

ECLI:NL:GHARL:2020:6872

Instantie	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak	01-09-2020
Datum publicatie	03-09-2020
Zaaknummer	200.261.611/01
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Zorgplicht bank. Geen sprake geweest van advisering. Passend product.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEUWARDEN

locatie Leeuwarden

afdeling civil recht, handel

zaaknummer gerechtshof 200.261.611/01
(zaaknummer rechtbank Noord-Nederland 7047899)

arrest van 1 september 2020

in de zaak van

[appellant] ,

wonende te [A] ,

appellant in principaal appel,

geïntimeerde in incidenteel appel,

in eerste aanleg: eiser,

hierna: **[appellant]**,

advocaat: mr. E.A. van der Meulen-Sikkes, kantoorhoudend te Leeuwarden,

tegen

ABN AMRO Bank N.V.,

gevestigd te Amsterdam,

geïntimeerde in principaal appel,

appellante in incidenteel appel,

in eerste aanleg: gedaagde,

hierna: **ABN AMRO,**

advocaat: mr. J.W. Achterberg, kantoorhoudend te Amsterdam.

1 Het verdere verloop van het geding in hoger beroep

1.1 Het hof neemt het arrest van 6 augustus 2019 hier over. De in dat arrest bepaalde comparitie heeft op 22 oktober 2019 plaatsgehad. Het hiervan opgemaakte proces-verbaal is aan de stukken toegevoegd. [appellant] heeft vervolgens een memorie van grieven tevens wijziging van eis genomen (met producties). ABN AMRO nam hierna een memorie van antwoord in principaal appel en tevens een memorie van grieven in incidenteel appel (met producties). [appellant] heeft vervolgens een memorie van antwoord in incidenteel appel genomen (met productie). ABN AMRO heeft geen gebruik gemaakt van de haar geboden gelegenheid nog op die productie te reageren. Tenslotte zijn de stukken overgelegd voor het wijzen van arrest en is arrest bepaald.

2 De vaststaande feiten

2.1. Er is niet gegriefd tegen de feiten zoals die door de rechtbank is het vonnis van 29 januari 2019 zijn vastgesteld, zodat ook het hof van deze feiten uit zal gaan. Aangevuld met wat het hof verder nog van belang acht, zijn de feiten als volgt.

2.2 [appellant] heeft op 1 november 2012 een afspraak gehad met ABN AMRO. Op dezelfde datum is door [B] , een medewerkster van ABN AMRO, een aanvraagformulier 'Pensioen Aanvulling Inleg' opgesteld. Op dit formulier staat vermeld:

(...)

Wijze van afname product

Kanaal Kantoor

Verkoop met advies? ja

Datum advies 01-11-2012

Adviesnummer 0000000

Type advies Financieel Advies

Verificatievragen

Doel en belangrijke voorwaarden van de Pensioen Aanvulling Inleg

De ABN AMRO Pensioen Aanvulling Inleg is bestemd om fiscaal gunstig vermogen op te bouwen als u een pensioentekort heeft of te zijner tijd een aanvulling op uw inkomen wenst. (...) U moet zich houden aan een aantal fiscale regels, die hiervoor opgesteld zijn. De belangrijkste regels zijn:

(...)

Berekening

Ingevoerde waarden

1. Jaarruimte € 5.000,-

2 Inleg € 0,-

3 Reserveringsruimte € 5.000,-

4 Inleg € 5.000,-

5 Start Inleg 08-11-2012

(...)

8 Leeftijd start uitkering 65 jaar

(...)

10 Beleggingsvoorstel U hebt gekozen voor 100% sparen

Indicatief resultaat

Onderstaande berekening is gebaseerd op jaarlijks dezelfde eenmalige storting gedurende het aantal jaren dat u verwacht in te leggen (...)

In euro's Pessimistisch Historisch 4 procent

Inleg € 5.000,- € 5.000,- € 5.000,-

(...) (...) (...) (...)

