

Uitspraak Commissie van Beroep 2015-017 d.d. 2 juni 2015

(mr. W.J.J. Los, voorzitter, mr. J.B. Fleers, drs. P.H.M. Kuijs AAG, mr. F.H.J. Mijnsen en mr. F.P. Peijster, leden, en mr. M.J. Drijftholt, secretaris)

Samenvatting

Tussenuitspraak:

Financieel advies. Beroep op artikel 6:89 BW verworpen. Advies om bestaande [naam] Polis te beëindigen op diverse punten onjuist. Tekortkoming. Schadebegroting. Partijen mogen zich uitlaten over de schadebegroting.

Einduitspraak:

Vervolg op tussenuitspraak van 1 december 2014. Onjuist financieel advies. Schadebegroting.

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

Tussenuitspraak:

1 De procedure in hoger beroep

- 1.1 Bij een op 15 mei 2014 door de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (verder: Commissie van Beroep) digitaal ontvangen beroepschrift met bijlagen heeft Belanghebbende een uitspraak van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (verder: Geschillencommissie) van 10 april 2014 (dossiernr. [nummer]) ter toetsing voorgelegd.
- 1.2 De Adviseur heeft een op 17 juli 2014 gedateerd verweerschrift ingediend.
- 1.3 De Commissie van Beroep heeft het beroep mondeling behandeld op 6 oktober 2014. Daarbij is Belanghebbende in persoon verschenen, vergezeld door zijn gemachtigde [naam]. Belanghebbende heeft een pleitnotitie overgelegd. De Adviseur is niet verschenen.

2. De procedure in eerste aanleg

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

3. Inleiding op de beoordeling van het beroep

- 3.1 De Commissie van Beroep gaat uit van de door de Geschillencommissie onder 3.1 tot en met 3.5 van haar uitspraak vermelde feiten, behoudens de datum van afkoop van de hierna te noemen [naam] Polis.

3.2 Kort gezegd gaat het om het volgende.

- 3.2.1 Belanghebbende had met ingang van 1 januari 1996 een zogenoemde [naam] Polis bij [naam] B.V. (hierna: [naam polis]). De einddatum van de verzekering was 31 december 2025, het verzekerd bedrag was € 257.170,- (rente 4,6 procent) en de maandelijkse premie bedroeg € 88,94, waarvan € 74,58 voor de uitkering op de einddatum (premie A) en € 14,36 voor de dekking van het overlijdensrisico (premie B). Op de verzekering was het vóór 2002 geldende fiscale regime van toepassing, wat onder meer inhield dat het opgebouwde kapitaal niet onder de vermogensrendementsheffing viel.
- 3.2.2 Belanghebbende heeft medio 2007 met de Adviseur gesproken met het oog op de aankoop van een andere woning. De Adviseur heeft hem in dat verband geadviseerd de [naam polis] voortijdig te beëindigen en de afkoopwaarde te beleggen. Door tussenkomst van de Adviseur heeft [naam bank] N.V. op 4 oktober 2007 een offerte uitgebracht voor een hypothecaire lening van € 440.000,-. Onderdeel van de offerte was storting van € 5.000,- op een effectenrekening en beëindiging van de [naam polis]. Belanghebbende heeft de offerte op 13 oktober 2007 ondertekend. De [naam polis] is per 1 maart 2008 beëindigd. De afkoopwaarde bedroeg € 111.703,-, de verschuldigde inkomstenbelasting over het daarin begrepen rentebestanddeel bedroeg € 12.912,-, zodat voor belegging een bedrag van € 98.791,- beschikbaar kwam.
- 3.2.3 In de periode van eind 2009/begin 2010 tot in de eerste helft van 2011 heeft Belanghebbende enkele malen met de Adviseur gesproken over een overlijdensrisico-verzekering en een aanpassing van zijn hypothecaire lening.
- 3.3 Belanghebbende heeft gevorderd, kort gezegd, dat de Adviseur hem de schade zal vergoeden die hij lijdt door het opvolgen van diens advies om de [naam polis] te beëindigen. De schade heeft Belanghebbende begroot op € 67.302,-, uitgaande van een peildatum van 31 december 2013.
- 3.4 De Geschillencommissie heeft Belanghebbende met toepassing van artikel 6:89 BW niet-ontvankelijk verklaard in zijn vordering. De Geschillencommissie heeft daartoe samengevat overwogen dat het Belanghebbende begin 2008 niet zal zijn ontgaan dat de afkoopwaarde van de [naam polis] lager was dan verondersteld, namelijk € 98.791 in plaats van € 120.000,-, dat hij dat aan de orde had moeten stellen in de diverse gesprekken die hij kort daarna met de Adviseur heeft gevoerd en niet had mogen wachten tot 2011 alvorens daarover een klacht in te dienen. Datzelfde geldt volgens de Geschillencommissie ten aanzien van het ontbreken van een overlijdensrisicodekking na het beëindigen van de [naam polis].

