

Uitspraak Commissie van Beroep 2017-036 d.d. 6 november 2017

(mr. W.J.J. Los, voorzitter, mr. J.B. Fleers, mr. A. Smeeing-van Hees, mr. A. Bus en F.R. Valkenburg AAG RBA, leden, en mr. H.C. Dobbelaar-ten Cate, secretaris)

Samenvatting

Beleggingsverzekering. Verzekeraar niet met tussenpersoon te vereenzelvigen ondanks de tussen hen bestaande concernrelatie. Het enkele feit dat een levensverzekeraar een product aanbiedt dat in hoofdzaak bestaat uit beleggingsactiviteiten voor rekening en risico van de cliënt is onvoldoende om te oordelen dat de normen zoals die voor andere effecteninstellingen in 1999 en 2000 golden materieel ook van toepassing zijn op een levensverzekeraar. Verzekeraar is in de precontractuele fase jegens Belanghebbende tekortgeschoten door haar informatieverplichtingen uit hoofde van de Riav 1994 en de CRR 1998 niet geheel na te komen en onvoldoende informatie te verschaffen over de uit hoofde van het [naam I] in rekening te brengen kosten en de invloed daarvan op het te behalen resultaat. Echter, geen grond voor schadevergoeding omdat niet aannemelijk is dat Belanghebbende, indien hij over een en ander wel voldoende was ingelicht, zijn keuze zou hebben bepaald op een totaal andere wijze van beleggen of een spaarrekening.

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

I. De procedure in beroep

- I.1 Bij een op 13 juli 2016 ontvangen en op 17 oktober 2016 aangevuld beroepschrift - met bijlagen - heeft Belanghebbende de uitspraak van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (verder: Geschillencommissie) van 11 juli 2016 in de zaak [nummer] ter toetsing voorgelegd aan de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (verder: Commissie van Beroep).
- I.2 Verzekeraar heeft een op 15 februari 2017 ontvangen verweerschrift - met bijlagen - ingediend. Zij heeft daarin tevens incidenteel beroep ingesteld.
- I.3 Op 13 maart 2017 heeft Belanghebbende een verweerschrift in het incidentele beroep ingediend. Zowel daarvoor (op 25 februari 2017) als daarna (op 2 juni 2017) heeft hij nog een aantal reeds eerder gewisselde stukken aan het dossier toegevoegd.
- I.4 Bij brief van 16 juni 2017 heeft ook Verzekeraar een aantal reeds eerder gewisselde stukken aan het dossier toegevoegd.
- I.5 De Commissie van Beroep heeft de beide beroepen mondeling behandeld op 3 juli 2017. Beide partijen waren aanwezig. Partijen hebben hun standpunten toegelicht aan de hand van pleitnotities en vragen van de Commissie van Beroep beantwoord.

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 de beroepen

3.1 In deze zaak kan worden uitgegaan van de door de Geschillencommissie in rov. 3.1 – 3.8 vermelde feiten. Voor zover thans van belang komen deze, met enkele aanvullingen, op het volgende neer.

(i) Op advies en door bemiddeling van een assurantietussenpersoon ([naam 2]) heeft Belanghebbende met (een rechtsvoorganger van) Verzekeraar met ingang van 1 januari 1999 een als [naam 1] Tarief C aangeduide beleggingsverzekering met overlijdensrisicodekking (hierna: het [naam 1]) afgesloten. Bij brief van 20 januari 1999 is aan Belanghebbende een certificaat(polis) betreffende deze (universal life) verzekering afgegeven. Dit certificaat houdt in dat:

- de uitkering bij in leven zijn van de verzekerde (Belanghebbende, geboren op 25 juli 1973, op de einddatum (1 januari 2039) gelijk is aan het spaartegoed;
- de uitkering bij leven bij een voorbeeldpercentage van 9% f. 753.100 bedraagt;
- de uitkering bij overlijden van de verzekerde voor de einddatum gelijk is aan de som van de betalingen;
- Belanghebbende maandelijks, voor het laatst op 1 december 2038, een betaling van f. 250,- (€ 113,45) dient te doen,
- de algemene voorwaarden serie [naam 3] (hierna: [naam 3]) van toepassing zijn.

(ii) Het certificaat bevat geen bepalingen aangaande uit hoofde van het [naam 1] in rekening te brengen kosten.

(iii) Genoemde algemene voorwaarden houden onder meer in dat overlijdensrisicopremie, gedurende de eerste vijf jaar administratiekosten, en voorts doorlopende kosten van beheer van beleggingen (maandelijks 0,0416% van het spaartegoed) en kosten van beheer van de verzekering (maandelijks f. 3,50, vermeerderd met een van de looptijd afhankelijk percentage van de betaling) in rekening worden gebracht, en dat Verzekeraar het recht heeft na ieder tijdvak van vijf jaar de hoogte van de overlijdensrisicopremie en de kostenvergoedingen aan te passen.

(iv) In januari 2005 is, in verband met een door Belanghebbende verzochte verhoging van het bedrag van € 113,45 tot € 125,- een nieuw certificaat aan hem verstrekt. Ook dit certificaat, dat onder meer inhoudt dat de algemene voorwaarden serie [naam 4] (hierna: [naam 4]) van toepassing zijn, bevat geen bepalingen aangaande uit hoofde van het [naam 1] in rekening te brengen kosten.