Bruto inlegjaar I: € 5.000,-

Bruto inleg € 0,-

Overige jaren:

De berekening is gebaseerd op de (indicatieve) stortingsbedragen en beoogde stortingsdatum. (...)

Inleg reserveringsruimte

Bedrag € 5.000,-

betaalfrequentie eenmalig

[appellant] heeft dit formulier op 1 november 2012 ondertekend.

2.3 In een brief van 9 november 2012 heeft ABN AMRO onder meer het volgende aan [appellant] geschreven:

Onlangs heeft u bij ons een aanvraag gedaan voor een ABN AMRO Pensioen Aanvulling Inleg (...)

Inleg

Op het aanvraagformulier is met u overeengekomen dat u de inleg zelf boekt op de overboekingsrekening (...)

Voordat u uw inleg doet, moet u vaststellen wat uw pensioentekort is. Kijk hiervoor op de website van

de Belastingdienst of bel voor hulp met het telefoonnummer bovenaan deze brief.

(...)

- 2.4 [appellant] heeft 13 november 2012 en op 6 januari 2013 bedragen van elk € 10.000,- in totaal € 20.000,-, op de overboekingsrekening overgemaakt.
- 2.5 In een brief van 2 oktober 2017 heeft ABN AMRO aan Hoogland geschreven dat het opgebouwde spaartegoed per 2 oktober 2017 € 21.492,91 bedraagt en het verwachte saldo op de AOW leeftijd € 22.074,09. Verder heeft ABN AMRO geschreven dat [appellant] met dit kapitaal een ABN AMRO Lijfrente kan aankopen waarmee hij gedurende 20 jaar bruto € 1.234,80 per jaar ontvangt.
- 2.6 In een brief van 16 november 2017 heeft [appellant] onder meer het volgende aan ABN AMRO geschreven:
- "In of omstreeks november 2012 hebben wij een afspraak gemaakt met een deskundige van ABN/Amro voor een advies om onze slechte pensioenpositie te verbeteren. (...) Gezien ons leeftijdsverschil, respectievelijk geboren op 13-07-1953 en 5-12-1965 krijgen we over iets meer dan twee jaar slechts één AOW. Zoals wij thans weten bestaat voor de situatie een aanvulling, een zogenaamde AIO uitkering [hof: Aanvullende Inkomensvoorziening Ouderen]. De inkomsten worden aangevuld tot een bedrag van € 1439 per maand. Als we er gemakshalve vanuit gaan dat de AOW voor één persoon netto circa € 639 (...) is dan betekent dat een AIO aanvulling van € 800 per maand. Uit uw schrijven van 2 oktober jl. blijkt dat we circa € 100 uit een lijfrente gaan ontvangen. Echter de AIO uitkering wordt dienovereenkomstig verlaagd, zodat het netto resultaat nul is. De pensioenvoorziening die we op het advies van ABM/Amro hebben gerealiseerd levert dus in het geheel niets op. (...)"
- In dezelfde brief heeft [appellant] ABN AMRO verzocht hem schadeloos te stellen en de afkoop van de Pensioen Aanvulling Inleg (hierna ook: pensioenspaarregeling) over twee jaren (fiscaal gunstig) te laten plaatsvinden.
- 2.7 Op 28 november 2017 is [appellant] overgegaan tot beëindiging van de pensioenspaarregeling.
- 2.8 ABN AMRO heeft in een brief van 20 december 2017 gereageerd door te stellen dat er geen sprake is geweest van een advies en dat zij niet over zullen gaan tot schadeloosstelling als door [appellant] verzocht.
- 2.9 Het saldo van de pensioenspaarregeling is na inhouding van belasting en revisierente in één keer aan [appellant] overgemaakt.
- 2.10 Op 18 november 2019 is aan [appellant] en zijn echtgenote een AIO-aanvulling toegekend in de vorm van een lening.

