

Uitspraak Commissie van Beroep 2012-25 d.d. 28 november 2012

(prof. mr. A.S. Hartkamp, voorzitter, mr. J.B. Fleers, mr. C.A. Joustra,
drs. P.H.M. Kuijs AAG en mr. F.P. Peijster, leden, en mr. M.J. Drijftholt, secretaris)

Samenvatting

X, lijdende aan de ziekte MS, gescheiden, moeder van een door haar verzorgde dochter van zeven jaar, heeft via de bank met middelen uit haar vermogen (zij had geen inkomen en geen uitkering) een overeenkomst gesloten van lijfrenteverzekerings voor de duur van tien jaar (koopsom € 213.141). Toen zij vier jaar later (aan een andere, later opgekomen ziekte) overleed, bleek dat de lijfrente voorzorg in een uitkering indien en zolang zij in leven was, en derhalve niet mede was gesloten ten behoeve van de minderjarige dochter. De executeur-testamentair heeft van de bank een bedrag gevorderd van € 140.000, zijnde het verschil tussen de gegarandeerde lijfrente-uitkeringen en de werkelijk betaalde lijfrente-uitkeringen. De Geschillencommissie heeft de vordering toegewezen, overwegende dat de bank niet aan haar zorgplicht heeft voldaan en dat het advies deze verzekering af te sluiten niet passend is geweest. Daarbij is van belang geoordeeld dat de geadviseerde lijfrenteverzekerings in termen van zekerheid en rendement ten opzichte van een spaarproduct geen relevante meerwaarde had, maar dat deze, anders dan een spaarproduct, wel een belangrijk extra risico kende, te weten het verlies van de hoofdsom bij vooroverlijden.

De Beroepscommissie heeft deze beslissing bekrachtigd. Zij heeft geoordeeld dat het weliswaar uiteindelijk aan X was om de beslissing te nemen de overeenkomst al dan niet aan te gaan, omdat - afgezien van uitzonderlijke omstandigheden - op een bank niet de verplichting rust zich van het sluiten van een overeenkomst of het daartoe bemiddelen te onthouden, indien een cliënt – nadat de bank zich deugdelijk van zijn vermogens- en inkomenspositie op de hoogte heeft gesteld en hem deugdelijk omtrent de inhoud van de overeenkomst heeft geïnformeerd – de overeenkomst wenst aan te gaan. Maar indien een overeenkomst gelet op de omstandigheden van de cliënt niet passend is, vloeit uit de zorgplicht van de bank voort dat zij haar cliënt dient te adviseren van de overeenkomst af te zien of, ten minste, dat zij in uitdrukkelijke en niet mis te verstane bewoordingen wijst op de risico's van de overeenkomst en waarschuwt voor het aangaan daarvan. Een dergelijke

waarschuwing dient in de mondelinge contacten tussen de bank en de cliënt die voorafgaan aan het sluiten van de overeenkomst te worden gegeven, en dient vervolgens in de schriftelijke en voor akkoord door cliënt ondertekende bevestiging van het in die contacten besprokene te worden herhaald.

Op de bank rust de last te bewijzen dat hieraan is voldaan, hetgeen meebrengt dat uit de schriftelijke bevestiging moet blijken dat de waarschuwing uitdrukkelijk en in niet mis te verstane bewoordingen inderdaad ook reeds in de daaraan voorafgaande mondelinge contacten is gegeven.

Bij volledige informatie en een juist advies en deugdelijke waarschuwing als voormeld zou X niet voor de lijfrenteverzekering hebben gekozen, maar voor een product waarbij de vaste uitkeringen van € 2.000,- per maand in ieder geval ook bij overlijden voor haar dochter tot 1 juli 2015 beschikbaar zouden blijven. Het bewijs dat dit anders is rust op de bank.

Aangezien de bank op beide voormelde punten niet aan de op haar rustende bewijslast heeft voldaan wordt geoordeeld dat de bank niet heeft voldaan aan de op haar rustende verplichtingen, hetgeen de schade van de erfgenamen tot gevolg heeft gehad”.

[Klik hier voor de uitspraak in eerste aanleg.](#)

I. De procedure in hoger beroep

- I.1. Appellante (hierna: de bank) heeft bij een op 6 maart 2012 gedateerd en op 12 maart 2012 ontvangen beroepschrift (met bijlagen) op de voet van artikel 43.1 van het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening in verbinding met artikel 5 van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening de uitspraak van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (de Geschillencommissie) van 25 januari 2012 ter toetsing voorgelegd aan de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (de Beroepscommissie).

1.2 Verweerder in beroep (hierna: verweerder) heeft een op 1 mei 2012 gedateerd en op 2 mei 2012 ontvangen verweerschrift ingediend.