(v) De [naam 4] kennen soortgelijke bepalingen als hiervoor onder (iii) vermeld, met dien verstande dat geen sprake meer is van administratiekosten, maar van - kort gezegd - gedurende de eerste tien jaar te verrekenen kosten die gemaakt zijn in verband met de totstandkoming van de verzekering.

(vi) Bij brieven van 24 september 2010 onderscheidenlijk juni 2011 heeft Verzekeraar aan Belanghebbende meegedeeld dat hij niet in aanmerking kwam voor een vergoeding op grond van de door Verzekeraar, naar aanleiding van de ontstane maatschappelijke discussie over de hoogte van de kosten en risicopremies van beleggingsverzekeringen, getroffen (Aangepaste) Compensatieregeling. Reden voor deze beslissing was dat aan kosten minder was ingehouden dan het percentage van 2,45% dat volgens genoemde regeling was toegestaan.

(vii) Het bij brief van 8 november 2010 door Verzekeraar aan Belanghebbende verstrekte overzicht van de waardeontwikkeling van diens [naam I] houdt onder meer het volgende in:

“Hoeveel premie heeft u vanaf 01-01-1999 tot 8-11-2010 voor uw beleggingsverzekering betaald? € 17.043,40

Hiervan trekken wij het volgende af:

<i>Premies aanvullende dekkingen</i>	
Premies voor de overlijdensdekking	€ 51,07
<i>Kosten verzekeringsmaatschappij</i>	
Eerste kosten	€ 3.763,63
Poliskosten	227,37
Beheerloon	€ 0,00
Aan- en verkoopkosten	€ 0,00
 <i>Overige kosten</i>	
Kosten bemiddelaar of verzekeringsadviseur	+ € 3.114,82
 <i>Totaal</i>	 € 7.156,89

Subtotaal: totaal betaalde premies minus kosten	€ 9.886,51
Hoeveel heeft u vanaf 01-01-1999 tot 08-11-2010 verdiend op de beleggingen (resultaat)?	+€ 1.330,02
Saldo per 08-11-2010	€ 11.216,53”

(viii) Bij brief van 25 oktober 2011 heeft Verzekeraar Belanghebbende geattendeerd op de mogelijkheid om, in overleg met de in die brief genoemde assurantie-tussenpersoon, over te stappen van het [naam I] naar bankspaarproducten of vermogensopbouwverzekeringen, producten met lage en heldere kosten.

- 3.2.1 De Geschillencommissie heeft blijkens rov. 4.1 de stellingen van Belanghebbende aldus begrepen dat hij primair een - op waardeherstel door het “wegdenken” van productgebreken gerichte - vergoeding vordert voor het feitelijke nadeel dat hij heeft geleden als gevolg van tekortkomingen van Verzekeraar. Volgens de Geschillencommissie becijfert Belanghebbende de vergoeding (de gevorderde hoofdsom exclusief een vergoeding op grond van artikel 40.9 van het Reglement van € 5.000,-) op € 23.927,-. Subsidiair, aldus de Geschillencommissie, vordert Belanghebbende poliswaardeherstel, dat wil zeggen een uitkering waarbij ervan wordt uitgegaan dat Verzekeraar in 2008 zou zijn overgegaan tot een “product recall”, waarna het oorspronkelijke doelkapitaal op de einddatum zou zijn gegarandeerd, bij gelijkblijvende premie. De meer subsidiaire vordering strekte tot ontbinding van de beleggingsverzekeringsovereenkomst.
- 3.2.2 Naar het in rov. 5.4 neergelegde oordeel van de Geschillencommissie betreft het aan haar voorgelegde geschil in de kern de volgende vragen:
- heeft Belanghebbende bij het sluiten van de verzekering gedwaald omtrent het karakter van het [naam 1] en de wezenlijke kenmerken daarvan?
 - is Verzekeraar jegens Belanghebbende toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen dan wel heeft zij onrechtmatig jegens hem gehandeld door in het kader van de totstandkoming van de verzekering onvoldoende en onjuiste informatie te verstrekken over de kosten, met name de fondsbeheerkosten (TER) en de kosten van doorbeleggen in andere fondsen?
 - is Verzekeraar jegens Belanghebbende toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen dan wel heeft zij onrechtmatig jegens hem gehandeld door in het kader van de totstandkoming van de verzekering niet te waarschuwen dat de opgebouwde waarde door koersrisico, de kostenbedragen en de complexiteit lager zou kunnen uitvallen, zodat het door hem beoogde doel niet zou worden bereikt?
- 3.2.3 De Geschillencommissie heeft, na onder meer te hebben geoordeeld dat weliswaar niet aannemelijk is dat Belanghebbende geen offerte heeft ontvangen, dat echter voor risico van Verzekeraar komt dat die offerte niet meer beschikbaar is, dat niet bewezen is dat Belanghebbende de [naam 3] en [naam 4] heeft ontvangen en dat dit alles ertoe leidt dat slechts aan de hand van het certificaat kan worden onderzocht hoe de in rov. 5.4 vermelde vragen dienen te worden beantwoord, het beroep op dwaling verworpen (rov. 5.6 en 5.13). Verworpen werd ook de stelling dat Verzekeraar Belanghebbende ervoor had moeten waarschuwen dat de opgebouwde waarde door koersrisico, kostenbedragen en complexiteit lager zou kunnen uitvallen met als gevolg dat het door Belanghebbende beoogde doel niet zou worden bereikt (rov. 5.11- 5.11.2 en 5.13). Evenmin werd Belanghebbende gevolgd in zijn betoog dat Verzekeraar aansprakelijk is voor fouten van de assurantietussenpersoon, dat tussen hem en Verzekeraar sprake was van een beleggingsadviesrelatie en dat Verzekeraar had moeten zorgen voor een hersteladvies (rov. 5.12.1-5.12.3 en 5.13).