3 De geschil en de beslissing is eerste aanleg

- 3.1 [appellant] heeft in de procedure bij de kantonrechter, na vermeerdering van eis, gevorderd ABN AMRO te veroordelen tot betaling aan hem van een bedrag € 7.184,- in hoofdsom te vermeerderen met de wettelijke rente, een bedrag van € 833,09 aan buitengerechtelijke kosten en met veroordeling van ABN AMRO in de proceskosten en de nakosten, ook vermeerderd met de wettelijke rente.
- 3.2 [appellant] heeft aan zijn vorderingen ten grondslag gelegd dat ABN AMRO toerekenbaar tekort is

geschoten bij de advisering omtrent zijn pensioenvraag. Hij heeft hiertoe aangevoerd dat hij zich in 2012 tot ABN AMRO heeft gewend met het verzoek om hem te adviseren omtrent de mogelijkheden om zijn pensioen te verbeteren. Hij heeft daarbij aangegeven dat hij hiervoor € 20.000,- beschikbaar had. ABN AMRO heeft hem het product 'Pensioen Aanvulling Inleg' geadviseerd, waarvan bij pensionering een lijfrente kon worden gekocht die tot een maandelijkse uitkering zou leiden. [appellant] heeft € 20.000,- ingelegd in deze pensioenspaarregeling. Later is [appellant] gebleken dat de maandelijkse uitkeringen uit de lijfrente volledig in mindering zouden komen op de uitkering die hij (in de toekomst) op grond van de AIO-regeling zou ontvangen. Zijn maandelijkse inkomen zou per saldo niet hoger worden. [appellant] heeft daarom in 2017 de pensioenspaarregeling afgekocht. [appellant] heeft gesteld dat ABN AMRO aansprakelijk is voor de nadelige gevolgen van het foute advies en heeft hiertoe een schadeopstelling gemaakt.

3.3 De kantonrechter heeft in een tussenvonnissen geoordeeld dat ABN AMRO niet aan de op haar rustende zorgplicht heeft voldaan en gehouden is de daaruit voortvloeiende schade te vergoeden. De kantonrechter heeft in het eindvonnis de schade begroot en ABN AMRO, uitvoerbaar bij voorraad, veroordeeld tot betaling aan [appellant] van een bedrag van € 472,-, vermeerderd met de wettelijke rente, een bedrag van € 70,80 aan buitengerechtelijke incassokosten en heeft ABN AMRO veroordeeld in de proceskosten, eveneens vermeerderd met de wettelijke rente en de nakosten.

4 De beoordeling van de grieven en de vorderingen in hoger beroep

- 4.1 [appellant] kan zich in de beslissingen van de kantonrechter niet vinden en vordert in principaal hoger beroep, na wijziging van eis, vernietiging van de vonnissen van 29 januari 2019 en 23 april 2019 en veroordeling van ABN AMRO tot betaling van een bedrag van € 7.616,- vermeerderd met de wettelijke rente, een bedrag van € 833,09 aan buitengerechtelijke incassokosten en met veroordeling van ABN AMRO in de proceskosten, waaronder de nakosten.
- 4.2 [appellant] heeft hiertoe de volgende grieven (bezwaren) tegen de vonnissen van de kantonrechter gericht. Grief 1 recht zich tegen het oordeel dat de schade moet worden vastgesteld op basis van een inleg van € 5.000,-. Grief II tegen het oordeel dat de nadelige gevolgen van de afkoop van de pensioenspaarregeling niet op ABN AMRO kunnen worden afgewenteld. Grief III tegen de overwegingen van de kantonrechter (rov. 2.6 en 2.7 van het vonnis van 23 april 2019) dat [appellant] onvoldoende inzage heeft gegeven in zijn inkomens- en vermogenspositie. Grief IV tegen de schatting door de kantonrechter van de schade. Grief V tegen de hoogte van het toegewezen bedrag.
- 4.3 ABN AMRO kan zich evenmin in de vonnissen vinden. ABN AMRO vordert in incidenteel appel vernietiging van overwegingen van de vonnissen die betrekking hebben op schending van de zorgplicht en de schade, met veroordeling van [appellant] in de proceskosten en de nakosten. Haar grieven richten tegen het oordeel van de kantonrechter dat ABN AMRO haar zorgplicht heeft geschonden (grief I), dat niet aannemelijk is geworden dat het niet afkopen van de pensioenspaarregeling uiteindelijk nadeliger was geweest en [appellant] de schade heeft beperkt (grief II) en dat sprake is van schade (grief III).