4. **Beoordeling van het beroep**

- 4.1 Belanghebbende heeft weersproken dat hij te laat heeft geklaagd en zijn bezwaren tegen het advies van de Adviseur gehandhaafd.

- 4.2 Ingevolge artikel 6:89 BW kan de schuldeiser op een gebrek in de prestatie geen beroep doen indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar ter zake heeft geprotesteerd. Artikel 6:89 BW is van toepassing op alle verbintenissen, waaronder ook die uit adviesrelaties zoals de onderhavige. Bij beantwoording van de vraag of is voldaan aan de in artikel 6:89 BW besloten liggende onderzoeks- en klachtplicht, moet acht worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard en inhoud van de rechtsverhouding, de aard en inhoud van de prestatie en de aard van het gestelde gebrek in de prestatie. Ook is van belang of de schuldenaar nadeel lijdt door het late tijdstip waarop de schuldeiser heeft geklaagd. In dit verband dient rekening te worden gehouden met enerzijds het voor de schuldeiser ingrijpende rechtsgevolg van het te laat protesteren zoals in artikel 6:89 BW vermeld - te weten verval van al zijn rechten ter zake van de tekortkoming - en anderzijds de concrete belangen waarin de schuldenaar is geschaad door het late tijdstip waarop dat protest is gedaan, zoals een benadeling in zijn bewijspositie of een aantasting van zijn mogelijkheden de gevolgen van de gestelde tekortkoming te beperken. De tijd die is verstreken tussen het tijdstip dat bekendheid met het gebrek bestaat of redelijkerwijs diende te bestaan, en dat van het protest, vormt in die beoordeling weliswaar een belangrijke factor, maar is niet doorslaggevend (HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600).
- 4.3 De Adviseur heeft bij de onderhavige adviesrelatie te gelden als professionele en bij uitstek deskundige dienstverlener, terwijl er geen feiten of omstandigheden zijn gesteld of gebleken waaruit volgt dat bij Belanghebbende een zodanige professionaliteit en deskundigheid aanwezig is geweest. Belanghebbende mocht in beginsel ervan uitgaan dat het advies van de Adviseur voldeed aan de daaraan te stellen eisen. Het niet-voldoen aan die eisen is niet een tekortkoming van de Adviseur die Belanghebbende zonder meer behoort op te merken. Op Belanghebbende rust dan ook pas op grond van artikel 6:89 BW een onderzoeksplicht met betrekking tot de vraag of het advies voldeed aan de daaraan te stellen eisen, indien hij gereede aanleiding had te veronderstellen dat de Adviseur daarin kon zijn tekortgeschoten. Indien Belanghebbende, eventueel na (deskundig) onderzoek, bekend is geworden met een tekortschieten door de Adviseur, of daarmee redelijkerwijs bekend had moeten zijn, diende hij ter zake op de voet van artikel 6:89 BW binnen bekwame tijd te protesteren. Daarbij moest hem een redelijke termijn voor beraad worden gegund. Bij de beoordeling of het beroep van de Adviseur op artikel 6:89 BW gegrond is, komt voorts groot gewicht toe aan het antwoord op de vraag of deze nadeel lijdt in de hiervoor bedoelde zin door het tijdsverloop tussen het moment van ontdekking van de tekortkoming en het moment waarop is geprotesteerd. De enkele omstandigheid dat het lang heeft geduurd voordat Belanghebbende heeft geklaagd, zonder dat daarbij de overige omstandigheden van het geval worden betrokken, zoals de aan- of afwezigheid van nadeel bij de Adviseur door het tijdsverloop, is ontoereikend voor een succesvol beroep op artikel 6:89 BW.