1.3 De Beroepscommissie heeft de zaak mondeling behandeld op 15 oktober 2012. Partijen hebben hun standpunt nader toegelicht en vragen van de Beroepscommissie beantwoord. Beide partijen hebben pleitaantekeningen overgelegd.

2. De procedure in eerste aanleg

2.1. Voor het verloop van de procedure in eerste aanleg verwijst de Beroepscommissie naar de aan deze uitspraak gehechte uitspraak van de Geschillencommissie.

2.2. De Geschillencommissie heeft de volgende feiten vastgesteld, waarvan ook de Beroepscommissie uitgaat.

- Verweerder is de executeur-testamentair in de nalatenschap van mevrouw X (hierna: cliënte), die zich in het voorjaar van 2005 heeft gewend tot de bank, voor advies met betrekking tot de planning van haar inkomen en vermogen.
- Op 22 maart 2005 heeft er tussen cliënte en een medewerker van de bank een gesprek plaatsgevonden. In de gespreksnotitie die de medewerker naar aanleiding van het gesprek heeft opgesteld is met betrekking tot de persoonlijke gegevens van cliënte onder meer vermeld dat cliënte een dochter heeft van 7 jaar en dat haar ex-echtgenoot zwaar gehandicapt is. Daarnaast vermeldt de notitie het volgende ten aanzien van de inkomenssituatie van cliënte.

“(Cliënte) heeft MS. Omdat ze in Spanje arbeidsongeschikt is geworden, ontvangt ze in Nederland geen WAO-uitkering. En omdat ze vermogen heeft, ontvangt ze ook geen bijstand. Mogelijk gaat ze weer werken, als ze iets kan vinden, voor maximaal 20 uur per week. Tot die tijd zal ze van haar vermogen moeten leven. Het gewenste netto inkomen is € 24.000,- per jaar (...).”

- De bank heeft cliënte bij brief van 13 mei 2005 een offerte toegezonden van een levensverzekeraar voor een lijfrenteversicherung. In de brief staat, voor zover hier relevant, het volgende:
“Op dinsdag 3 mei hebben wij met elkaar gesproken over de planning van uw inkomen en vermogen in de komende jaren. In aansluiting hierop ontvangt u van ons (...) de offerte voor de lijfrente. De waarde van uw vermogen in effecten en liquiditeit is op dit moment (...) € 390.000. U wenst dit vermogen zo te structureren, dat u hieruit iedere maand een inkomen ad € 2.000 ontvangt, oftewel jaarlijks € 24.000. Indien u dit vermogen belegt in effecten, zou gelet op het gewenste inkomen een inkomensgericht of defensief risicoprofiel voor de beleggersportefeuille gelden, met bijbehorend laag prognoserendement. Om deze reden stellen wij voor een deel van het vermogen af te storten in een lijfrente, waardoor u gegarandeerd in de komende 10 jaar, dus tot medio 2015, iedere maand € 2.000 ontvangt. Uit het overige deel van uw belegbare vermogen hoeft u dan in principe in de komende 10 jaar geen inkomen meer te onttrekken. Hierdoor, en door de langere beleggingshorizon, kunt u dit vermogen met een ander risicoprofiel beleggen (...), waardoor u een hoger rendement kunt behalen. Een rendement van ca. 7% per jaar is realistisch, hierdoor zou dit deel van het vermogen in de periode van 10 jaar ongeveer in waarde verdubbelen.”
- Vervolgens heeft cliënte een aanvraagformulier ingevuld voor de geoffreerde lijfrenteversicherung. Van de in het aanvraagformulier geboden mogelijkheid een aanvullende verzekering af te sluiten — die bij haar overlijden voorziet in een uitkering aan de nabestaanden — heeft zij geen gebruik gemaakt. Hetzelfde geldt ten aanzien van de in het aanvraagformulier geboden mogelijkheid tot aanwijzing van een of meer begunstigden.

- Met ingang van 25 mei 2005 is de lijfrenteverzekering tot stand gekomen. De verzekering had een looptijd van 10 jaar en voorzag in een uitkering van € 2.000,- per maand, indien en zolang cliënte in leven was. De koopsom van de verzekering bedroeg € 213.141,-.
 - In april 2009 is cliënte overleden. De verzekeraar heeft daarop de lijfrente-uitkeringen gestaakt.
- 2.3. Verweerder heeft in eerste instantie van de bank gevorderd betaling van een bedrag van € 140.000,-, zijnde het verschil tussen de gegarandeerde lijfrente-uitkeringen en de werkelijk betaalde lijfrente-uitkeringen, en de wettelijke rente daarover vanaf de datum van overlijden van cliënte.
- 2.4. De Geschillencommissie heeft de vordering van verweerder in voege als hieronder vermeld toegewezen. Zij heeft - samengevat - als volgt geoordeeld.
- De rechtsverhouding tussen cliënte en de bank moet worden gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 BW. Op de bank als opdrachtnemer rust een zorgplicht. Een assurantietussenpersoon moet tegenover zijn opdrachtgever de zorg betrachten die van een redelijk bekwaam en een redelijk handelend assurantietussenpersoon mag worden verwacht. Van een redelijk bekwaam en redelijk handelend assurantietussenpersoon mag de nodige deskundigheid en vakkennis worden verwacht, alsmede dat hij de financiële belangen van zijn cliënten naar beste weten en kunnen behartigt en dat hij zorgvuldigheid betracht in de advisering van zijn cliënten. Voorts mag van een redelijk bekwaam en redelijk handelend assurantietussenpersoon worden verwacht dat hij met het oog op het te verstrekken advies de nodige informatie van en over zijn cliënten inwint en zijn cliënten zodanig informeert over de risico's van hun keuze dat zij een welafgewogen beslissing kunnen nemen.