Schending zorgplicht? (grief I ABN AMRO)

- 4.4 Volgens [appellant] is sprake van een overeenkomst van opdracht, in het kader waarvan ABN AMRO een (onjuist) financieel advies aan hem heeft verstrekt. ABN AMRO ontkent dat advies is gegeven. Volgens haar heeft er slechts een gesprek plaatsgevonden waarbij in algemene termen is gesproken over de mogelijkheden van pensioenaanvulling, waarbij de werking van bepaalde

producten is toegelicht.

4.5 Het hof overweegt als volgt. Op banken rust tegenover particulieren volgens vaste rechtspraak een bijzondere zorgplicht die voortvloeit uit de maatschappelijke positie van banken in samenhang met hun bij uitstek professionele deskundigheid. Deze bijzondere zorgplicht kan gelden in contractuele en buitencontractuele rechtsverhoudingen. De inhoud en reikwijdte van deze zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval. Een van die omstandigheden is of sprake is geweest van advisering. Anders dan de rechtbank, is het hof van oordeel dat [appellant] , op wiens weg dit ligt, niet aannemelijk heeft gemaakt dat sprake is geweest van een adviesrelatie met ABN AMRO.

4.6 Het hof komt tot dit oordeel op grond van de volgende feiten en omstandigheden.

Vaststaat dat er geen financieel plan of adviesrapport is opgesteld door ABN AMRO. Er zijn door haar geen brondocumenten opgevraagd. Aan [appellant] zijn geen kosten of provisie in rekening gebracht, zoals destijds gebruikelijk was bij advisering. [appellant] heeft een ongedateerde opstelling met drie berekeningen overgelegd (productie 1, incl. dagvaarding). Deze berekening is volgens [appellant] opgesteld door ABN AMRO en wordt door hem betiteld als adviesberekening. ABN AMRO heeft ontkend dat de berekening van haar afkomstig is. De berekening oogt weinig professioneel; de opstelling is niet opgemaakt op briefpapier van ABN AMRO, en is zoals ABN AMRO terecht heeft aangevoerd, rekenkundig onjuist. Een advies valt hier overigens ook moeilijk in te lezen, omdat slechts drie berekeningen worden gegeven, zonder dat daarin een keuze wordt gemaakt. [appellant] heeft verder over de opstelling wisselende verklaringen afgelegd. Aanvankelijk was de opstelling bij de brief van 9 november 2012 van ABN AMRO gevoegd (randnummer 6, inleidende dagvaarding), later was de opstelling volgens hem mogelijk tijdens het gesprek op 1 november 2012 door ABN AMRO overgelegd (randnummer 8, cvr). In de brief van 9 november 2012 wordt echter niet gerefereerd aan een advies, maar uitsluitend aan de aanvraag van het product en er wordt evenmin verwezen naar een bijlage: *"Onlangs heeft u bij ons een aanvraag gedaan voor een ABN AMRO Pensioenaanvulling Inleg. Hartelijk dank daarvoor. (...) Op het aanvraagformulier is met u overeengekomen dat u de inleg zelf boekt op de Overboekingsrekening behorende bij uw ABN AMRO Pensioenaanvulling Inleg. Voordat u uw inleg doet, moet u vaststellen wat uw pensioentekort is."* Het hof gaat er dan ook vanuit dat de berekening niet van ABN AMRO afkomstig is. In de brief worden geen bedragen genoemd en [appellant] is zelf verantwoordelijk voor boekingen . Hem wordt geadviseerd om zijn pensioentekort vast te stellen, voordat hij een overboeking doet. Ook uit deze brief kan niet volgen dat er een op [appellant] toegesneden advies is gegeven. Het enige dat resteert is op

het aanvraagformulier een bevestiging achter de woorden verkoop met advies. ABN AMRO heeft daarvoor een verklaring gegeven. Wat daar ook van zij, in het licht van de overige omstandigheden is dit onvoldoende om uit te gaan van advisering door ABN AMRO.