- 4.4 Belanghebbende heeft aangevoerd dat hij geen reden had te twifelen aan het advies totdat hij in 2011, toen advies over aanpassing van de hypothecaire lening uitbleef, de financiële gevolgen van het advies is gaan onderzoeken. Volgens Belanghebbende heeft hij eerst uit de brief van 22 augustus 2012 van de Adviseur aan de Financiële Ombudsman van Kifid vernomen welke uitgangspunten de Adviseur in 2007 aan zijn advies ten grondslag heeft gelegd en vervolgens vastgesteld dat die uitgangspunten deels onjuist zijn.
- 4.5 De Adviseur heeft geen feiten of omstandigheden naar voren gebracht waaruit moet worden opgemaakt dat Belanghebbende al eerder dan in 2011 of 2012 bekend was of redelijkerwijs had moeten zijn met de tekortkomingen die er volgens hem kleven aan het advies. Niet van belang is dat Belanghebbende in 2008 heeft kunnen constateren dat de afkoopwaarde van de [naam polis] lager was dan € 120.000,-. Hem was immers daarvoor al uit een opgave van [naam] B.V. van 31 juli 2007 bekend wat de afkoopwaarde (bij benadering) zou zijn, te weten € 106.840,-. Waar het om gaat is dat gesteld noch gebleken is dat het Belanghebbende bekend was dat de Adviseur bij zijn advies was uitgegaan van een vrij te beleggen afkoopwaarde van € 120.000,-. Het is ook niet aannemelijk dat Belanghebbende daarmee bekend was omdat hij de Adviseur, zoals deze zelf heeft aangegeven, vóór diens advies de genoemde opgave van [naam] B.V. had overhandigd. Daarbij komt dat niet is gebleken dat de Adviseur enig nadeel heeft van het tijdsverloop tussen zijn advies en de klacht van Belanghebbende.
- 4.6 Uit het voorgaande volgt dat het beroep van de Adviseur op artikel 6:89 BW faalt. De Geschillencommissie heeft Belanghebbende ten onrechte niet in zijn klacht ontvangen.
- 4.7 De Commissie van Beroep zal thans bespreken of het advies van de Adviseur voldeed aan de daaraan te stellen eisen. Maatstaf is of het advies beantwoordt aan hetgeen in de gegeven omstandigheden van een redelijk bekwaam en redelijk handelend financieel adviseur mag worden verwacht.
- 4.8 De Commissie van Beroep stelt vast dat het advies niet schriftelijk is vastgelegd. Uit de stellingen van partijen kan worden opgemaakt dat het advies is gegeven in het kader van de aankoop van een andere woning en dat Belanghebbende zo laag mogelijke (maandelijkse) lasten op het oog had. Vast staat dat de Adviseur een hypothecaire lening heeft voorgesteld, waarbij de [naam polis] zou worden beëindigd en de afkoopwaarde van de [naam polis] zou worden belegd. Over zijn advies heeft de Adviseur bij zijn hiervoor in 4.4 genoemde brief van 22 augustus 2012 onder meer het volgende verklaard:

“Echter in het gehele advies dat ik heb gegeven ben ik op de wens van de familie [naam] ingegaan om zo laag mogelijke lasten te creëren, zonder hierbij grote risico's te willen lopen op gebied van rentevast periode en beleggingen.

De heer [naam] vroeg precies € 440.000 aan voor aankoop, kosten en verbouwen. Zoals gesteld moest er wel een deel afgelost worden (hypotheek \geq 75% EW); dit heb ik voorgesteld met minimale storting ad € 5.000 (dit was voldoende, zodat de maandlasten zeer laag bleven). Het voortzetten van de polis kost jaarlijks premie en bij beëindiging wordt de premie uitgespaard en kan het reeds aanwezige kapitaal (ruim € 120.000) worden weggezet tegen een vaste rente.

Daarnaast beschikte de familie [naam] over nog meer gespaard vermogen zodat een (flinke) aflossing op de hypotheek helemaal niet zo nodig was.

Ik had hem voorgerekend dat als je € 120.000 tegen 4,5% rente (is 10 jaars deposito destijds) wegzet dit na 20 jaar ook aangroeit tot € 289.000, zonder premie te betalen. Dit was nog hoger dan het eindkapitaal van de polis. (..)

Ik moet overigens wel toegeven dat we destijds niet voldoende hebben meegewogen de wens om ook bij overlijden een afdoende voorziening te treffen.”

Kennelijk had de Adviseur voor ogen dat Belanghebbende door afkoop van de [naam polis] zich de last van de maandelijkse premiebetaling zou besparen en door het beleggen van de afkoopwaarde toch een hoger eindkapitaal zou behalen dan het eindkapitaal van de [naam polis], zonder grote risico's te lopen op het gebied van beleggen, rekening houdend met een te beleggen afkoopwaarde van € 120.000,- en een (minimaal) rendement van 4,5 procent.

