

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2016-311 d.d.

11 juli 2016

(mr. A.W.H. Vink, voorzitter, drs. W. Dullemond en drs. L.B. Lauwaars, leden en mr. E.E. Ribbers, secretaries)

Samenvatting

Spaarkas op beleggingsbasis. ABC Spaarplan. Consument stelt geen offerte en toepasselijke voorwaarden te hebben ontvangen. Hij is daarom onder meer niet geïnformeerd over de kosten. Aangeslotene kan geen offerte en aanvraagformulier overleggen. De Commissie stelt vast dat Aangeslotene niet slaagt in het bewijs dat de toepasselijke voorwaarden door Consument zijn ontvangen. Consument is in de gegeven omstandigheden in de precontractuele fase onder meer niet over de kosten geïnformeerd. Aangeslotene wordt gehouden tot schadevergoeding.

Consument,

en

ASR Levensverzekering N.V, gevestigd te Utrecht, hierna te noemen:
Aangeslotene,

I. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar Reglement en op basis van de volgende stukken:

- het door de Ombudsman Financiële Dienstverlening overgelegde dossier;
- het e-mailbericht van 22 april 2013 van Consument met bijlagen waaronder het op 22 april 2013 door Consument ondertekende vragenformulier;
- de brief van 10 augustus 2013 van Consument met bijlagen;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consumenten met bijlagen;
- de dupliek van Aangeslotene;
- het e-mailbericht van 5 november 2014 van Aangeslotene met bijlagen;
- de “Pleitaantekeningen hoorzitting 12 november 2014 zaak [nummer]” namens Consument met daarin een door Consument respectievelijk diens gemachtigde ook reeds op 9 november 2014 toegezonden stuk getiteld: “Over de procesorde hoorzitting 12 november 2014”;
- de “Pleitaantekeningen mondelinge behandeling” van de gemachtigde van Aangeslotene;

Op 27 oktober 2014 heeft de Commissie een e-mailbericht van Consument ontvangen met daarbij onder meer gevoegd een “Proloog – Gemeenschappelijke klachtgronden woekerpolissen”, een checklist, berekeningen en overzichten en een vermeerdering van eis. Bij faxbericht van 7 november 2014 heeft Aangeslotene de Commissie geschreven bezwaar te maken tegen deze stukken.

Ter zitting op 12 november 2014 heeft de Commissie besloten dat deze stukken, mede gelet op hun aard en omvang, te laat zijn ingediend en dat zij daarom, wegens strijd met een goede procesorde, bij de beoordeling van de klacht buiten beschouwing worden gelaten.

Consument en Aangeslotene zijn na de zitting in de gelegenheid gesteld te reageren op het arrest van het Europese Hof van Justitie van 29 april 2015 (C-51/13, ECLI:EU:C:2015:286, hierna te noemen: “uitspraak HvJ”) en twee uitspraken van de Commissie van Beroep van 12 februari 2015 (nummers 2015, 003 en 2015, 004, hierna te noemen: “uitspraken CvB”). De Commissie heeft hierna nog de volgende stukken van partijen ontvangen:

- het e-mailbericht van 29 juli 2015 van Consument met bijlagen;
- het door Consument op 29 juli 2015 ingevulde Informatieformulier beleggingsverzekeringen;
- de brief van 9 november 2015 namens Aangeslotene;
- het e-mailbericht van 21 januari 2016 van Consument met bijlagen;
- de brief van 4 februari 2016 namens Aangeslotene met bijlagen;

In de brief van 9 november 2015 namens Aangeslotene wordt bezwaar gemaakt tegen het e-mailbericht van 29 juli 2015 van Consument omdat daarin niet alleen wordt gereageerd op de uitspraak HvJ en de uitspraken CvB maar volgens Aangeslotene ook de oorspronkelijke klacht wordt uitgebreid en nieuwe stellingen worden aangevoerd. Naar aanleiding van dit bezwaar heeft de Commissie bij brief van 3 december 2015 Consument geschreven het bezwaar van Aangeslotene gegrond te vinden en het e-mailbericht van 29 juli 2015 te weigeren. Consument werd de gelegenheid gegeven om binnen 14 dagen een nieuwe akte in te dienen waarin hij zich zou beperken tot een reactie op de uitspraak HvJ en de uitspraken CvB. Deze termijn is na een uitstelverzoek namens Consument verlengd tot 31 december 2015. Een verzoek tot verder uitstel is door de Commissie geweigerd. Na het uitblijven van een tijdig ingediende nieuwe akte heeft de Commissie bij brief van 7 januari 2016 Consument geschreven dat de procedure wordt voortgezet zonder aanvullende reactie van Consument.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.

Tussenkost van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid. Beide partijen zullen het advies van de Commissie als bindend aanvaarden.

Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 12 november 2014 en zijn aldaar verschenen

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

3.1 Door de advisering en bemiddeling van een assurantietussenpersoon (“ATP”) heeft Consument met ingang van 1 januari 1999 bij (een rechtsvoorganger van) Aangeslotene op zijn leven een spaarkasovereenkomst (hierna: de “Spaarkas”) op beleggingsbasis (ABC Spaarplan) met overlijdensrisicodekking afgesloten. Consument trad tevens op als verzekerde. Ter zake van de Spaarkasovereenkomst is door Aangeslotene bij brief van 20 januari 1999 een certificaat aan Consument afgegeven. De einddatum is 1 januari 2039. Bij in leven zijn van de verzekerde op de einddatum wordt volgens het certificaat het spaartegoed uitgekeerd. De maandpremie bedroeg bij aanvang € 113,45 (HFL. 250,-), vanaf januari 2005 € 125,00. De verzekerde uitkering bij overlijden van de verzekerde voor de expiratiedatum bestaat uit de som van de betalingen.

3.2 In het op 18 januari 1999 gedateerde certificaat staat onder meer het volgende:

“(....)

Uitkering bij leven: De uitkering bij in leven zijn van de verzekerde op de einddatum is gelijk aan het spaartegoed.
De uitkering bij leven bedraagt bij een voorbeeldpercentage van 9,0%: f 753.100,00

(....)

Voorwaarden: Van toepassing zijn de algemene voorwaarden serie 201.

(....)”

Het certificaat bevat geen bepalingen over uit hoofde van de Spaarkas in rekening te brengen kosten. In de brief van 20 januari 1999 waarmee Aangeslotene het certificaat aan Consument toezendt staat onder meer het volgende:

“(....)

Onderwerp: AMEV Belegg. Certificaat

(....)

Hierbij ontvangt u het beleggingscertificaat van uw contract met het administratienummer [volgt nummer].

(....)”

3.3 Uit de bij aanvang op de Spaarkas toepasselijke algemene voorwaarden serie 201 (“AV 201”) blijkt dat onder meer overlijdensrisicopremie (artikel 7.1), gedurende eerste vijf jaar administratiekosten (artikel 9.1), en doorlopende kosten van beheer van beleggingen en kosten van beheer van de verzekering (artikel 9.2 onder a en b) in rekening worden gebracht. Uit artikel 9.2 blijkt dat de kosten voor het beheer van beleggingen per maand 0.0416% van het spaartegoed bedragen. De kosten van beheer voor de verzekering bedragen per maand €1,59 vermeerderd met een van de looptijd afhankelijk percentage van de betaling. Onder betaling wordt verstaan het bedrag dat voor het certificaat wordt betaald, inclusief opslagen voor eventueel meeverzekerde aanvullende dekkingen. Uit artikel 12.1 AV 201 blijkt dat Aangeslotene het recht heeft na ieder tijdvak van vijf jaar de hoogte van de overlijdensrisicopremie en de kostenvergoedingen aan te passen.