- 3.2.4 Naar het oordeel van de Geschillencommissie is Verzekeraar echter in de pre-contractuele fase wel jegens Belanghebbende tekortgeschoten door de informatie-verplichtingen uit hoofde van de Riav 1994 en de CRR 1998 niet geheel na te komen en geen, althans onvoldoende, informatie te verschaffen over de uit hoofde van het [naam I] in rekening te brengen kosten en de invloed daarvan op het te behalen resultaat. Dit is volgens de Geschillencommissie onrechtmatig (rov. 5.8-5.9.4 en 5.13.1). Verzekeraar dient, nu aannemelijk is dat oorzakelijk verband bestaat tussen de onvolledigheid of onjuistheid van de informatie en de beslissing van Belanghebbende om het [naam I] af te sluiten, de als gevolg van het onrechtmatig handelen door Belanghebbende geleden schade te vergoeden, en wel overeenkomstig de door haar in de Compensatieregeling gehanteerde methodiek, waarbij, inclusief TER, een maximum kostenpercentage van 1,5% zonder verdere opslag dient te worden gehanteerd (rov. 5.14.1-5.14.7).
(Bij brief van 16 augustus 2016 heeft Verzekeraar naar aanleiding van de bestreden beslissing aan Belanghebbende meegedeeld dat zij die vergoeding voor de periode van 1 januari 2012 tot en met 1 januari 2038 berekent op 27 jaarlijkse stortingen van € 222,29 en voor het verleden op € 1.640,73.)

4. Beoordeling van het principale en het incidentele beroep

- 4.1.1 Belanghebbende keert zich tegen de bestreden beslissing met een veertiental grieven. Hij heeft zijn vorderingen gewijzigd, wat de primaire vordering betreft: laatstelijk bij de mondelinge behandeling, en vordert thans:
- primair vergoeding van de door hem geleden vermogensschade, te begroten “door de situatie waarin hij ultimo 2016 is komen te verkeren te vergelijken met de situatie waarin forfaitair zou moeten worden uitgegaan van:
 - ongewijzigde bruto beschikbare premie (zoals aangepast in 2005)
 - nietigheid van alle [in de pleitnota] genoemde assurantie-technische & fondsbeheer-kostenbedingen en risicopremiebedingen;
 - een asset-allocatie afgestemd op het rationeel gewenste doelrendement van netto 9%, waarbij voor de periode 1999-2016 wordt uitgegaan van het gerealiseerde rendement als vermeld in het laatste waardeoverzicht per ultimo 2016 (te weten netto 7,39%, omdat immers moet worden aangenomen dat op de vermelde 6,89% ten onrechte een TER van 0,5% in mindering is gebracht).”
- Bij de mondelinge behandeling heeft Belanghebbende het in productie Z (schadestaat) bij het beroepschrift genoemde bedrag van de door hem gevorderde schade-vergoeding “geactualiseerd” en gesteld op € 21.730,-. Dit bedrag zou, evenals het geval is bij de subsidair, meer subsidair en nog meer subsidair gevorderde schade-vergoedingen, vermeerderd moeten worden met een extra schadeloosstelling als straf voor verstrekte valse informatie over de historische en feitelijk gerealiseerde rendementen;
- subsidair schadevergoeding waarbij ervan wordt uitgegaan dat “om dezelfde redenen de overeenkomst niet zou zijn tot stand gekomen, maar in de schadestaat-aanpak wordt uitgegaan van premierestitutie, vermeerderd met wettelijke rente per vervaldata”;

- meer subsidiair schadevergoeding waarbij wordt uitgegaan “van het verlenen van terugwerkende kracht tot aan de ingangsdatum van de overeenkomst aan de op enig moment door [Belanghebbende] op eigen initiatief getroffen schadebeperkende maatregelen binnen een verder ongewijzigd gebleven voortzetting van de overeenkomst dan wel de fiscaal geruisloze omzetting naar een product met een groter economisch nut”;

- nog meer subsidiair schadevergoeding waarbij ervan wordt uitgegaan dat Verzekeraar tijdig invulling heeft gegeven aan haar zorgplicht een tijdige herstelactie uit te voeren en daarbij genoemde schadebeperkende maatregelen binnen een verder ongewijzigd gebleven voortzetting van de overeenkomst dan wel de fiscaal geruisloze omzetting naar een product met een groter economisch nut heeft gefaciliteerd.