- De bank heeft niet aan haar zorgplicht voldaan. Het advies een lijfrente-verzekering voor 10 jaar af te sluiten is niet passend geweest. Daartoe is allereerst van belang dat, hoewel geen concreet uitzicht op enig toekomstig aanvullend inkomen bestond, geen plan bestond voor een inkomensvoorziening na ommekomst van de looptijd van de lijfrente-verzekering. Het advies is op dat punt in ieder geval onvolledig. Van groter belang is echter dat de geadviseerde lijfrente-verzekering in termen van zekerheid en rendement ten opzichte van een spaarproduct geen relevante meerwaarde had, maar dat deze, anders dan een spaarproduct, wel een belangrijk extra risico kende, te weten het verlies van de hoofdsom bij vooroverlijden. Dit risico was juist in het geval van cliënte zeer relevant omdat, gelet op de leeftijd van haar dochter en het feit dat zij alleen voor de dochter zorgde, geen uitzicht op alternatief inkomen bestond en in dat opzicht ook van de vader niets te verwachten viel. In het licht van deze omstandigheden is niet in te zien hoe een redelijk bekwaam en redelijk handelend assurantietussenpersoon cliënte heeft kunnen adviseren de lijfrente-verzekering te sluiten.
- Gelet op de hiervoor genoemde omstandigheden had het op de weg van de bank gelegen om cliënte uitdrukkelijk en in niet mis te verstane woorden op de nadelige aspecten van de lijfrente-verzekering te wijzen, mede in vergelijking met het alternatief van een spaarvorm, en zich er daarbij van te vergewissen dat cliënte zich van die nadelen bewust was voordat zij besloot de lijfrente-verzekering af te sluiten. Gelet op het feit dat de lijfrente-verzekering in beginsel niet passend moet worden geacht, is het in dit geval aan de bank om aan te tonen dat zij cliënte nadrukkelijk heeft gewezen op de nadelige aspecten van de door haar geadviseerde lijfrente-verzekering en dat cliënte desalniettemin ervoor heeft gekozen de lijfrente-verzekering af te sluiten. De

bank is hierin niet geslaagd. Zij heeft geen documenten overgelegd waaruit blijkt dat en, zo ja, hoe zij cliënte op de voor haar nadelige aspecten van de lijfrenteverzekering heeft gewezen.

- Er moet van worden uitgegaan dat cliënte onvoldoende is geïnformeerd over de nadelige aspecten van de lijfrenteverzekering, dat zij aldus onvoldoende is geadviseerd en dat zij bij volledige informatie en een juist advies niet voor de lijfrenteverzekering zou hebben gekozen, maar voor een product waarbij de belegde som ook bij overlijden voor haar dochter beschikbaar zou blijven. Dit brengt mee dat de bank niet heeft voldaan aan de hierboven omschreven verplichtingen en dat zij daarmee toerekenbaar is tekortgeschoten in haar zorgplicht jegens cliënte.
- De Geschillencommissie heeft de schade die de erfgenamen hierdoor hebben geleden begroot op de contante waarde van de, vanwege het overlijden van de verzekeringnemer, niet uitgekeerde lijfrente termijnen vanaf overlijden tot aan einde looptijd van de polis, waarbij voor de bepaling van deze contante waarde de voor deze lijfrente geldende rekenrente gebruikt dient te worden.

3. De standpunten van partijen in hoger beroep

- 3.1. Partijen hebben in hoger beroep volhard in hun in eerste instantie ingenomen standpunten. De bank heeft ook in hoger beroep aangevoerd dat zij cliënte voldoende heeft ingelicht over alle relevante aspecten van de lijfrenteverzekering alsmede over andere mogelijkheden en dat cliënte na deze informatieverstrekking de verzekering wenste af te sluiten. Ook heeft cliënte nadien op geen enkel moment te kennen gegeven dat zij op haar beslissing wilde terugkomen. Dat laatste is ter zitting bevestigd door de broer van cliënte, thans verweerder. Hij heeft verklaard dat zijn zuster hem ongeveer zes weken na het sluiten van de overeenkomst daarover heeft

ingelicht, dat hij haar heeft meegedeeld dit geen verstandige overeenkomst te vinden, maar dat zij had geantwoord niet op de overeenkomst te willen terugkomen, nu deze eenmaal gesloten was.