4.7 Voor zover in het bewijsaanbod in de memorie van grieven al besloten ligt dat sprake is geweest van een adviesgesprek, gaat het hof daaraan voorbij omdat [appellant] in het licht van het voorgaande onvoldoende heeft gesteld welk - onjuist - advies ABN AMRO hem had verstrekt. Daarbij komt nog het volgende.

4.8 De pensioenspaarregeling, het product als zodanig, was passend. Op een fiscaal gunstige wijze kon een oudedagslijfrente worden verworven. Indien [appellant] niet was overgegaan tot het afkopen van de Pensioenspaarregeling, had [appellant] van het gespaarde bedrag een lijfrente kunnen aanschaffen die hem een maandelijkse uitkering had gegeven. Zijn inkomen na pensionering zou daarmee zijn verhoogd. De zorgplicht van ABN AMRO strekt bovendien niet zover dat zij [appellant] in 2012 had moeten wijzen op voorzieningen waarop [appellant] bij het bereiken van de pensioenleeftijd in 2019 mogelijk een beroep zou kunnen doen indien hij zijn inkomsten onder een sociaal minimum zou houden of zijn vermogen voor het bereiken van de pensioenleeftijd zoveel mogelijk zou opsouperen. Grief I van ABN AMRO slaagt. Nu niet is komen vast te staan dat is geadviseerd, moet het er voor moet worden gehouden dat [appellant] zelf op

basis van de verstrekte informatie de keuze heeft gemaakt voor de betreffende pensioenspaarregeling. Dit betekent dat de grondslag aan de vorderingen van [appellant] is komen te ontvallen. Nu geen sprake is van een toerekenbare tekortkoming van ABN AMRO is zij jegens [appellant] niet schadeplichtig, zodat aan de door de kantonrechter gehanteerde vergelijkingsmethode ter zake van het vaststellen van schade niet wordt toegekomen. De overige grieven hoeven niet meer worden behandeld, nu het belang daaraan is komen te ontvallen.

De slotsom

4.9 Grief I in het incidenteel hoger beroep slaagt. De vonnissen van de kantonrechter zullen worden vernietigd en de vorderingen van [appellant] zullen worden afgewezen. [appellant] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van beide instanties, tot aan de bestreden uitspraak aan de zijde van ABN AMRO wat betreft de eerste aanleg vastgesteld op nihil voor verschotten en op € 625,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief (2,5 punten/tarief I) en tot aan deze uitspraak wat betreft het hoger beroep vastgesteld op € 741,- voor verschotten en op € 759,- (1 punt/tarief I) voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief. Het hof ziet in de samenhang tussen het principaal en incidenteel hoger beroep aanleiding één proceskostenveroordeling uit te spreken. De nakosten zullen worden toegewezen als in het dictum vermeld.

5 De beslissing

vernietigt de vonnissen van de kantonrechter van de rechtbank Noord-Nederland van 29 januari 2019 en 23 april 2019 en doet opnieuw recht;

wijst de vorderingen van [appellant] af;

veroordeelt [appellant] in de kosten van beide instanties, tot aan de bestreden uitspraak aan de zijde van ABN AMRO wat betreft de eerste aanleg vastgesteld op nihil voor verschotten en op € 625,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief en tot aan deze uitspraak wat betreft het hoger beroep vastgesteld op € 741,- voor verschotten en op € 759,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

veroordeelt [appellant] in de nakosten, begroot op € 157,- met bepaling dat dit bedrag zal worden verhoogd met € 82,- in geval [appellant] niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan deze uitspraak heeft voldaan én betekening heeft plaatsgevonden;

verklaart dit arrest voor zover het de hierin vermelde proceskostenveroordeling betreft uitvoerbaar bij voorraad.

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mr. I. Tubben, mr. M.W. Zandbergen en mr. J.H. Kuiper en is door de rolraadsheer in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op

1 september 2020.