- 4.1.2 De grieven 1-8, waarin in - op zijn minst genomen - vaak ongemeen krasse bewoordingen (zoals “Je moet als GC maar zo’n bord voor je kop hebben om de door Consument aangeleverde procesdocumenten zo stelselmatig te negeren en ook nog eens de bestaande jurisprudentie van de Commissie van Beroep als neergelegd in Uitspraak CB 2010-011 met voeten [te] treden.” en “De GC laat zich daarbij kennelijk leiden door antipathieën jegens Consument en zijn gemachtigde.”) onder meer de deskundigheid en objectiviteit van de Geschillencommissie in twijfel worden getrokken, treffen geen doel. Het in deze grieven gestelde kan er namelijk, al aangenomen de juistheid daarvan, op zichzelf niet toe leiden dat de beslissing van de Geschillencommissie omtrent de door Verzekeraar te vergoeden schade niet in stand kan blijven. Belanghebbende heeft bij die grieven dus geen (processueel) belang. De grieven 9-14 hebben betrekking op onderscheidenlijk:
- de verwerping van het beroep op dwaling (grievens 9 en 10);
 - de, naar het oordeel van Belanghebbende tekortschietende, rechtsgevolgen die de Geschillencommissie heeft verbonden aan haar oordeel dat Verzekeraar niet op alle punten heeft gehandeld overeenkomstig hetgeen de Riav 1994 onderscheidenlijk CRR voorschrijft (grief 11);
 - de oordelen dat Verzekeraar niet aansprakelijk is voor fouten van de assurantie-tussenpersoon en dat tussen Belanghebbende en Verzekeraar geen sprake was van een beleggingsadviesrelatie, met de daarbij behorende effectentypische zorgverplichtingen (grief 12);
 - het oordeel dat Verzekeraar tijdig aan haar herstelplicht heeft voldaan (grief 13);
 - de omvang van de toegekende schadevergoeding (grief 14).
- 4.1.3 De in het verweerschrift van Verzekeraar te onderkennen, maar - bepaald minder navolgenswaardig - niet als zodanig aangeduide, incidentele grieven keren zich achtereenvolgens tegen:
- het oordeel dat Verzekeraar in de precontractuele fase tekortgeschoten is in haar informatieverplichtingen en derhalve jegens Belanghebbende onrechtmatig heeft gehandeld (hoofdstuk 4, in verband met hoofdstuk 3);
 - de oordelen dat oorzakelijk verband bestaat tussen de onvolledigheid of onjuistheid van informatie en de beslissing van Belanghebbende om voor het onderhavige [naam 1] te kiezen, dat er sprake is van schade, en dat geen grond bestaat voor het aannemen van eigen schuld aan de zijde van Belanghebbende (hoofdstuk 5);

- de verwerping van het beroep op verjaring en schending van de klachtplicht (hoofdstuk 7).

verjaring en klachtplicht

- 4.2.1 De desbetreffende incidentele grieven worden als eerste behandeld. Zouden deze niet inhoudelijke grieven doel treffen, dan zou dat immers zonder meer leiden tot de door Verzekeraar gevorderde afwijzing van alle door Belanghebbende ingestelde vorderingen.
- 4.2.2 Hetgeen Verzekeraar op het punt van verjaring en klachtplicht naar voren heeft gebracht, brengt de Commissie van Beroep echter niet tot andere beschouwingen en conclusies dan die van de Geschillencommissie. De hier aan de orde zijnde grieven falen derhalve.

Verzekeraar aansprakelijk voor fouten van assurantietussenpersoon?

- 4.3.1 Grief 12 bestrijdt onder meer het oordeel van de Geschillencommissie dat bij gebreke van voldoende toelichting niet kan worden aanvaard dat Verzekeraar aansprakelijk zou zijn voor de beweerdelijk onjuiste en/of onvolledige advisering dan wel informatievoorziening door de volgens haar onafhankelijke en zelfstandige assurantietussenpersoon ([naam 2]) die bij de totstandkoming van de beleggingsverzekering heeft bemiddeld en geadviseerd. Dat oordeel is onjuist omdat Verzekeraar en die tussenpersoon één en dezelfde zijn, aldus Belanghebbende.
- 4.3.2 De grief faalt in zoverre. Het enkele feit dat, zoals Verzekeraar onweersproken heeft gesteld, indertijd tussen Verzekeraar en de tussenpersoon een concernrelatie bestond (dat wil zeggen: dat zij tot dezelfde groep in de zin van artikel 2:24b van het Burgerlijk Wetboek (BW) behoorden) rechtvaardigt niet de gevolgtrekking dat zij inzake de aansprakelijkheid voor de advisering en informatievoorziening door laatstgenoemde te vereenzelvigen zijn; vereenzelviging van rechtspersonen wordt slechts bij (hoge) uitzondering aangenomen.

beleggingsadviesrelatie?

- 4.4.1 Voor het overige wordt met grief 12 opgekomen tegen het oordeel van de Geschillencommissie dat Belanghebbende zijn stellingen dat sprake zou zijn van een beleggingsadviesrelatie en de daarbij behorende effectentypische zorgverplichtingen tegenover de gemotiveerde betwisting door Verzekeraar onvoldoende heeft toegelicht, zodat deze worden verworpen. Volgens Belanghebbende rustte ook op Verzekeraar een “ken-uw-cliënt”-verplichting en had zij dus, ten laatste bij de polisafgifte, dienen te verifiëren of het [naam 1] voor hem wel passend was. Hij wijst daartoe op het arrest van de Hoge Raad van 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012 en vooral op het arrest van 11 mei 2010 van het Gerechtshof Leeuwarden ECLI:NL:GHLEE:2010:BM4257.