- 3.4 Het terzake van de wijziging van de maandpremie in januari 2005 verstrekte nieuwe certificaat bevat geen bepalingen over uit hoofde van de Spaarkas in rekening te brengen kosten. Het certificaat bepaalt dat de algemene voorwaarden serie 204 toepasselijk zijn. In de brief van 11 januari 2005 waarmee Aangeslotene het certificaat aan Consument toezendt staat onder meer het volgende:
“(....)
Onderwerp: Mutatie
(....)
Op uw verzoek is uw verzekering onder [volgt nummer] gewijzigd. Wij hebben de wijziging in de dekking aangebracht. Hierbij ontvangt u het wijzigingsblad 01 waarop de wijziging is aangetekend.
(....)”
- 3.5 Uit de vanaf januari 2005 op de Spaarkas toepasselijke algemene voorwaarden serie 204 (“AV 204”) blijkt dat onder meer overlijdensrisicopremie (artikelen 7.1 en 9.1), in de eerste tien jaar kosten gemaakt in verband met de totstandkoming van de verzekering en bij een verhoging van de premie (artikel 9.1), doorlopende kosten van beheer van beleggingen (artikel 9 lid 2) en doorlopende kosten van beheer van de verzekering ter hoogte van €1,60 per maand (artikel 9.3) in rekening worden gebracht. De hoogte van de doorlopende kosten van beheer van beleggingen is afhankelijk van het gekozen fonds. Uit artikel 11.1 AV 204 blijkt dat Aangeslotene het recht heeft na ieder tijdvak van vijf jaar de hoogte van de overlijdensrisicopremie en de kostenvergoedingen aan te passen.
- 3.6 Bij brieven van 24 september 2010 en juni 2011 heeft Aangeslotene Consument geschreven dat de Spaarkas niet in aanmerking kwam voor een vergoeding uit hoofde van de compensatieregeling.
- 3.7 In een brief van 8 november 2010 geeft Aangeslotene Consument het volgende overzicht over de waardeontwikkeling van de Spaarkas per 8 november 2010:
“Hoeveel premie heeft u betaald? Hoeveel kosten hebben wij van uw premie afgetrokken? Hoeveel heeft u verdiend op de beleggingen (resultaat)? Wat is nu de waarde van de beleggingen? De antwoorden op deze vragen staan in onderstaande tabel.
Hoeveel premie heeft u vanaf 01-01-1999 tot €17.043,40
08-11-2010 voor uw beleggingsverzekering betaald?

Hiervan trekken wij het volgende af:

Premies aanvullende dekkingen

Premies voor de overlijdensdekking	€	51,07
------------------------------------	---	-------

Kosten verzekeringsmaatschappij

Eerste kosten	€	3.763,63
Poliskosten	€	227,37
Beheerloon	€	0,00
Aan- en verkoopkosten	€	0,00

Overige kosten

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)?	+€ <u>1.330,02</u>
Saldo per 08-11-2010	€ 11.216,53”

3.8 In een brief van 25 oktober 2011 schrijft Aangeslotene Consument onder meer het volgende:

“U hebt een beleggingsverzekering bij ASR Verzekeringen. Wij kunnen ons voorstellen dat u, ondanks de Compensatieregeling, het gevoel hebt dat u met uw huidige verzekering niet meer het doel kunt bereiken dat u ooit voor ogen had.

Wat zijn uw mogelijkheden?

U kunt uiteraard uw huidige verzekering gewoon voortzetten. Maar u kunt ook overstappen naar bankspaarproducten of vermogensopbouwverzekeringen. Dit zijn producten met lage en heldere kosten. Bij een overstap, waarvoor wij geen kosten berekenen, behoudt u vanzelfsprekend uw volledige opgebouwde waarde van uw verzekering. (...)

U heeft de keuze uit [volgt opsomming van drie alternatieve producten, GC]

(...)

Deze nieuwe producten zijn anders dan uw huidige beleggingsverzekering. Wij bieden u daarom aan met uw adviseur van [naam tussenpersoon] in gesprek te gaan om deze en andere mogelijkheden te bespreken. Indien u hiervoor kiest, ontvangt uw adviseur van ASR een bijdrage van €125,- in verband met de kosten voor dit advies.

(...)”

4. De vordering en grondslagen

4.1 Consument vordert primair dat Aangeslotene gehouden wordt tot vergoeding van het feitelijke nadeel dat hij heeft geleden als gevolg van tekortkomingen van Aangeslotene. Volgens Consument is zijn primaire vordering gericht op waardeherstel door het “wegdenken” van de productgebreken. Consument becijfert de te vergoeden schade op een bedrag van € 28.927,-. Hierin is begrepen een vergoeding op grond van artikel 40.9 Reglement ter grootte van € 5.000,-. Subsidiair vordert Consument poliswaardeherstel, dat wil zeggen een uitkering op basis van de aanname dat Aangeslotene in 2008 zou zijn overgegaan tot een ‘product recall’ waarna het oorspronkelijke doelkapitaal op einddatum zou zijn gegarandeerd bij gelijkblijvende premie. Meer subsidiair vordert Consument ontbinding van de spaarkasovereenkomst. Aangeslotene dient tevens gehouden te worden tot vergoeding van de door Consument betaalde bijdrage voor het voeren van de procedure bij de Commissie.

4.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen:

a. Consument is in de precontractuele fase door Aangeslotene misleid en heeft de Spaarkas onder de invloed van dwaling gesloten. Er is sprake van product inherente gebreken bij de Spaarkas. Essentiële eigenschappen van de Spaarkas zijn onjuist voorgesteld dan wel verzwegen. Bij volledige en correcte informatie over de te sluiten spaarkasovereenkomst was Consument niet daartoe overgegaan.

b. Aangeslotene is jegens Consument toerekenbaar tekortgeschoten in haar zorgplicht c.q. heeft onrechtmatig jegens Consument gehandeld door in het kader van de totstandkoming van de Spaarkas en ook daarna onvolledige en onjuiste informatie over het karakter van de Spaarkas te verstrekken, met name over de kosten en de premie en de beleggingstechnische implicaties daarvan en het gevolg voor de te bereiken einduitkering. In dit kader voert Consument het volgende aan:

- Consument heeft tijdig aan zijn klachtplicht voldaan. De tekortkomingen van Aangeslotene en de productgebreken zijn hem in 2012 helemaal duidelijk geworden nadat de Spaarkas na ontvangst van een brief van 16 mei 2012 van Aangeslotene over de compensatie is onderzocht door een deskundige. Vervolgens heeft Consument bij brief van 8 oktober 2012 bij Aangeslotene geklaagd. Ook heeft Consument al in 2009 voor de zekerheid een stuitingsbrief gedateerd 8 mei 2009 gestuurd. Hierdoor kan ook van verjaring geen sprake zijn. Volgens Consument is sprake van een uiterst complex financieel product met een gewiekste constructie met de beleggingstechnische implicaties van de risicopremie- en kostenstructuur;
- Aangeslotene had Consument moeten waarschuwen dat de opgebouwde waarde door koersrisico, de kostenbedragen en de complexiteit lager zou kunnen uitvallen zodat het door Consument beoogde doel niet zou worden bereikt;
- de verantwoordelijkheid van Aangeslotene voor naleving van toepasselijke informatieverplichtingen wordt niet weggenomen door de omstandigheid dat bij de totstandkoming van de Spaarkas een ATP betrokken is geweest. Hiernaast is Aangeslotene geheel verantwoordelijk voor de fouten die de ATP bij zijn advisering heeft gemaakt;
- Aangeslotene had in de precontractuele fase duidelijke en begrijpelijke informatie over het product moeten verschaffen. Indirecte transparantie is onvoldoende. Aan de Regeling informatieverstrekking aan verzekeringnemers 1994 (“Riav 1994”) en de Code Rendement en Risico 1998 (“CRR 1998”) is niet voldaan;
- Consument heeft de toepasselijke voorwaarden nooit ontvangen, ook is nimmer een offerte uitgebracht. Na kennisneming van de door Aangeslotene op verzoek van de Commissie toegezonden voorwaarden stelt Consument dat deze voorwaarden een nominale aanduiding van de kosten en risicopremie ontberen zodat daarover geen wilsovereenstemming bestaat. Ook een risicopremietabel ontbreekt. Verder bieden deze voorwaarden geen grondslag voor het in rekening brengen van de TER en het 2x in rekening brengen van fondskosten bij het doorbeleggen van het ene fonds in het andere. Door het in rekening brengen van deze kosten blijven de prestaties van het ABC Fonds aanzienlijk achter bij de prestaties van vergelijkbare mixfondsen;
- in de eerste vijf jaar heeft Consument geen jaarwaardeoverzicht ontvangen en heeft hij nimmer inzicht kunnen krijgen in de hoogte van de kosten;
- op Aangeslotene rust een bijzondere zorgplicht omdat tussen partijen een beleggingsadviesrelatie bestaat. Aangeslotene heeft nagelaten de risicobereidheid en beleggingskennis/ervaring van Consument te verifiëren en had Consument ook verliesscenario’s moeten voorleggen en hem moeten

informereren over fondskarakteristieken zodat hij niet lichtvaardig voor risicovolle beleggingen zou kiezen. Het risicoprofiel van Consument is defensief maar door de nalatigheid van Aangeslotene bleek hij door het ABC Fonds een mix van fondsen te hebben die als offensief gekwalificeerd kunnen worden;

- de compensatieregeling van Aangeslotene is onvoldoende, evenals de Aanbeveling van 4 maart 2008 (de “Aanbeveling”) van de Ombudsman Financiële Dienstverlening (de “Ombudsman”). Consument wijst erop dat hij geen partij was bij de totstandkoming en dat de aan de compensatieregeling ten grondslag liggende akkoorden evenals de Aanbeveling niet beschouwd mogen worden als geschillenbeslechting;
- tijdens de looptijd van de Verzekeringen heeft Aangeslotene nagelaten het product aan te passen (“product recall”). Ook hierdoor heeft zij haar zorgplicht geschonden.