4.9 Het advies is naar het oordeel van de Commissie van Beroep op vijf onderdelen beneden de maat:

- De Adviseur heeft zijn berekening gebaseerd op een bedrag dat uit de afkoop van de [naam polis] voor belegging beschikbaar zou komen van 'ruim € 120.000,-', terwijl hij uit de voor hem beschikbare gegevens wist of had moeten weten dat dit bedrag ongeveer € 20.000,- lager zou zijn.
- De Adviseur is uitgegaan van een langere looptijd om het berekende eindkapitaal te bereiken dan de resterende looptijd van de [naam polis], namelijk twintig in plaats van achttien jaar, zodat de vergelijking van het eindkapitaal van de [naam polis] met het door belegging te bereiken eindkapitaal op de einddatum van de [naam polis] niet juist was.
- De Adviseur heeft bij zijn berekening geen rekening gehouden met de belastingheffing over het te beleggen vermogen, te weten de vermogensrendementsheffing van 1,2 procent per jaar, waarvan geen sprake zou zijn geweest indien de [naam polis] niet tussentijds was beëindigd.
- De Adviseur is uitgegaan van een fictief rendement van 4,5 procent per jaar kennelijk gedurende de eerste periode van tien jaar, zonder dat voldoende is onderbouwd dat een dergelijk rendement haalbaar was zonder grote beleggingsrisico's en hij heeft daarbij bovendien niet kenbaar rekening gehouden met het herbeleggingsrisico na de eerste periode van tien jaar.
- De Adviseur heeft er kennelijk geen rekening mee gehouden dat een deel van de premie van de [naam polis] diende ter dekking van het overlijdensrisico en dat Belanghebbende na beëindiging van de [naam polis] (een mogelijk hogere) premie zou moeten betalen voor een andere overlijdensrisicoverzekering.

- 4.10 De hiervoor genoemde onjuistheden tezamen maken het advies om de [naam polis] te beëindigen dermate gebrekkig dat het advies niet is zoals dat in de gegeven omstandigheden van een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur mag worden verwacht. Daarmee is de Adviseur toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van de op hem rustende verbintenis en dient hij de schade te vergoeden die Belanghebbende lijdt doordat deze het advies heeft gevolgd.
- 4.11 De schade bestaat uit het verschil tussen het eindkapitaal dat Belanghebbende met de [naam polis] zou hebben behaald verminderd met de daarvoor maandelijks te betalen premies (exclusief premie B, het premiedeel ter dekking van het overlijdensrisico) en het eindkapitaal dat Belanghebbende kon behalen door beëindiging van de [naam polis] en belegging van de afkoopwaarde, conform het advies van de Adviseur. De Commissie van Beroep berekent die schade als volgt:
- Als peildatum neemt de Commissie van Beroep 1 maart 2008, de datum van afkoop van de [naam polis], omdat toen uitvoering werd gegeven aan het onjuiste advies van de Adviseur.
 - De contante waarde van het eindkapitaal van de [naam polis] bedroeg op 1 maart 2008 € 138.995,- rekening houdend met de rentetermijnstructuur (zero coupon) op 28 februari 2008, zoals gepubliceerd door de DNB (<http://www.statistics.dnb.nl/financiele-markten/rentes/index.jsp>).
 - In mindering hierop komt de contante waarde (op basis van dezelfde rendementen als hiervoor) op 1 maart 2008 van de toen nog door Belanghebbende te betalen premies A. Deze waarde bedraagt € 12.170,-.
 - Na aftrek van de afkoopwaarde van de [naam polis] van € 98.791,- resteert een schade per 1 maart 2008 van € 28.034,-.
 - De schade moet worden vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 1 maart 2008. De wettelijke rente tot 1 november 2014 belooft € 7.968,-. De Commissie van Beroep komt op grond van het voorgaande tot het voorlopig oordeel dat een bedrag van € 36.002,- aan Belanghebbende moet worden toegewezen, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 1 november 2014.
- 4.12 Partijen hebben zich nog niet kunnen uitlaten over de wijze waarop de Commissie van Beroep de schade heeft berekend. Zij zullen dat alsnog mogen doen. De Commissie van Beroep zal daarom elke verdere beslissing aanhouden.

5. **Beslissing**

De Commissie van Beroep stelt beide partijen in de gelegenheid tot uiterlijk vier weken na de datum van deze uitspraak zich schriftelijk uit te laten over de wijze waarop de Commissie van Beroep de schade heeft berekend, te weten zoals hiervoor is overwogen onder 4.11.

Einduitspraak:

1. De procedure in hoger beroep

Bij tussenuitspraak van 1 december 2014 heeft de Commissie van Beroep partijen de gelegenheid gegeven zich nader uit te laten over de wijze waarop zij de schade heeft berekend, zoals weergegeven in de tussenuitspraak onder 4.11.

Belanghebbende heeft zich uitgelaten bij brief van 11 december 2014, met bijlagen, de Adviseur bij brief van 24 december 2014.