- 4.4.2 Als levensverzekeraar gold onder artikel 24 Bte (oud) voor Verzekeraar niet een “ken-uw-cliënt”-verplichting zoals deze thans ingevolge artikel 4:23 lid 1, aanhef en onder a, Wet op het financieel toezicht voor haar zou gelden indien zij Belanghebbende met betrekking tot het [naam 1] geadviseerd zou hebben. Dit laatste is echter niet het geval. Voor de stelling dat een dergelijke verplichting desondanks op Verzekeraar zou rusten, biedt genoemd arrest van de Hoge Raad, dat op wezenlijk andere kwesties (effectenlease betreffende) ziet dan hier aan de orde, geen steun. Anders ligt dat met het arrest van het Gerechtshof Leeuwarden, dat wel een beleggingsverzekering betreft. De Commissie van Beroep deelt echter niet de daarin tot uitdrukking gebrachte opvatting dat reeds indien een verzekeraar een product aanbiedt dat in hoofdzaak bestaat uit beleggingsactiviteiten voor rekening en risico van de cliënt, geen beletselen aanwezig zijn om te oordelen dat de normen zoals die voor andere effecteninstellingen in 1999 en 2000 golden materieel ook voor een levensverzekeraar van toepassing zijn (vgl. ook Commissie van Beroep 2010-011, rov. 4.4.2). Bijzondere omstandigheden die rechtvaardigen die normen in dit geval toch van toepassing te achten zijn niet gebleken. Grief 12 treft daarom ook voor het overige geen doel.

precontractuele informatievoorziening

- 4.5.1 Verzekeraar bestrijdt het oordeel van de Geschillencommissie dat zij in de precontractuele fase jegens Belanghebbende is tekortgeschoten door de informatieverplichtingen uit hoofde van de Riav 1994 en de CRR 1998 niet geheel na te komen en geen, althans onvoldoende informatie te verschaffen over de uit hoofde van het [naam 1] in rekening te brengen kosten en de invloed daarvan op het met deze beleggingsverzekering te behalen resultaat (oordeel A). Centraal in haar betoog staat de, door de Geschillencommissie verworpen maar wederom uitvoerig toegelichte, stelling dat aangenomen moet worden dat Belanghebbende het aanvraagformulier alsmede de [naam 3] (en overigens later ook de [naam 4]) wel heeft ontvangen. Daarbij richt Verzekeraar tevens haar pijlen op het oordeel van de Geschillencommissie dat het voor risico van Verzekeraar komt dat het door Belanghebbende ingevulde en ondertekende aanvraagformulier, de offerte alsmede de brochure “[naam 1]”, die - volgens Verzekeraar - destijds standaard met de offerte werd meegezonden en onder meer de volgens de Riav 1994 en de CRR 1998 verplichte precontractuele informatie bevatte, door Verzekeraar noch Belanghebbende konden worden overgelegd (oordeel B).
- 4.5.2 Het betoog van Verzekeraar inzake oordeel A komt er, samengevat, op neer dat geoordeeld moet worden hetzij dat Belanghebbende de AV heeft ontvangen hetzij dat Belanghebbende het aan zichzelf te wijten heeft dat hij die voorwaarden niet heeft ontvangen, in aanmerking genomen:
- a. dat Belanghebbende in de procedure voor de Geschillencommissie eerst in het met het oog op de mondelinge behandeling overgelegde stuk getiteld “Checklist Toetsingskader beleggingsverzekeringen toegepast op dossier [nummer]” betwistte dat hij de offerte (met brochure), de [naam 3] en de [naam 4] ontvangen had;

- b. dat het, zoals de Geschillencommissie ook heeft geoordeeld, gezien eerdere uitlatingen van Belanghebbende in de schriftelijke fase onaannemelijk is dat hij de offerte niet heeft ontvangen;
- c. dat, nu Belanghebbende destijds het aanvraagformulier heeft ingevuld en ondertekend en zonder aanvraagformulier geen certificaat door haar werd verzonden, de toezending van het certificaat niet alleen impliceert dat het aanvraagformulier door haar is ontvangen, maar ook - gegeven het feit dat sprake was van een geautomatiseerd proces - dat met het certificaat tevens de [naam 3] zijn toegezonden;
- d. dat, ingeval toch zou moeten worden aangenomen dat de [naam 3] niet zijn toegezonden, Belanghebbende niet kan zijn ontgaan dat zowel in het aanvraagformulier als in het certificaat melding werd gemaakt van de toepasselijkheid van algemene voorwaarden, en dat de hem in verband met een verzekering waarvoor hij gedurende 40 jaar f. 250,- per maand zou gaan betalen wél verstrekte informatie op wezenlijke punten (de betekenis van de in het certificaat gebruikte termen “het spaartegoed” en “de betalingen”) incompleet was, hetgeen hem ertoe had moeten brengen navraag te doen.