- 4.3 Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd:
- a. Consument heeft niet tijdig geklaagd in de zin van artikel 6:89 Burgerlijk Wetboek (“BW”) en dient daarom niet-ontvankelijk te worden verklaard. Consument is bij aanvang volledig op de hoogte gesteld van alle relevante informatie inclusief de risico’s. Als Consument al niet geacht kan worden sinds 1999 op de hoogte te zijn van de kenmerken en de eventuele gebreken van de Spaarkas, dan is dat zeker het geval vanaf 2005 toen hij jaarlijks financiële overzichten van de Spaarkas ontving. Hiernaast stelt Aangeslotene dat de vordering die Consument op dwaling baseert, is verjaard. Aangeslotene beroept zich hier op artikel 3:52 onder c BW. Deze vordering is drie jaar na ontvangst van het eerste waardeoverzicht conform de modellen De Ruiter verjaard.
 - b. Volgens Aangeslotene volgt uit de uitspraak HvJ dat de nationale rechter en de Commissie in voorkomend geval dienen te bepalen (i) wat de rechtsgrondslag is van de ingeroepen informatieplicht tot het verstrekken van aanvullende informatie, (ii) of de gestelde rechtsgrondslag past binnen de door de Nederlandse wetgever gekozen implementatiewetgeving en - zou dat worden aangenomen - (iii) dat de aldus bepleite informatieplicht dient te voldoen aan de door het HvJ gestelde drie eisen van (a) duidelijk en nauwkeurig, (b) noodzakelijk en (c) rechtszekerheid, in het bijzonder voor de verzekeraar. De Nederlandse wetgever heeft de voor verzekeraars geldende informatieverplichtingen opgenomen in de Riav 1994. De Riav 1994 beperkte zich tot regels omtrent vermelding van de bruto premie en een omschrijving van de uitkering waartoe de verzekeraar zich verplicht. De wetgever heeft er niet voor gekozen om via open normen aanvullende informatieverplichtingen te creëren. Volgens Aangeslotene strijdt een open norm als redelijkheid en billijkheid al naar haar aard met het door het HvJ vooropgestelde beginsel van rechtszekerheid. In de uitspraak CvB 2015, 003 formuleert de CvB informatieverplichtingen (zie overwegingen 4.6 en 4.15) die verder gaan dan de Riav 1994 en dus in strijd zijn met de uitspraak HvJ.

c. Aangeslotene wijst het beroep op dwaling van Consument van de hand. Hiernaast stelt zij dat geen sprake is van toerekenbare tekortkomingen of onrechtmatig handelen van haar jegens Consument. Aangeslotene voert het volgende aan:

- Aangeslotene wijst erop dat Consument slechts in algemene bewoordingen ingaat op de volgens hem aanwezige gebreken van de Spaarkas. Er wordt nauwelijks ingegaan op zijn eigen situatie zodat het voor Aangeslotene onduidelijk is welk verwijt haar nu precies wordt gemaakt en zij niet gericht kan reageren. Consument heeft niet voldaan aan artikel 29 lid 4 Reglement van de Commissie;
- Aangeslotene beschikt niet over de destijds door de ATP uitgebrachte offerte. Zij wijst er echter op dat het vaste praktijk was dat in de offerte de looptijd, de premie, de fonds- en productrendementen en voorbeeldkapitalen werden vermeld. Verder werd verwezen naar de toepasselijke voorwaarden en werd bij de offerte een brochure meegezonden met uitleg over het ABC Spaarplan. Op het certificaat van de Spaarkas staat vermeld dat er voorwaarden toepasselijk zijn;
- Aangeslotene beschikt ook niet over het aanvraagformulier maar stelt dat zonder het aanvraagformulier niet tot het opstellen van een certificaat kon worden overgegaan. Verder was het volgens haar zo dat indien een aanvraag werd geaccepteerd, het certificaat en de toepasselijke voorwaarden automatisch aan de verzekeringnemer werd verzonden. In het aanvraagformulier verklaarde de aanvrager bovendien akkoord te gaan met de voorwaarden, dat de voorwaarden na acceptatie van de aanvraag zouden worden uitgereikt en dat de voorwaarden ter inzage liggen bij de verzekeraar en op verzoek van de aanvrager kunnen worden toegezonden;
- de door Aangeslotene in de precontractuele fase verstrekte informatie voldeed aan de toepasselijke wet- en regelgeving, de Riav 1994 en de CRR 1998. Verder werd voldaan aan de toepasselijke Europese regelgeving (3^e Levenrichtlijn). Er was ook geen verplichting om kosten nominaal uit te drukken;
- zowel in de AV 201 als in de AV 204 wordt omschreven op welke wijze kosten en overlijdensrisicopremie in rekening worden gebracht;
- in de voorbeeldkapitalen is de TER verwerkt. Onder de Riav 1994 hoefde Aangeslotene geen inzicht te geven in deze kosten;
- na de totstandkoming heeft Aangeslotene jaarlijks een “jaarbericht” aan Consument gezonden waarin telkens werd vermeld dat beleggen financiële risico’s inhoudt en dat rendementen en eindopbrengst lager kunnen uitvallen. Consument heeft hierover geen vragen gesteld of klachten geuit;
- vanaf 2005 werden in de jaarberichten ook mogelijke eindkapitalen op de einddatum gegeven. Tevens werd daarbij gewaarschuwd voor een mogelijk lager resultaat. Vanaf maart 2008 ontving Consument waardeoverzichten conform de modellen De Ruiter;
- op Aangeslotene rust geen verplichting tot een ‘product recall’. Overigens heeft zij bij brief van 25 oktober 2011 Consument geïnformeerd over de mogelijkheden die hij met de Spaarkas heeft, waaronder het aanpassen van het product of het overstappen naar een ander product;

- tussen Aangeslotene en Consument bestaat geen beleggingsadviesrelatie en op Aangeslotene rust daarom geen daarbij horende bijzondere zorgplicht;
- de ATP opereerde onafhankelijk van Aangeslotene. De advisering was de verantwoordelijkheid van de ATP, Aangeslotene is hiervoor niet verantwoordelijk;
- Aangeslotene is een compensatieregeling met de Stichting Verliespolis en de Stichting Woekerpolis Claim (de “stichtingen”) overeengekomen. Deze compensatieregeling werd door het overgrote deel van de achterban van de stichtingen gesteund. In de regeling wordt voorzien in een redelijke kostenniveau en een redelijke overlijdensrisicopremie;
- er is geen sprake van causaal verband tussen het vermeende gebrek aan informatieverschaffing c.q de gestelde misleiding en het sluiten van de Spaarkas. Uit de klacht blijkt dat Consument beschikte over meerdere offertes zodat het aannemelijk is dat hij een bewuste keuze heeft gemaakt;
- van ontbinding kan geen sprake zijn omdat dat alleen maar kan nadat verzuim is ingetreden nadat een ingebrekestelling is verzonden. Van dat laatste is geen sprake;
- Aangeslotene acht zich niet gehouden tot schadevergoeding. Consument gaat bij zijn schadeberekening uit van een garantieproduct waarvan geen sprake is. Als de Commissie toch schadevergoeding nodig acht stelt Aangeslotene dat sprake is van eigen schuld bij Consument. Consument is in de precontractuele fase en ook daarna volledig geïnformeerd over de Spaarkas maar heeft nagelaten maatregelen te treffen om zijn schade te beperken;
- onduidelijk is hoe de vergoeding voor de adviseur van Consumenten is berekend en welke inspanningen deze adviseur heeft verricht. Enige kostenopgave ontbreekt.

5. Beoordeling

- 5.1 Bij brief van 4 november 2014 heeft de Secretaris van de Commissie Aangeslotene en Consument verzocht om toezending van de offerte, het aanvraagformulier, de toepasselijke voorwaarden, het in de precontractuele fase verstrekte voorlichtingsmateriaal en de verstrekte informatie over de compensatieregeling. Aangeslotene heeft hierop bij e-mailbericht van 5 november 2014 de correspondentie inzake de compensatie, een brief van 25 oktober 2010 van haar aan Consument, de AV 201 en de AV 204 toegezonden. Consument heeft bij e-mailbericht van 7 november 2014 gereageerd door een “Checklist Toetsingskader beleggingsverzekeringen toegepast op dossier [nummer]” toe te zenden. De Commissie heeft vastgesteld dat deze “Checklist” niet de in haar brief van 4 november 2014 gevraagde stukken bevat en deze verder buiten beschouwing dient te blijven. Overigens is namens Consument ter zitting verklaard dat hem in de precontractuele fase respectievelijk na het sluiten van de Spaarkas geen offerte, voorlichtingsmateriaal of toepasselijke voorwaarden zijn verstrekt.

