheid geboden, indien hij de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij langs elektronische weg ter beschikking heeft gesteld op een zodanige wijze dat deze door haar kunnen worden opgeslagen en voor haar toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming of, [...], alsmede dat zij op verzoek langs elektronische weg of op andere wijze zullen worden toegezonden.’

- 3.6 Art. 6:234 lid 2 BW brengt dus mee dat Adviseur gehouden was om de Voorwaarden vóór of bij het sluiten van opdrachtovereenkomst op een zodanige wijze aan Consument ter beschikking te stellen, dat Consument die kon opslaan en dat die voor hem toegankelijk zouden zijn voor latere kennisneming.
- 3.7 Het voornoemde wetsartikel moet naar het oordeel van de Commissie worden uitgelegd conform art. 5 lid 1 van de Richtlijn verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten (Richtlijn 2002/65/EG van 23 september 2002). In art. 5 lid 1 staat het volgende:
- ‘Ruim voordat de consument gebonden is door een overeenkomst op afstand of een aanbod, stelt de aanbieder de consument in kennis van alle contractvoorwaarden en van de in artikel 3, lid 1, en artikel 4 bedoelde informatie, op papier of via een andere voor de consument beschikbare en toegankelijke duurzame drager.’*
- 3.8 Het in art. 5 lid 1 gebruikte begrip ‘duurzame drager’ wordt in verscheidene Europese richtlijnen gehanteerd. Aangenomen moet worden dat het begrip in al deze regelingen dezelfde betekenis heeft (HvJ EU 5 juli 2012, C-49/11, ECLI:EU:C:2012:419 (Content Services), r.o. 44).
- 3.9 Om te voldoen aan de definitie van ‘duurzame drager’ moet aan de volgende criteria zijn voldaan: de verzekeringsvoorwaarden moeten kunnen worden opgeslagen, de inhoud ervan moet nadien niet kunnen worden gewijzigd en deze voorwaarden moeten gedurende een passende termijn toegankelijk zijn. Zie de volgende uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Unie: HvJ EU 5 juli 2012, C-49/11, ECLI:EU:C:2012:419 (Content Services), r.o. 43 en 51, HvJ EU 9 november 2016, C-42/15, ECLI:EU:C:2016:842 (Home Credit Slovakia), r.o. 35 en HvJ EU 25 januari 2017, C-375/15, ECLI:EU:C:2017:38 (BAWAG), r.o. 42-44 en 53. Dit houdt in dat een website slechts als duurzame drager kan worden aangemerkt indien Adviseur noch de beheerder van de website de inhoud ervan eenzijdig kan wijzigen. Zie het BAWAG-arrest, r.o. 53, eerste liggende streepje.
- 3.10 De Commissie stelt vast dat Adviseur heeft afgezien van dupliek en daarmee heeft nagelaten bewijs aan te leveren waaruit blijkt dat de Voorwaarden op zijn website niet door hem konden worden gewijzigd noch dat hij die naar Consument zijn persoonlijke e-mailadres heeft verstuurd. Ook heeft Adviseur nagelaten aannemelijk te maken dat de voorwaarden gedurende een passende termijn ongewijzigd beschikbaar waren. Dit leidt tot de slotsom dat Adviseur niet heeft aangetoond dat is voldaan aan de vereisten van art. 6:234 lid 2 BW met als gevolg dat de Voorwaarden voor vernietiging in aanmerking komen op grond van art. 6:233 sub b BW, welke vernietiging Consument impliciet vordert. Derhalve blijven de Voorwaarden buiten toepassing. Consument heeft dus gelijk waar hij aanvoert dat de Voorwaarden niet op de juiste wijze aan hem ter beschikking zijn gesteld.

3.11 Voorgaande betekent dat de Voorwaarden buiten beschouwing gelaten worden bij de uitleg van de Garantie.

Uitleg Garantie

3.12 De Commissie stelt voorop dat de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding tussen partijen is geregeld, niet kan worden beantwoord op grond van uitsluitend een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (Hoge Raad 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158). Voorts volgt uit Hoge Raad 20 februari 2004, (ECLI:NL:HR:2004:AO1427) dat bij de uitleg van een dergelijk geschrift telkens van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen, alsmede dat in praktisch opzicht vaak van groot belang is de taalkundige betekenis van de bewoordingen van het geschrift, gelezen in de context ervan als geheel, die deze in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijk verkeer normaal gesproken hebben.

3.13 In de Garantieverklaring is, voor zover relevant, het volgende bepaald:

“Voorwaarden Kwaliteitsgarantie en Laagste Premiegarantie (100%-niet-goed-geld-terug-garantie)

Deze Garantie is simpel en helder. Mocht u onverhoopt niet tevreden zijn over ons, of ons Persoonlijk AOV Advies Rapport, dan hoeft u ons Adviesrapport niet te betalen. Dat risico nemen wij geheel voor ónze rekening. (...)”

3.14 Adviseur stelt dat Consument niet binnen de gestelde termijn van dertig dagen na het Rapport een beroep gedaan heeft op de Garantie met als gevolg dat Consument geen beroep meer toekomt op de Garantie. Consument meent dat hij wel met recht een beroep heeft gedaan op de Garantie.

3.15 Nu in de Garantieverklaring geen termijn van dertig dagen staat genoemd waarbinnen Consument na ontvangst van het Rapport een beroep moet doen op de Garantie, oordeelt de Commissie dat er in dezen geen beroepstermijn van toepassing is. De enkele mededeling van Consument begin november 2018 dat hij niet tevreden is over het Rapport, is gelet op de tekst van de Garantieverklaring voldoende om de Garantie in te roepen.

3.16 Gelet op het voorgaande heeft Consument met recht een beroep gedaan op de Garantie ten aanzien van het Rapport en is hij dus gerechtigd tot volledige restitutie van het betaalde bedrag van € 295,-.

Conclusie

3.17 De slotsom is dat de vordering van Consument moet worden toegewezen op grond van de Garantie. Gelet hierop overweegt de Commissie dat in het midden kan worden gelaten of Adviseur zijn zorgplicht heeft geschonden.

4. Beslissing

De Commissie beslist dat Adviseur binnen vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, aan Consument een bedrag van € 295,- vergoedt.

De uitspraak heeft de vorm van een niet-bindend advies. Tegen deze uitspraak staat geen hoger beroep open bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. U kunt de zaak nog wel aan de rechter voorleggen.

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.