- 4.5.3 Verzekeraar stelt wat oordeel A betreft in de eerste plaats in wezen niet alleen de, volgens haar bevestigend te beantwoorden, vraag aan de orde of zij in het door de Geschillencommissie verlangde bewijs is geslaagd. Daar waar zij wijst op de aanvankelijke stellingname van Belanghebbende bij de Geschillencommissie enerzijds en anderzijds, uitgaande van diens huidige stellingname, op de ongerijmdheid van het sluiten van een verzekering als de onderhavige zonder *precies* te weten wat bedoeld wordt met de termen “het spaartegoed” en “de betalingen”- stelt zij mede ter discussie of de betwisting van de ontvangst wel geloofwaardig is. Zou het antwoord op deze laatste vraag ontkennend luiden dan zou er geen grond bestaan om, zoals de Geschillencommissie heeft gedaan, Verzekeraar overeenkomstig de in het arrest van de Hoge Raad ECLI:NL:HR:2004:AO5122 neergelegde regel te belasten met het bewijs van de ontvangst van de [naam 3]; in dat geval zou zonder bewijslevering als vast staand kunnen worden aangenomen dat Belanghebbende de [naam 3] destijds wel heeft ontvangen. Echter, hoewel de betwisting om de hiervoor genoemde redenen (aanvankelijke stellingname en ongerijmdheid) aanmerkelijke twijfel oproept, kan deze niet als ongeloofwaardig worden bestempeld. Daaraan staat met name in de weg dat niets erop wijst dat met de brief van 20 januari 1999, waarmee het certificaat aan Belanghebbende is toegezonden, tevens, zoals Verzekeraar stelt, de [naam 3] aan hem zijn toegezonden. De Commissie van Beroep deelt zowel het oordeel van de Geschillencommissie dat Verzekeraar niet is geslaagd in het van haar verlangde bewijs alsook de gronden waarop dit berust. Anders dan Verzekeraar ten aanzien van de ontvangst van de [naam 3] ten slotte nog heeft aangevoerd, bestaat in dit geval geen grond voor het maken van een uitzondering op de regel dat van een verzekeringnemer niet kan worden verlangd dat hij op straffe van het verval van zijn recht om zich erop te beroepen dat de

verzekeraar in gebreke is gebleven met het verschaffen van informatie die deze uit eigen beweging diende te verstrekken, navraag doet naar informatie die de verzekeraar niet heeft verstrekt.

- 4.5.4 Ook oordeel B wordt tevergeefs door Verzekeraar bestreden. Zij is de partij die zich beroept op de inhoud van de offerte (met brochure) en het aanvraagformulier. Gevolg daarvan is dat zij, nu zich hier niet het geval voordoet dat de wederpartij verklaart geen afschrift te verlangen (artikel 85 lid 1, tweede volzin, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering), een afschrift van die stukken dient over te leggen. Dat zij daartoe niet in staat is gebleken komt, zoals de Geschillencommissie terecht heeft geoordeeld, voor haar risico.
- 4.5.5 Het in 4.5.1- 4.5.4 overwogene leidt ertoe dat het oordeel van de Geschillencommissie in rov. 5.13.1, dat Verzekeraar in de precontractuele fase jegens Belanghebbende is tekortgeschoten door haar informatieverplichtingen uit hoofde van de Riav 1994 en de CRR 1998 niet geheel na te komen en onvoldoende informatie te verschaffen over de uit hoofde van het [naam 1] in rekening te brengen kosten en de invloed daarvan op het met die beleggingsverzekering te behalen resultaat, in stand blijft. Hetzelfde geldt voor het oordeel dat die tekortkomingen onrechtmatig zijn, alsmede voor het oordeel dat alleen aan de hand van het certificaat kan worden onderzocht hoe de in rov. 5.4 door de Geschillencommissie geformuleerde vragen dienen te worden beantwoord.

dwaling

- 4.6.1 Met grief 9 keert Belanghebbende zich tegen de verwerping van het door hem gedane beroep op dwaling. Grief 10 strekt ertoe dat bij de beoordeling van grief 9 mede de door de Geschillencommissie buiten beschouwing gelaten implicaties van de in het [naam 1] gebezigde UVL-methodiek in aanmerking genomen dienen te worden. Nu de Geschillencommissie niet aan de behandeling van die implicaties is toegekomen “is uiteraard sprake van een zodanig ernstig motiveringsgebrek dat dit een zelfstandige grond oplevert voor dwaling”, aldus de op grief 10 gegeven toelichting. Daarin wordt voorts ook nog opgekomen tegen het oordeel dat op Verzekeraar geen zelfstandige waarschuwingsplicht rustte ten aanzien van de mogelijkheid dat de met het [naam 1] opgebouwde waarde lager zou kunnen uitvallen dan Belanghebbende beoogde.
- 4.6.2 De in 4.6.1 genoemde bezwaren treffen geen doel. Ook indien de door Belanghebbende bedoelde implicaties worden betrokken bij de beoordeling van het beroep op dwaling, is de uitkomst daarvan geen andere dan die waartoe de Geschillencommissie is gekomen. De Commissie van Beroep wijst daarnaast ten overvloede nog op het volgende. Belanghebbende heeft de beleggingsverzekeringsovereenkomst niet buitengerechtelijk vernietigd op grond van dwaling en ook het in deze procedure gedane beroep op dwaling strekt niet tot vernietiging. Hij noemt wel de in artikel 6:230 lid 2 BW aan de rechter gegeven bevoegdheid om op verlangen van een der partijen in plaats van vernietiging de gevolgen van de overeenkomst te wijzigen, maar een op dit laatste