Klachtplicht

- 5.2 Aangeslotene stelt allereerst dat Consument niet overeenkomstig het bepaalde in artikel 6:89 BW binnen bekwame tijd heeft geprotesteerd en dat zijn klachten niet-ontvankelijk dienen te worden verklaard. Aangeslotene wijst er ter onderbouwing van haar stelling op dat Consument bij aanvang van de Spaarkas volledig op de hoogte is gesteld van alle relevante informatie inclusief de risico's. Hiernaast heeft Consument vanaf 2005 jaarlijks financiële overzichten ontvangen waaruit hij de waardeontwikkeling en de schommelingen daarin had kunnen afleiden. Vanaf 2008 ontving Consument de jaarlijkse waardeoverzichten conform de modellen De Ruiter, waaruit ook de nominale kosten en overlijdensrisicopremie bleken. Desondanks heeft Consument pas in 2012 geklaagd. Consument stelt dat de tekortkomingen van Aangeslotene en de productgebreken hem pas in 2012 duidelijk zijn geworden toen de Spaarkas is onderzocht door een deskundige.
- 5.2.1 Voor het antwoord op de vraag of tijdig in de zin van artikel 6:89 BW is geprotesteerd, moet acht worden geslagen op alle relevante omstandigheden van het geval, waaronder het nadeel als gevolg van het verstrijken van de tijd totdat tegen de afwijking is geprotesteerd, en in elk geval ook op de waarneembaarheid van de afwijking, de deskundigheid van partijen, de onderlinge verhouding van partijen, de aanwezige juridische kennis en de behoefte aan voorafgaand deskundig advies. (Vergelijk r.o. 3.4 van HR 8 oktober 2010, LJN BM 9615)
- 5.2.2 Op Aangeslotene rust in de precontractuele fase de verplichting tot het verschaffen van volledige en begrijpelijke informatie aan Consument omtrent de kenmerkende eigenschappen van de aan Consument aangeboden spaarkasovereenkomst, waaronder de kosten die uit hoofde van die overeenkomst in rekening worden gebracht en de uit die overeenkomst voortvloeiende risico's.
- 5.2.3 In het kader van de totstandkoming van de Spaarkas geldt Aangeslotene als professionele en bij uitstek deskundige dienstverlener terwijl in het onderhavige geval bij Consument een zodanige professionaliteit en deskundigheid ontbreekt. Dit brengt mee dat Consument niet zonder meer op de hoogte hoeft te zijn van het bestaan van de hierboven bedoelde verplichting van Aangeslotene terwijl hij, indien hij daarvan wel op de hoogte is, in beginsel ervan mag uitgaan dat Aangeslotene die verplichting jegens hem naleeft. Het niet naleven van de betreffende verplichting is derhalve niet een tekortkoming van Aangeslotene die Consument zonder meer behoort op te merken. Op Consument rust dan ook pas op grond van artikel 6:89 BW een onderzoeksplicht met betrekking tot de vraag of Aangeslotene haar informatieverplichting jegens hem heeft nageleefd, indien hij van die verplichting op de hoogte is en gerede aanleiding heeft te veronderstellen dat Aangeslotene daarin kan zijn tekortgeschoten (Vergelijk r.o. 4.3.1- 4.3.2 van HR 8 februari 2013, LJN BY 4600.)
- 5.2.4 In het onderhavige geval is door Consument gesteld dat hij pas in 2012 na onderzoek door een deskundige dat plaatsvond na ontvangst door Consument van een brief van 16 mei 2012 van Aangeslotene over de compensatie, wist van het bestaan van de onder 5.2.2 weergegeven informatieverplichting van Aangeslotene en de omstandigheid dat Aangeslotene mogelijk tekort is geschoten in de nakoming van die informatieverplichting.

Hij heeft daarop bij brief van 8 oktober 2012 een klacht ingediend bij Aangeslotene.

- 5.2.5 De Commissie is van oordeel dat Consument ervan mag uitgaan dat hij door Aangeslotene duidelijk, juist en volledig wordt geïnformeerd en dat niet van hem kan worden verwacht dat hij telkens zelfstandig onderzoek doet naar de vraag of Aangeslotene wel aan haar verplichtingen heeft voldaan. Dit betekent dat voor Consument geen aanleiding bestond bij Aangeslotene te klagen, totdat hij zich ervan bewust werd dat Aangeslotene ter zake van de verstrekte informatie mogelijk een verwijt viel te maken. Dat laatste kan, anders dan Aangeslotene kennelijk stelt, niet reeds volgen uit de bij aanvang van de Spaarkas verstrekte informatie en/of de tussentijds verstrekte financiële c.q. waardeoverzichten. Als gezegd mag van Consument niet worden verwacht dat hij op basis daarvan steeds zelfstandig onderzoekt of de bij aanvang verstrekte informatie wel voldoende duidelijk, juist en volledig was en/of de tussentijdse waardeoverzichten daarmee wel voldoende in overeenstemming zijn. Nu Consument onbetwist heeft gesteld dat hij pas in 2012, na onderzoek door een deskundige dat plaatsvond na ontvangst door Consument van een brief van 16 mei 2012 van Aangeslotene over de compensatie, heeft begrepen dat Aangeslotene mogelijk tekort is geschoten in de nakoming van de op haar rustende verplichting tot juiste en volledige informatievoorziening in de precontractuele fase, is de in artikel 6:89 BW bedoelde termijn naar het oordeel van de Commissie op zijn vroegst in juni 2012 gaan lopen. Aangezien Consument zich door middel van een brief van 8 oktober 2012 bij Aangeslotene beklaagd heeft en door Aangeslotene niet aannemelijk is gemaakt dat zij hierdoor nadeel heeft geleden, is de Commissie van oordeel dat Consument overeenkomstig het bepaalde in artikel 6:89 BW binnen bekwame tijd heeft geprotesteerd en verwerpt de Commissie het beroep van Aangeslotene op artikel 6:89 BW.

Verjaring

- 5.3 Ook het beroep van Aangeslotene op verjaring op grond van artikel 3:52 lid I onder c BW wordt afgewezen. Op grond van artikel 3:52 lid I onder c BW verjaart de rechtsovereenkomst tot vernietiging van een rechtshandeling wegens dwaling drie jaren nadat de dwaling is ontdekt. Uitgaande van het in 5.2.1 - 5.2.5 overwogene moet worden aangenomen dat Consument pas op zijn vroegst in juni 2012 bekend is geworden met (de omvang van) de gestelde gebrekkige informatievoorziening alsmede met de omstandigheid dat hij als gevolg daarvan een verkeerde voorstelling van zaken heeft gehad en Aangeslotene daarvan wellicht een verwijt zou kunnen worden gemaakt. Door Aangeslotene is niet aannemelijk gemaakt dat Consument geacht moet worden op een eerder gelegen tijdstip daarvan op de hoogte te zijn geraakt. Door vervolgens in oktober 2012 zijn klacht aanhangig te maken heeft Consument de verjaring ruimschoots binnen de in artikel 3:52 lid I onder c BW genoemde termijn van drie jaar gestuit. Hieronder zal de Commissie de klacht van Consument inhoudelijk behandelen.
- 5.4 Het aan de Commissie voorgelegde geschil betreft in de kern de volgende vragen:
- heeft Consument bij het sluiten van de Spaarkas gedwaald omtrent het karakter van de Spaarkas en de wezenlijke kenmerken daarvan?
 - is Aangeslotene jegens Consument toerekenbaar tekortgeschoten in haar verplichtingen c.q. heeft zij onrechtmatig jegens hem gehandeld door in het kader van de totstandkoming van de Spaarkas onvoldoende en onjuiste informatie te

verstrekken over de kosten, met name de fondsbeheerkosten (TER) en de kosten van doorbeleggen in andere fondsen?

c. is Aangeslotene jegens Consument toerekenbaar tekortgeschoten in haar verplichtingen c.q. heeft zij onrechtmatig jegens hem gehandeld door in het kader van de totstandkoming van de Spaarkas niet te waarschuwen dat de opgebouwde waarde door koersrisico, de kostenbedragen en de complexiteit lager zou kunnen uitvallen, zodat het door Consument beoogde doel niet zou word bereikt?

Bij de beantwoording van deze vragen gaat de Commissie uit van de onder 3 weergegeven feiten.

- 5.5 In het onderhavige geval staat vast dat Consument in de precontractuele fase het certificaat van de Spaarkas heeft ontvangen en in januari 2005 na de premieverhoging het daarop aangepaste certificaat. Tussen partijen is in discussie of de offerte, de AV 201 en de AV 204 door Consument zijn ontvangen.