- 3.2. De bank heeft geconcludeerd tot herziening van de beslissing van de Geschillencommissie en tot afwijzing van de vordering van verweerder. Verweerder heeft geconcludeerd tot handhaving van de beslissing van de Geschillencommissie en tot veroordeling van de bank in de kosten van het geding.

4. De beoordeling in hoger beroep

- 4.1. De Beroepscommissie onderschrijft de hierboven onder 2.4 weergegeven overwegingen van de Geschillencommissie. Zij voegt daaraan nog het volgende toe.
- 4.2. Zoals hierboven vermeld is het advies van de bank aan cliënte een lijfrenteversicherung voor 10 jaar (en verder onder de voormelde condities) af te sluiten niet passend geweest. Weliswaar volgt de Beroepscommissie de bank in haar betoog dat het uiteindelijk aan cliënte was om de beslissing te nemen de overeenkomst al dan niet aan te gaan. Afgezien van uitzonderlijke omstandigheden rust immers op een bank niet de verplichting zich van het sluiten van een overeenkomst of het daartoe bemiddelen te onthouden, indien een cliënt – nadat de bank zich deugdelijk van zijn vermogens- en inkomenspositie op de hoogte heeft gesteld en hem deugdelijk omtrent de inhoud van de overeenkomst heeft geïnformeerd – de overeenkomst wenst aan te gaan. Maar indien een overeenkomst gelet op de omstandigheden van de cliënt niet passend is, vloeit uit de zorgplicht van de bank voort dat zij haar cliënt dient te adviseren van de overeenkomst af te zien of, ten minste, dat zij in uitdrukkelijke en niet mis te verstane bewoordingen wijst op de risico's van de overeenkomst en waarschuwt voor het aangaan daarvan.

- 4.3. Een dergelijke waarschuwing dient in de mondelinge contacten tussen de bank en de cliënt die voorafgaan aan het sluiten van de overeenkomst te worden gegeven, en dient vervolgens in de schriftelijke en voor akkoord door cliënt ondertekende bevestiging van het in die contacten besprokene te worden herhaald.
- 4.4. Op de bank rust de last te bewijzen dat hieraan is voldaan, hetgeen meebrengt dat uit de schriftelijke bevestiging moet blijken dat de waarschuwing uitdrukkelijk en in niet mis te verstane bewoordingen inderdaad ook reeds in de daaraan voorafgaande mondelinge contacten is gegeven.
- 4.5. In dit bewijs is de bank niet geslaagd, zodat moet worden aangenomen dat de bank niet heeft voldaan aan haar zorgplicht en daarmee toerekenbaar is tekortgeschoten in haar verplichtingen jegens cliënte.
- 4.6. Met de Geschillencommissie neemt de Beroepscommissie aan dat cliënte bij volledige informatie en een juist advies en deugdelijke waarschuwing als voormeld niet voor de lijfrenteverzekering zou hebben gekozen, maar voor een product waarbij de vaste uitkeringen van € 2.000,- per maand in ieder geval ook bij overlijden voor haar dochter tot 1 juli 2015 beschikbaar zouden blijven. Het bewijs dat dit anders is rust op de bank, maar ook dat bewijs heeft zij niet geleverd.
- 4.7. Het voorgaande brengt mee dat de bank niet heeft voldaan aan de op haar rustende verplichtingen, hetgeen de schade van de erfgenamen tot gevolg heeft gehad.

5. Slotsom en kosten

- 5.1. De slotsom luidt dat het beroep van de bank wordt verworpen. De bestreden beslissing van de Geschillencommissie wordt gehandhaafd. Daarbij wordt de schade waartoe de Geschillencommissie de bank heeft veroordeeld (zie hierboven, 2.4 laatste gedachtestreepje) vastgesteld op € 135.128, waarbij is rekening gehouden met de in 2005 gebruikelijke rekenrente van 3%. Dit bedrag dient te worden vermeerderd met de wettelijke rente.
- 5.2. De Beroepscommissie acht het redelijk dat de bank de proceskosten van verweerder vergoedt tot een bedrag van € 2.500.-.

6. Beslissing

- 6.1. De beslissing van de Geschillencommissie wordt gehandhaafd.
- 6.2. De bank wordt veroordeeld tot betaling van €135.128,- vermeerderd met wettelijke rente vanaf de datum van overlijden tot aan de dag van betaling, alsmede in de proceskosten van verweerder tot een bedrag van € 2.500,-.