gerichte vordering ontbreekt: “Voor de grondslag van de primaire vordering dient [...] aansluiting gezocht te worden bij artikel 6:230 lid 2 BW”, aldus immers Belanghebbende (Beoordelingskader Beleggingsverzekeringen par. 2.5.6). Hij vordert, ook primair, slechts schadevergoeding, met dien verstande dat deze, kennelijk afgezien van de in alle gevallen gevorderde schadeloosstelling bij wijze van “extra straf”, in haar primaire, subsidiaire, meer subsidiaire en nog meer subsidiaire vorm steeds op uiteenlopende wijze berekend zou moeten worden. Van enige vordering tot schadevergoeding die ertoe strekt dat naast schade als gevolg van de hiervoor in 4.5.5 vastgestelde tekortkomingen ook daarvan te onderscheiden schade als gevolg van aan de schuld van Verzekeraar te wijten dwaling vergoed zou moeten worden, blijkt evenwel - ondanks hetgeen Belanghebbende daaromtrent bij de mondelinge behandeling wellicht heeft bedoeld te stellen - niet. Belanghebbende heeft daarom bij zijn beroep op dwaling geen belang.

Het bezwaar, ten slotte, dat Belanghebbende opwerpt tegen het oordeel van de Geschillencommissie inzake de in de laatste zin van 4.6.1 genoemde waarschuwingsplicht miskent dat voor het aannemen van een zodanige plicht geen grond bestaat indien, zoals hier het geval is, geen sprake is van een specifiek beleggingsdoel zoals aflossing van een hypothecaire lening en bij de totstandkoming van de overeenkomst is geadviseerd door een zelfstandige tussenpersoon.

herstelplicht

- 4.7.1 Grief 13 is gericht tegen het oordeel van de Geschillencommissie dat Verzekeraar met haar hiervoor in 3.1 (viii) genoemde brief van 25 oktober 2011 heeft voldaan aan haar verplichting om Belanghebbende te informeren over de mogelijkheden tot aanpassing dan wel omzetting van zijn [naam I] teneinde het oorspronkelijk door hem beoogde doel alsnog te bereiken. Volgens Belanghebbende deugde bedoelde brief van geen kant, niet alleen omdat daarin werd verzuimd het ernstigste productgebrek - door Belanghebbende aangeduid als “hoog sterftewinstrisico” - met een losse overlijdensrisicodekking te ondervangen, maar ook omdat voor de te maken advieskosten slechts een vergoeding van € 125,- in het vooruitzicht werd gesteld.
- 4.7.2 Ook deze grief faalt. Met de brief van 25 oktober 2011 heeft Verzekeraar in voldoende mate uitvoering gegeven aan de met ingang van 18 juli 2015 op levensverzekeraars rustende (inspannings)verplichting tot - in de terminologie van de Nota van toelichting bij het hierna te noemen besluit - “activering” van cliënten met een levensverzekering die een beleggingscomponent bevat en voor 1 januari 2013 is afgesloten (artikel 81b Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft, Stb. 2015,295). Zoals in het voorgaande besloten ligt, is - anders dan Belanghebbende meent - van een brief waarmee ten onrechte na de invoering in 2007 van de Wet op het financieel toezicht “nog meer dan 4 jaar is gewacht” geen sprake.

schade en oorzakelijk verband

- 4.8.1 Volgens de Geschillencommissie kon niet meer met zekerheid worden vastgesteld in welke vermogenspositie Belanghebbende veronderstellenderwijs zou hebben verkeerd indien de aan Verzekeraar te verwijten tekortkomingen op het punt van informatieverstrekking achterwege waren gebleven. Aangezien, volgens haar, daarom concrete vaststelling van de te vergoeden schade niet mogelijk was, heeft zij vervolgens overwogen dat het aankwam op een met inachtneming van alle relevante factoren en gezichtspunten vast te stellen abstracte begroting van de schade. Zij oordeelde dat de door Belanghebbende geleden schade is gelegen in het feit dat het met het onderhavige [naam I] te behalen resultaat wordt beperkt door de omvang van de in rekening gebrachte kosten, en dat de aard van deze schade meebrengt dat deze moest worden begroot op het verschil tussen het feitelijke resultaat en het fictieve resultaat bij de berekening waarvan inclusief TER een maximum kostenpercentage van 1,5% zonder verdere opslagen in aanmerking wordt genomen.
- 4.8.2 Volgens Belanghebbende (grief 14) heeft de Geschillencommissie de door Verzekeraar verschuldigde schadevergoeding te laag vastgesteld door te beslissen dat Verzekeraar gehouden is tot het vergoeden van schade overeenkomstig de door haar in de compensatieregeling gehanteerde methodiek, waarbij, inclusief TER, een maximum kostenpercentage van 1,5% zonder verdere opslagen zal worden gehanteerd. In zijn beroepschrift (par. 4 Gevraagde Beslissing) moet bij het vaststellen van de vergoeding als vertrekpunt gelden dat zijn spaardoel bestond uit een nog niet geheel scherp omljnd plan om “vrij” vermogen op te bouwen voor het geval hij op een later tijdstip een woning wenste te financieren en dat hij niet uit was op een hoge overlijdensrisicodekking. “In die omstandigheden had ook een beleggingsvariant (bancaire beleggersrekening) op basis van een deugdelijke fondsmix voor de hand gelegen, bijvoorbeeld op basis van index-beleggen”, aldus Belanghebbende. Gelet op zijn hiervoor in 4.1.1 vermelde primaire vordering lijkt hij dit laatste standpunt prijs te geven, maar geheel duidelijk is dat niet.