De offerte

- 5.5. Consument stelt dat hij in de precontractuele fase geen offerte heeft ontvangen en dat hij uitsluitend het aanvraagformulier heeft getekend. Aangeslotene stelt hiertegenover in haar verweerschrift dat het bij het ABC Spaarplan vaste praktijk was een offerte te verstrekken en dat, mede ter vaststelling van de premie en de voorbeeldkapitalen, de offerte een noodzakelijke stap was in het proces van totstandkoming van de spaarkasovereenkomst. Op offertes werden volgens Aangeslotene onder meer de looptijd, de premie, de fonds- en productrendementen met bijbehorende voorbeeldkapitalen op de einddatum (met inachtneming van de verrekening van risicopremies en kosten) en de uitkering bij overlijden voor de einddatum vermeld en werd verwezen naar de toepasselijke algemene voorwaarden en de bijgevoegde brochures. Ook in haar pleitaantekeningen gaat Aangeslotene er vanuit dat Consument een offerte heeft ontvangen. Aangeslotene vermeldt daar onder meer: “Bovendien kan zonder een offerte ook niet tot de bepaling van onder meer de premie worden gekomen.”
- De Commissie overweegt het volgende. In het klaagschrift schrijft Consument in onderdeel B “Grondslagen, punt 2, slot: “Feitelijk heeft de tussenpersoon niets anders gedaan dan de door de verzekeraar voorgeschreven offertesoftware uit te draaien en dat als onafhankelijk advies verkocht, zonder de werking van het product deugdelijk uit te leggen (...)”. Bezien in het licht van deze passage acht de Commissie de latere stelling van Consument dat hij geen offerte heeft ontvangen, niet aannemelijk.
- 5.5.1 Feit is vervolgens dat geen van de partijen de destijds uitgebrachte offerte (tezamen met de volgens Aangeslotene daar standaard bij meegezonden brochure) heeft overgelegd. Aangezien volgens Aangeslotene onder meer de offerte de destijds volgens de Riav 1994 en de CRR 1998 verplichte precontractuele informatie bevatte, rijst de vraag voor wiens risico het ontbreken van de offerte (en de brochure en het aanvraagformulier) en de daarin verstrekte informatie moet komen. Naar het oordeel van de Commissie dient in het onderhavige geval dat risico voor rekening van Aangeslotene te komen. De Commissie baseert dit oordeel op de stellingen van Aangeslotene.

Uit deze stellingen, zoals hierboven weergegeven, vloeit onmiskenbaar voort dat Aangeslotene het in januari 1999 opgestelde certificaat heeft gebaseerd op de offerte en het aanvraagformulier. De offerte was immers volgens Aangeslotene “een noodzakelijke stap” in het proces van de totstandkoming van de spaarkasovereenkomst en volgens haar kon zonder een offerte ook niet tot bepaling van onder meer de premie worden gekomen. Hieruit volgt dat de offerte, net als het aanvraagformulier, in het kader van de aanvraag van de spaarkasovereenkomst in het bezit van Aangeslotene moet zijn geweest. Dit wordt bevestigd door de opmerking van Aangeslotene in het verweerschrift (onderdeel 3.4.3) dat zij niet meer beschikt over de offerte. De Commissie wijst er in dit kader op dat sprake is van een nog lopende rechtsverhouding tussen Consument en Aangeslotene en dat van Aangeslotene mag worden verwacht dat zij stukken die zien op de totstandkoming van die rechtsverhouding bewaart. Dat zij dat om haar moverende redenen kennelijk niet heeft gedaan komt voor haar risico en kan door haar niet aan Consument worden tegengeworpen.

De AV 201 en de AV 204

5.5.2 Consument stelt de AV 201 en de AV 204 (hierna tezamen ook te noemen: de “AV”) niet te hebben ontvangen. Aangeslotene betwist dit en stelt dat indien een aanvraag wordt geaccepteerd, het certificaat met de toepasselijke voorwaarden automatisch aan de verzekeringnemer wordt verzonden. Zij wijst er verder op dat de aanvrager in het aanvraagformulier onder meer verklaarde akkoord te gaan met de voorwaarden en dat de voorwaarden na acceptatie van de aanvraag zouden worden uitgereikt. Ten slotte wijst Aangeslotene erop dat op de respectieve certificaten stond vermeld welke voorwaarden toepasselijk waren. De Commissie overweegt het volgende. Volgens artikel 3:37 lid 3 BW heeft een verklaring of mededeling pas haar werking indien zij de persoon waartoe de verklaring of mededeling is gericht, heeft bereikt tenzij het niet (tijdig) bereiken ervan het gevolg is van een voor risico van de geadresseerde komende omstandigheid. Indien de geadresseerde betwist dat de mededeling hem tijdig heeft bereikt rust op de afzender de last te bewijzen dat de mededeling de geadresseerde tijdig heeft bereikt. Daartoe is niet voldoende dat de afzender verzending van de mededeling bewijst, hij zal ook moeten bewijzen dat de mededeling de geadresseerde heeft bereikt, dan wel dat dit niet bereiken van de mededeling een gevolg is van omstandigheden die voor risico komen van de geadresseerde, vgl. HR 4 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO5122.

Aangeslotene stelt dat na de acceptatie van de aanvraag, het certificaat met de toepasselijke voorwaarden automatisch aan Consument is verzonden. Daarmee staat echter nog niet vast dat de toepasselijke voorwaarden ook in het onderhavige geval daadwerkelijk tezamen met het certificaat aan Consument zijn verzonden. De Commissie wijst er in dit verband nog op dat in de brief van 20 januari 1999 waarmee volgens Aangeslotene de AV 201 aan Consument zijn verzonden uitsluitend het certificaat wordt vermeld en in het geheel niet over de AV 201 wordt gesproken. De brief vermeldt ook niet welke bijlagen er worden toegezonden. In de brief van 11 januari 2005 waarmee volgens Aangeslotene de AV 204 zouden zijn meegezonden wordt slechts gezegd dat een wijzigingsblad wordt toegezonden. Tevens wordt uitsluitend het wijzigingsblad als meegezonden bijlage genoemd.

Aangezien Aangeslotene het aanvraagformulier niet heeft overgelegd gaat de Commissie voorbij aan de stelling van Aangeslotene dat de aanvrager in het aanvraagformulier onder meer verklaarde akkoord te gaan met de voorwaarden en dat de voorwaarden na acceptatie van de aanvraag zouden worden uitgereikt.

- 5.5.3 Aangeslotene heeft tevens aangevoerd dat op de respectieve certificaten stond vermeld welke voorwaarden toepasselijk waren. In deze stelling van Aangeslotene ligt kennelijk besloten dat Consument hierdoor wist of behoorde te weten dat op de Spaarkas voorwaarden van toepassing waren en dat indien deze voorwaarden zich niet onder de aan hem verschafte stukken bevond, hij hiernaar had moeten vragen. Aangeslotene stelt zich aldus op het standpunt dat Consument zich niet op het niet verstrekken van de AV kan beroepen omdat hij kon weten dat deze informatie bij Aangeslotene voorhanden was en dat hij deze had kunnen verkrijgen door er naar te vragen.

In dit geval rust op de Aangeslotene als professioneel handelende verzekeraar de verplichting ervoor zorg te dragen dat de informatie die in de Riav 1994 en de CRR 1998 wordt bedoeld, tijdig en op de voorgeschreven wijze aan de verzekeringnemer wordt uitgereikt. De verzekeringnemer mag als consument ervan uitgaan dat de hem verstrekte informatie op de voor hem relevante punten juist en volledig is.

Van een consument-verzekeringnemer kan niet 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. Zou een verzekeringnemer in het algemeen worden belast met een verplichting om te informeren naar niet door de verzekeraar verstrekte informatie, dan zou zulks afbreuk doen aan de door de Riav 1994 en de CRR 1998 beoogde rechtsbescherming van de (aspirant) verzekeringnemer. Dit is slechts anders in een geval waarin de verzekeringnemer wist of waarin geen twijfel erover mogelijk was of moet zijn geweest dat de wel verstrekte informatie op voor hem relevante punten onjuist of onvolledig was, vgl. Commissie van Beroep 14 oktober 2010, 2010-11, overwegingen 4.1.8 - 4.1.9.

Er zijn geen feiten gesteld of gebleken op grond waarvan zou moeten aangenomen dat dit laatste zich heeft voorgedaan. De omstandigheid dat in de respectieve certificaten was vermeld welke voorwaarden toepasselijk waren doet dit niet anders zijn.