Belanghebbende heeft bij brief van 24 februari 2015 nadere gegevens verstrekt, onder overlegging van enkele bijlagen, door hem aangeduid als Annex 22, 23 en 24.

De Adviseur is in de gelegenheid gesteld zich hierover uit te laten, maar heeft van die gelegenheid geen gebruik gemaakt.

2. Verdere beoordeling van het beroep

- 2.1 De Commissie van Beroep verwijst naar hetgeen is overwogen in de tussenuitspraak van 1 december 2014.
- 2.2 Voor zover partijen de beslissingen die de Commissie van Beroep in deze zaak reeds heeft gegeven, (opnieuw) ter discussie hebben gesteld, geldt dat geen argumenten naar voren zijn gebracht die de conclusie kunnen rechtvaardigen dat de beslissingen berusten op een onjuiste juridische of feitelijke grondslag. Er is daarom geen grond om terug te komen van eerder gegeven beslissingen.
- 2.3 Belanghebbende heeft aangevoerd dat de berekening van de Commissie van Beroep op twee onderdelen onjuist of onvolledig is. Hij meent in de eerste plaats dat bij de berekening van de contante waarde op 1 maart 2008 van de toen nog door hem te betalen premies A (€ 12.170,-) ten onrechte zijn premiedepot buiten beschouwing is gebleven. Die stelling gaat echter alleen op indien de waarde van het premiedepot in de afkoopwaarde van de [naam polis] is begrepen. Uit Annex 23 blijkt dat de waarde van het premiedepot (€ 8.245,91) in mindering is gebracht op de per 1 februari 2008 af te lossen hoofdsom van de hypothecaire geldlening van Belanghebbende bij [naam bank] N.V. en dus niet begrepen is geweest in de afkoopwaarde van de [naam polis]. Er is daarom geen grond de schadeberekening op dit punt aan te passen.
- 2.4 Belanghebbende heeft verder aangevoerd dat ten onrechte geen rekening is gehouden met de schade die is ontstaan door het vervallen van de overlijdensrisicodekking. De Commissie van Beroep is van oordeel dat Belanghebbende op dit punt in zoverre gelijk heeft dat de waarde van de vervallen overlijdensrisicodekking niet kan worden weggestreept tegen de daarvoor nog te betalen premies. De schadeberekening die Belanghebbende heeft gepresenteerd kan echter niet worden gevolgd, onder meer omdat de nieuwe overlijdensrisicoverzekeringen die Belanghebbende heeft gesloten een hogere dekking hadden. Het nadeel van Belanghebbende berekent de Commissie van Beroep door

vergelijking van de contante waarde per 1 maart 2008 van de vervallen overlijdensrisicodekking (€ 4.859,-) met de contante waarde van de per 1 maart 2008 nog te betalen premies (€ 2.359,-). Aldus berekend bedraagt het nadeel € 2.500,-.

2.5 De Adviseur heeft slechts aangevoerd, kort gezegd, dat hem onduidelijk is hoe de schade is berekend. De Commissie van Beroep gaat hieraan voorbij omdat niet concreet is aangegeven op welke onderdelen de schadeberekening volgens de Adviseur onjuist of onduidelijk is.

2.6 Gelet op het voorgaande begroot de Commissie van Beroep de schade thans als volgt:

- Contante waarde eindkapitaal bij ongewijzigde voortzetting polis	€ 138.995,-
- Contante waarde overlijdensrisicodekking bij ongewijzigde voortzetting polis	€ 4.859,-
	€ 143.854,-
- Af: contante waarde premies A	€ 12.170,-
- Af: contante waarde premies B	€ 2.359,-
	€ 14.529,-
- Contante waarde polis bij ongewijzigde voortzetting	€ 129.325,-
- Af: afkoopwaarde	€ 98.791,-
- Schade	€ 30.534,-
- Wettelijke rente van 1 maart 2008 tot 2 januari 2015	€ 8.873,-
Totaal	€ 39.407,-

2.7 De slotsom is dat het beroep van Belanghebbende slaagt. De Commissie van Beroep zal de navolgende beslissing in de plaats stellen van de bestreden beslissing.

2.8 Deze beslissing is op de voet van art. 2.8 van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening mede gegeven door mr. F.H.J. Mijnsen die aan de behandeling van de zaak vóór 1 januari 2015 heeft deelgenomen.

3. Beslissing

De Commissie van Beroep stelt de volgende beslissing in de plaats van de bestreden beslissing:

- De klacht van Belanghebbende is gegrond.
- De Adviseur wordt veroordeeld tot betaling aan Belanghebbende van € 39.407,- te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 2 januari 2015 tot de dag van betaling.