(Terzijde: naar aanleiding van enkele passages in het beroepschrift waarin van het tegendeel wordt uitgegaan wijst de Commissie van Beroep erop - teneinde daarover verder geen onduidelijkheid te laten bestaan - dat het Nederlands recht niet de mogelijkheid kent van een extra schadevergoeding bij wijze van extra straf en dat de toepasselijke reglementen niet voorzien in toekenning van een bij staat op te maken schadevergoeding.)

Verzekeraar van haar kant bestrijdt zowel het oordeel van de Geschillencommissie dat moet worden aangenomen dat oorzakelijk verband bestaat tussen de onvolledigheid of onjuistheid van de informatie en de beslissing van Belanghebbende om het [naam I] in deze vorm aan te gaan alsook haar oordeel dat Belanghebbende schade heeft geleden en dat de hem daarvoor toekomende vergoeding moet worden berekend zoals in de bestreden uitspraak onder **Beslissing** is vermeld. Verzekeraar acht het, wat betreft de vraag of sprake is van schade, onaannemelijk dat Belanghebbende, indien hij destijds wel volledig zou zijn geïnformeerd, voor een

ander product dan een beleggingsverzekering zou hebben gekozen. En zelfs als wel van dit laatste moet worden uitgegaan, volgt daaruit nog niet dat hij enige schade heeft geleden. Gezien zijn wil om te beleggen en een bepaalde uitkering bij overlijden zeker te stellen, zou bij de schadeberekening rekening gehouden moeten worden met het feit dat hoe dan ook kosten en risicopremies verbonden zijn aan het (fictief) door hem gekozen beleggingsproduct.

- 4.8.3 Dat niet meer met zekerheid kan worden vastgesteld in welke vermogenspositie Belanghebbende zou hebben verkeerd indien de tekortkomingen inzake de informatieverstrekking achterwege waren gebleven, vormt, anders dan de Geschillencommissie heeft aangenomen, geen verhindering voor een concrete vaststelling van de omvang van de te vergoeden schade aan de hand van een vergelijking van de huidige vermogenspositie van Belanghebbende en die waarin hij zich, naar veronderstellenderwijs mag worden aangenomen, zou hebben bevonden als bedoelde tekortkomingen achterwege waren gebleven. “Met zekerheid” is hier een te strenge maatstaf.
- 4.8.4 Belanghebbende heeft destijds, met het oog op vermogensvorming, gekozen voor beleggen, met alle risico’s van dien, maar hij wilde daarbij tevens zekerstellen dat, ingeval hij vóór de in de verre toekomst gelegen expiratedatum zou komen te overlijden, een bedrag ter grootte van zijn totale “inleg” tot uitkering zou komen. Bij dat uitgangspunt is niet aannemelijk dat hij, als hij op de hoogte zou zijn geweest van, kort gezegd, de aan het [naam I] verbonden kosten en de invloed daarvan op het resultaat, zijn keuze zou hebben bepaald op een totaal andere wijze van beleggen of een spaarrekening. Aan dit oordeel heeft, naast de door de Geschillencommissie in haar rov. 5.14.3 genoemde destijds breed gedragen verwachting omtrent met beleggingen, zeker op de langere termijn, te behalen resultaten, ook bijgedragen de fiscale behandeling die beleggingsverzekeringen ten deel kon vallen. Bij de in verband met de begroting van de schade te maken vergelijking mag er van worden uitgegaan dat Belanghebbende in plaats van het [naam I] destijds zou hebben gekozen voor een ander type beleggingsverzekering dan wel een vorm van fondsbeleggen met een losse overlijdensrisicoverzekering die eenzelfde dekking bood. Dat in dat geval, bij eenzelfde maandelijkse betalingsverplichting als verbonden aan het [naam I], sprake zou zijn geweest van een geringer kostenpercentage is echter door Belanghebbende niet gesteld en is, in aanmerking genomen dat de door Verzekeraar in rekening gebrachte kosten relatief beperkt zijn, ook niet aannemelijk. Van voor vergoeding in aanmerking komende schade is daarom geen sprake.
- 4.8.5 De overige stellingen van partijen kunnen niet leiden tot andere beslissingen en behoeven daarom geen bespreking.

5. Slotsom

Het principale beroep faalt. Het incidentele beroep treft doel, met als gevolg dat de vorderingen van Belanghebbende alsnog moeten worden afgewezen.

6. Beslissing

De Commissie van Beroep

in het principale beroep: verwerpt het beroep;

in het incidentele beroep: stelt de volgende beslissing in plaats van de bestreden beslissing van de Geschillencommissie: wijst de vorderingen van Belanghebbende af.