De conclusie is dat Aangeslotene niet heeft bewezen dat Consument de AV 201 en de AV 204 heeft ontvangen dan wel dat dit niet bereiken van de AV een gevolg is van omstandigheden die voor risico komen van de geadresseerde, zodat in het hiernavolgende ervan wordt uitgegaan dat Consument de AV niet heeft ontvangen.

- 5.5.4 De slotsom is dat de Commissie slechts aan de hand van het in de precontractuele fase door Consument ontvangen certificaat van de Spaarkas kan onderzoeken hoe de in overweging 5.4 gestelde vragen dienen te worden beantwoord.

Dwaling

- 5.6 Consument stelt dat hij de Verzekering onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken omtrent het karakter en de kenmerken van de Spaarkas heeft gesloten. De Commissie verwerpt deze stelling. Dat het bij de Spaarkas om een overeenkomst gaat waarbij het beleggingsrisico voor rekening van de verzekeringnemer is, blijkt voldoende duidelijk uit het certificaat. Zo staat in het certificaat dat het om een beleggingscertificaat gaat en wordt een voorbeeld gegeven van de uitkering bij leven bij een voorbeeldpercentage van 9%. Ook blijkt dat de uitkering bij in leven zijn van de verzekerde op de einddatum niet is gegarandeerd. Verder geldt dat Consument had kunnen en moeten begrijpen dat, zoals hij ter zitting ook heeft erkend, (de uitvoering van) de door hem afgesloten Spaarkas niet gratis was en dat daaraan kosten verbonden zouden zijn die uiteindelijk ten laste zouden komen van het met de Spaarkas te behalen resultaat.

Dit betekent dat Consument heeft kunnen en moeten begrijpen dat sprake was van een overeenkomst waaraan kosten waren verbonden en waarbij het beleggingsrisico voor zijn rekening zou komen zodat daarover bij Consument ook geen verkeerde voorstelling van zaken kan hebben bestaan. Voor zover Consument zulks desondanks niet heeft begrepen moet dat voor zijn rekening blijven.

Toerekenbare tekortkoming/onrechtmatig handelen

- 5.7 Consument stelt dat Aangeslotene jegens hem toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen c.q. onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld door in het kader van de totstandkoming van de Spaarkas onvoldoende en onjuiste informatie te verstrekken over de kosten, waaronder met name de fondsbeheerkosten (TER) en de kosten van doorbeleggen in andere fondsen..
- 5.8 Op Aangeslotene rust in de precontractuele fase de verplichting tot het verschaffen van volledige en begrijpelijke informatie aan Consument omtrent de kenmerkende eigenschappen van de aan Consument aangeboden spaarkasovereenkomst, waaronder de kosten die uit hoofde van die overeenkomst in rekening worden gebracht. Bij de beoordeling van de vraag of dat in het onderhavige geval is gebeurd zal de Commissie uitgaan van de wet- en regelgeving alsmede de binnen de branche algemeen gehuldigde inzichten, zoals die golden ten tijde van het tot stand komen van de Spaarkas.

Riav 1994 en de CRR 1998

- 5.9 Een spaarkasovereenkomst is een vorm van een overeenkomst van levensverzekering. De in 1998 geldende maatschappelijke opvattingen over de voorafgaand aan het sluiten van levensverzekeringen aan aspirant-verzekeringnemers te verstrekken informatie blijken uit de Riav 1994 en de CRR 1998. Tussen partijen staat vast, althans wordt niet betwist, dat in ieder geval de informatieverplichtingen uit hoofde van deze regelingen van toepassing zijn en ook de Commissie gaat daarvan uit.
- 5.9.1 De Commissie wijst er op dat de te betalen premie en andere kosten en het redelijkerwijs te verwachten bedrag van de uitkering bij een overeenkomst van levensverzekering tot de essentiële prestaties behoren, zodat de daarop betrekking hebbende voorwaarden naar de ook in 1998 geldende algemene maatstaven van het burgerlijk recht behoren tot de

bedingen die uitdrukkelijk en begrijpelijk geformuleerd dienen te zijn en aan de potentiële wederpartij kenbaar gemaakt moeten worden op een zodanig tijdstip dat hij zich nog aan de overeenkomst kan onttrekken (vergelijk r.o. 5.7 van Geschillencommissie 2013-02 en r.o. 5.10 van Geschillencommissie 2016-120). De uitspraak HvJ brengt naar het oordeel van de Commissie geen wijziging in dit uitgangspunt. In deze uitspraak heeft het HvJ, kort weergegeven, beslist dat artikel 31 lid 1 van de Derde Levensrichtlijn (hierna: de “Richtlijn”) bepaalt dat vóór het sluiten van de verzekeringsovereenkomst aan de verzekeringnemer ten minste de in bijlage II, onder A, van de Richtlijn vermelde gegevens moeten worden meegedeeld. De lidstaten kunnen verstrekking van aanvullende informatie verplichten op grond van artikel 31 lid 3 en lid 4 van de Richtlijn, maar alleen voor zover die aanvullende informatie noodzakelijk is voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de wezenlijke bestanddelen van de aangeboden verzekering en de vereiste informatie daarvoor voldoende duidelijk en nauwkeurig is en tevens de verzekeraar een voldoende niveau van rechtszekerheid biedt. Het is aan de lidstaten zelf om de rechtsgrondslag voor de verplichting tot het verstrekken van aanvullende informatie te bepalen teneinde zowel een daadwerkelijk begrip door de verzekeringnemer van de belangrijkste kenmerken van de aangeboden verzekeringsproducten als een toereikend niveau van rechtszekerheid te waarborgen. Welke grondslag de lidstaten gebruiken, is in beginsel niet relevant. De verplichting kan ook voortvloeien uit algemene beginselen van intern recht en eisen van redelijkheid en billijkheid.

- 5.9.2 In artikel 2, lid 1 en lid 2 onderdelen a tot en met p Riav 1994 is bepaald welke informatie de verzekeraar aan de verzekeringnemer dient te verstrekken. Volgens het derde lid van artikel 2 Riav 1994 moet deze informatie worden verstrekt voor de inkennisstelling van de verzekeringnemer van het sluiten van de overeenkomst. De informatie kan eveneens tegelijk met de inkennisstelling dan wel voor of tegelijk met de afgifte van de polis worden verstrekt, mits in dat geval de verzekeringnemer het recht heeft de overeenkomst binnen twee weken na de inkennisstelling of afgifte van de polis schriftelijk op te zeggen, met terugwerkende kracht tot de datum van het sluiten van de overeenkomst.
- 5.9.3 Op de onderhavige Spaarkas is voorts toepasselijk de door het Verbond van Verzekeraars opgestelde CRR 1998. In artikel 6 van hoofdstuk II zijn bijzondere eisen gesteld aan de (presentatie) van informatie betreffende levensverzekeringen met een beleggingsrisico. In het derde hoofdstuk van de CRR 1998 zijn voorschriften gegeven met betrekking tot de (presentatie van) voorbeeldpercentages en voorbeeldkapitalen in informatiemateriaal betreffende zulke levensverzekeringen met een beleggingsrisico.
- 5.9.4 In het onderhavige geval heeft de Commissie vastgesteld dat er van moet worden uitgegaan dat niet op alle punten is gehandeld conform hetgeen de Riav 1994 respectievelijk CRR 1998 voorschrijft.
- Wat betreft de Riav 1994 is/zijn onder meer:
- de AV 201 niet in het bezit van Consument gesteld (artikel 2 lid 1);
 - een opgave of indicatie van de afkoop- of premievrije waarde of een opgave van de wijze waarop deze waarden worden berekend, niet gegeven (artikel 2 lid 2, onderdeel k);

- een globale indicatie van de fiscale behandeling van overeenkomsten van het betreffende type niet gegeven (artikel 2 lid 2, onderdeel n).

Wat betreft de CRR1998 is/zijn onder meer :

- niet de Verbondsbrochure meegezonden met de offerte c.q de polis (Hoofdstuk II, artikel 3);
- niet de voorgeschreven “LET OP”- tekst (i.v.m. risico van beleggen) gebruikt (Hoofdstuk II, artikel 6);
- niet het gemiddeld historisch fondsrendement vermeld (Hoofdstuk III, artikel 1);
- niet meerdere voorbeeldrendementen en de aard ervan genoemd (Hoofdstuk III, artikel 2);
- niet meerdere voorbeeldkapitalen, productrendementen alsmede een bandbreedte vermeld (Hoofdstuk III, artikelen 7 en 8).

De conclusie is dat Aangeslotene toerekenbaar tekort is geschoten in de voldoening aan de informatieverplichtingen uit hoofde van de Riav 1994 en de CRR 1998 in de precontractuele fase, hetgeen jegens Consument onrechtmatig is.

Informatie over de in rekening te brengen kosten

5.10 In het onderhavige geval bevat het certificaat geen informatie over de uit hoofde van de Spaarkas door Aangeslotene in rekening te brengen kosten. Nu niet is gebleken of door Aangeslotene aannemelijk is gemaakt dat Consument in de precontractuele fase op een andere wijze over de kosten is geïnformeerd, is Aangeslotene voor wat betreft de informatieverstrekking over de kosten jegens Consument tekortgeschoten in de precontractuele fase, hetgeen onrechtmatig is.

Waarschuwingsplicht?

- 5.11 Consument stelt dat Aangeslotene hem in de precontractuele fase had moeten waarschuwen dat de opgebouwde waarde door koersrisico, de kostenbedragen en de complexiteit lager zou kunnen uitvallen zodat het door Consument beoogde doel niet zou word bereikt. De Commissie verwerpt deze stelling.
- 5.11.1 De Commissie stelt voorop dat een verzekeraar een aspirant-verzekeringnemer dient te waarschuwen ingeval het doel dat deze met de beoogde verzekering voor ogen staat en welk doel verzekeraar bekend is, mogelijk niet zal worden bereikt gelet op het koersrisico en de in rekening gebrachte kosten en verzekeraar zich dus behoort te realiseren dat ernstig moet worden betwijfeld dat de beoogde verzekering passend is voor de aspirant-verzekeringnemer (r.o. 4.4.2 van Commissie van Beroep 14 oktober 2010, 2010, 011).
- 5.11.2 Niet gebleken is of door Consument aannemelijk gemaakt dat Aangeslotene bekend was met het doel waarvoor hij de Spaarkas heeft gesloten. Hiernaast is Consument bij de totstandkoming van de Spaarkas geadviseerd door een ATP. Aangenomen mag worden dat deze ATP wel op de hoogte was van het doel waarmee Consument de Spaarkas sloot.

Het behoorde tot de zorgplicht van de ATP om Consument te waarschuwen voor de mogelijkheid dat hij met het onderhavige product niet het door hem beoogde doel zou bereiken. Onder deze omstandigheden rustte op Aangeslotene in 1998 geen zelfstandige waarschuwingsplicht.

Diversen

5.12 Hieronder gaat de Commissie in op enkele andere door Consument aangevoerde onderdelen van zijn klacht.

Aangeslotene verantwoordelijk voor fouten van de ATP van Consument?

5.12.1 Volgens Consument is Aangeslotene verantwoordelijk voor de fouten van de ATP.

De Commissie overweegt als volgt. De Spaarkas is tot stand gekomen door bemiddeling van een onafhankelijke en zelfstandige ATP. Deze ATP is degene die Consument heeft geadviseerd over de door hem te sluiten spaarkasovereenkomst en de ATP is daarbij in principe zelf verantwoordelijk voor inhoud en de kwaliteit van de door hem aan Consument verleende diensten. Dit betekent dat voor de eventuele onjuistheid van een door de ATP gegeven advies en de eventuele als gevolg daarvan geleden schade in beginsel slechts de ATP kan worden aangesproken. Consument heeft vervolgens niet onderbouwd waarom desondanks in dit geval Aangeslotene aansprakelijk zou zijn voor mogelijke tekortkomingen van de ATP. Onder deze omstandigheden kan bij gebreke aan onderbouwing niet worden aanvaard dat Aangeslotene aansprakelijk zou zijn voor de beweerdelijk onjuiste en/of onvolledige advisering c.q. informatievoorziening door de ATP. De stelling van Consument wordt dan ook verworpen.

Beleggingsadviesrelatie?

5.12.2 Consument stelt dat tussen Aangeslotene en hem sprake was van een beleggingsadviesrelatie en dat Aangeslotene onder meer zijn beleggingskennis -en ervaring en risicobereidheid had moeten onderzoeken. Aangeslotene heeft het bestaan van een beleggingsadviesrelatie en effectentypische zorgverplichtingen gemotiveerd betwist. De Commissie stelt vast dat Consument zijn stellingen dat sprake zou zijn van een beleggingsadviesrelatie en de daarbij behorende effectentypische zorgverplichtingen daartegenover niet meer nader heeft onderbouwd. Met name heeft hij niet concreet gesteld of toegelicht dat en, zo ja, in hoeverre Aangeslotene ter zake van zijn beleggingskeuzes daadwerkelijk heeft geadviseerd en welke informatie omtrent zijn beleggingsdoelstellingen, financiële positie en kennis en ervaring Aangeslotene in dat kader nog meer had moeten inwinnen. Wat de beleggingsdoelstellingen, financiële positie en kennis en ervaring daadwerkelijk waren is evenmin gesteld, laat staan dat en, zo ja, waarom en in hoeverre deze al dan niet pasten bij de door Consument daadwerkelijk gemaakte beleggingskeuzes en hoe en waarom het wel inwinnen van die informatie door Aangeslotene tot een andere keuze zou hebben geleid. Aldus zijn deze stellingen onvoldoende onderbouwd en gaat de Commissie daaraan voorbij.

'Product recall' (hersteladvies)

5.12.3 Consument stelt dat Aangeslotene tijdens de looptijd van de Spaarkas heeft nagelaten de Spaarkas aan te passen. Zij zou hierdoor jegens hem tekort zijn geschoten in haar zorgplicht. De Commissie overweegt het volgende:

De Commissie is van oordeel dat het, gezien de onrust die gedurende de looptijd van de Spaarkas over beleggingsverzekeringen, en met name de daaraan verbonden kosten en overlijdensrisicopremie, is ontstaan, alsmede de haperende waardeontwikkeling van de Spaarkas, op de weg van Aangeslotene lag om contact op te nemen met Consument teneinde hen te informeren over de mogelijkheden die hij had om de Spaarkas aan te passen c.q. om te zetten teneinde het oorspronkelijk door Consument beoogde doel alsnog te bereiken. De Commissie stelt vast dat Aangeslotene dit in haar brief van 25 oktober 2011 (zie 3.8) aan Consument heeft gedaan. Gezien het feit dat de Verzekering in 2011 bijna dertien jaar had gelopen en derhalve nog ruim 27 jaar de gelegenheid bestond om de opgelopen waardeachterstand in te lopen is de Commissie van oordeel dat Aangeslotene met haar brief van 25 oktober 2011 tijdig aan haar zorgplicht jegens Consument heeft voldaan. Voor wat betreft het verwijt van Consument dat Aangeslotene de Spaarkas niet heeft aangepast merkt de Commissie op dat Aangeslotene dit slechts in overleg en met instemming van Consument had kunnen doen. Niet gesteld of gebleken is dat partijen hierover op enig moment overeenstemming hebben bereikt.

Slotsom

5.13 Uit het voorgaande vloeit voort dat het beroep van Consument op dwaling door de Commissie wordt afgewezen. Dit geldt ook voor het beroep van Consument op toerekenbare tekortkoming c.q. onrechtmatig handelen van Aangeslotene door Consument niet ervoor te waarschuwen dat de opgebouwde waarde door koersrisico, de kostenbedragen en de complexiteit lager zou kunnen uitvallen zodat het door Consument beoogde doel niet zou worden bereikt. Verder wordt het beroep van Consument op aansprakelijkheid van Aangeslotene voor fouten van de ATP, het bestaan van een beleggingsadviesrelatie en het ontbreken van een hersteladvies, afgewezen.

5.13.1 Aangeslotene is in de precontractuele fase wel jegens Consument 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 de Spaarkas in rekening te brengen kosten en de invloed daarvan op het met de Spaarkas te behalen resultaat. Deze tekortkomingen zijn jegens Consument onrechtmatig.

Schade

5.14 De vraag is dan tot welke gevolgen dit moet leiden.

5.14.1 Nu vaststaat dat Aangeslotene onrechtmatig jegens Consument heeft gehandeld, is zij gehouden de diens gevolge door Consument geleden schade te vergoeden. Uit een oogpunt van effectieve rechtsbescherming en gelet op de met de desbetreffende bepalingen in de Riav 1994 en de CRR 1998 beoogde rechtsbescherming van (aspirant) verzekeringnemers tegen de gevolgen van verkeerde of onvolledige informatie, moet daarbij tot uitgangspunt worden genomen dat in beginsel oorzakelijk verband (sine qua

non- verband) bestaat tussen de onvolledigheid of onjuistheid van de informatie en de beslissing van Consument om de Spaarkas in deze vorm aan te gaan. Het was aan Aangeslotene om aannemelijk te maken dat dit in het onderhavige geval anders was. Daarvan is in dit geding niet gebleken (vgl. Commissie van Beroep 14 oktober 2010, 2010-011).

- 5.14.2 Ingevolge het bepaalde in artikel 6:97 BW moet de schade worden begroot op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is en zal zij, indien een nauwkeurige vaststelling niet mogelijk is, moeten worden geschat.
- 5.14.3 Voor een concrete vaststelling van de omvang van de door Aangeslotene te vergoeden schade moet een vergelijking worden gemaakt tussen de huidige vermogenspositie van Consument en de hypothetische vermogenspositie waarin hij zich zou hebben bevonden indien de aan Aangeslotene te verwijten tekortkomingen achterwege waren gebleven. Anders gezegd, moet worden vastgesteld wat Consument zou hebben gedaan indien hij door Aangeslotene steeds wel volledig en juist zou zijn geïnformeerd en tot welke uitkomst dat zou hebben geleid. De Commissie stelt vast dat het antwoord op die vraag afhankelijk is van een groot aantal min of meer onzekere factoren en dat thans niet meer met zekerheid is vast te stellen wat Consument zonder de tekortkomingen van Aangeslotene in 1998 en/of nadien zou hebben gedaan. Zo moet enerzijds worden aangenomen dat Consument beoogde met zijn beleggingsverzekering een zodanig rendement te behalen dat hij het door hem beoogde doel (vermogensvorming) zou kunnen bereiken, terwijl anderzijds moet worden aangenomen dat ook Consument zich ervan bewust was dat de opbrengst van zijn beleggingen allerminst zeker was en dat hij dus in 1998 wel degelijk ook het risico heeft willen aanvaarden dat de opbrengst van zijn verzekering (aanzienlijk) lager zou kunnen zijn. Ook is van belang dat in 1998 de breedgedragen verwachting bestond dat met beleggingen, zeker op de langere termijn, een aanzienlijk hoger rendement behaald zou kunnen worden dan thans algemeen wordt aangenomen en dat tegen die achtergrond de keuze voor een andere wijze van vermogensvorming, in de vorm van een spaarrekening of een verzekering met bijvoorbeeld een (minimum) gegarandeerde uitkering, minder voor de hand lag, terwijl ook fiscale motieven die keuze kunnen hebben beïnvloed.

Nu aldus niet meer met zekerheid kan worden vastgesteld wat Consument zou hebben gedaan indien hij door Aangeslotene wel steeds volledig en juist zou zijn geïnformeerd, kan de door Aangeslotene te vergoeden schade niet concreet worden vastgesteld, maar komt het aan op een met inachtneming van alle relevante factoren en gezichtspunten vast te stellen abstracte begroting van de door Consument geleden schade.

- 5.14.4 Bij die begroting neemt de Commissie als uitgangspunt dat Consument beoogde met zijn beleggingsverzekering een zodanig rendement te behalen dat hij daarmee het door hem beoogde doel (vermogensvorming) zou kunnen bereiken, maar dat hij zich daarbij wel realiseerde dat de opbrengst van de Spaarkas allerminst zeker was en dat daar kosten aan zouden zijn verbonden. Het aan Aangeslotene te maken verwijt bestaat er in dat zij Consument onvoldoende informatie heeft verschaft over de door haar in rekening te brengen kosten en de invloed daarvan op het door Consument met de Spaarkas

uiteindelijk te bereiken resultaat. Daarmee heeft Aangeslotene aan Consument de mogelijkheid ontnomen een voldoende geïnformeerde keuze te maken de Spaarkas al dan niet af te sluiten en/of voor een andere wijze van vermogensvorming te kiezen. De door Consument geleden schade is gelegen in het feit dat het met de Spaarkas te behalen resultaat wordt beperkt door de omvang van de in rekening gebrachte kosten. Met inachtneming van deze uitgangspunten is de Commissie van oordeel dat de aard van de door Consument geleden schade in dit geval meebrengt dat deze moet worden begroot op het verschil tussen de feitelijke opbrengst van de Spaarkas en een fictieve opbrengst van de Spaarkas, waarbij ten hoogste de hierna vast te stellen redelijke kosten in rekening worden gebracht.

- 5.14.5 Voor de vaststelling van de in rekening te brengen redelijke kosten wordt aangeknoopt bij de systematiek van de door Aangeslotene aangeboden compensatieregeling, waarin wordt uitgegaan van een maximum kostenpercentage (inclusief TER) over de gehele looptijd van de Verzekering. De Commissie stelt vervolgens voorop dat de vaststelling van een redelijk kostenpercentage noodzakelijkerwijs ook een min of meer arbitrair karakter heeft. Omdat het aan Aangeslotene te wijten is dat Consument bij de totstandkoming van de overeenkomst onvoldoende is geïnformeerd, zullen de daarbij te maken afwegingen eerder ten nadele van Aangeslotene, dan ten nadele van Consument moeten uitvallen. Verder neemt de Commissie tot uitgangspunt dat de Spaarkas bedoeld was om aan Consument - met aanvaarding van het daaraan verbonden beleggingsrisico - een reële kans te bieden op een in verhouding tot destijds beschikbare andere wijzen van vermogensvorming gunstiger resultaat. De maximaal in rekening te brengen redelijke kosten moeten daarom met dat economisch oogmerk in overeenstemming zijn en worden daardoor in zoverre begrensd.
- 5.14.6 Tegen deze achtergrond en uitdrukkelijk ook om - met het oog op de rechtseenheid - een hanteerbare maatstaf aan te leggen voor vergelijkbare gevallen, waarin de verzekeraar de consument onvoldoende informatie heeft verschaft over de kosten en de invloed daarvan op het te behalen resultaat om een voldoende geïnformeerde keuze te kunnen maken de beleggingsverzekering al dan niet af te sluiten, zal de Commissie, oordelend naar billijkheid, bepalen dat voor de begroting van door Consument geleden schade in dit geval dient te worden aangesloten bij de in de compensatieregeling gehanteerde methodiek, waarbij dient te worden uitgegaan van een door Aangeslotene maximaal in rekening te brengen kostenpercentage van 1,5%. Bij deze wijze van schadebegroting bestaat geen grond voor het aannemen van eigen schuld aan de zijde van Consument.
- 5.14.7 Bovenstaande leidt tot de conclusie dat Aangeslotene gehouden zal worden om de door Consument geleden schade te vergoeden, overeenkomstig de door haar in de compensatieregeling gehanteerde methodiek, waarbij, inclusief TER, een maximum kostenpercentage van 1,5% zonder verdere opslagen zal worden gehanteerd.

Kosten en beroep

- 5.15 Nu Consument gedeeltelijk in het gelijk is gesteld, dient Aangeslotene de door Consument gevorderde kosten van deskundige bijstand te vergoeden. De Commissie bepaalt deze kosten op €2.260,-. Voor de bepaling van die kosten heeft de Commissie overeenkomstig artikel 40.9 van haar Reglement aansluiting gezocht bij het daar genoemde liquidatietarief

en de te vergoeden kosten in het licht van de specifieke processuele gang van zaken in dit geval vastgesteld op vijf punten in tarief II. Tot slot dient Aangeslotene Consument de door hem betaalde eigen bijdrage van € 50,- voor de behandeling van dit geschil te betalen.

5.15.1 Het meer of anders gevorderde zal worden afgewezen. Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven. Tenslotte bepaalt de Commissie dat het belang van het onderhavige geschil rechtvaardigt dat op grond van artikel 43.1 van het Reglement van de Commissie in verband met artikel 5.6 van het Reglement van de Commissie van Beroep zowel voor Consument als Aangeslotene beroep open staat tegen de hierna verwoorde beslissing van de Commissie ongeacht of wordt voldaan aan de vereisten van artikel 5 leden 1 en 3 van het Reglement van de Commissie van Beroep.

6. Beslissing

De Commissie stelt bij bindend advies vast dat Aangeslotene gehouden is om binnen een termijn van vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd:

- a. de door Consument geleden schade te vergoeden, overeenkomstig de door haar in de compensatieregeling gehanteerde methodiek, waarbij, inclusief TER, een maximum kosten percentage van 1,5% zonder verdere opslagen zal worden gehanteerd.
- b. over te gaan tot betaling aan Consument van een bedrag van €2.260,-- aan kosten voor rechtsbijstand en een bedrag van € 50,- voor de eigen bijdrage voor de behandeling van dit geschil.

Het meer of anders gevorderde wordt afgewezen. Het belang van het onderhavige geschil rechtvaardigt dat op grond van artikel 43.1 van het Reglement van de Commissie in verband met artikel 5.6 van het Reglement van de Commissie van Beroep zowel voor Consument als Aangeslotene beroep open staat tegen de hierna verwoorde beslissing van de Commissie ongeacht of wordt voldaan aan de vereisten van artikel 5 leden 1 en 3 van het Reglement van de Commissie van Beroep.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van beslissingen van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Daarbij geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor www.kifid.nl/consumenten/hoe-wordt-uw-klacht-behandeld.