

Niet-Bindende Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening

nr. 2016-333 d.d. 21 juli 2016

(mr. A.W.H. Vink, voorzitter, mr. J.S.W. Holtrop en drs. L.B. Lauwaars RA, leden en mr. R. de Kruif, secretaris)

Samenvatting

Consument klaagt erover dat hij door zijn adviseur (Aangeslotene) niet is geïnformeerd over de eerste en doorlopende kosten die zijn ingehouden op de voor zijn beleggingsverzekeringen betaalde premies. Consument acht Aangeslotene gehouden deze kosten, die Aangeslotene als provisie van verzekeraar heeft ontvangen, aan hem terug te betalen. De Commissie is in het onderhavige geval echter van oordeel dat moet worden aangenomen dat Consument in 2007 zowel met deze schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, en dat hij op dat moment ook daadwerkelijk in staat was een vordering tot vergoeding van die schade jegens Aangeslotene in te stellen. Consument heeft Aangeslotene echter pas in 2013 aansprakelijk gesteld waardoor de vordering van Consument is verjaard. Dat Consument ervoor heeft gekozen eerst de verzekeraar aan te spreken, maakt het voorgaande niet anders omdat de gevolgen van deze keuze niet aan Aangeslotene kunnen worden tegengeworpen. De Commissie wijst als niet-bindend advies de vordering af.

Consument,

tegen

Fiën Adviesgroep Haarlemmermeer B.V., gevestigd te Haarlem, hierna te noemen Aangeslotene.

I. Procesverloop

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

- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het door Consument ondertekende vragenformulier met bijlagen;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene.

De Commissie stelt vast dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft geleid en dat partijen haar advies als *niet*-bindend aanvaarden.

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 22 juni 2016 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 2.1. In mei 1999 heeft Consument zich (samen met zijn partner) tot Aangeslotene gewend voor financieel advies. Naar aanleiding van het financieel advies heeft Consument via Aangeslotene twee levensverzekeringen op basis van beleggen, genaamd Flexibel Verzekerd Beleggen (hierna: de Verzekering(en)) afgesloten bij Nationale-Nederlanden Levensverzekeringsmaatschappij N.V. (hierna: Verzekeraar).
- 2.2. De Verzekering met polisnummer [nr.] is bedoeld voor een aanvullend pensioen (lijfrente) en heeft als ingangsdatum 25 juli 1999. Bij aanvang is afgesproken dat tot 25 juli 2031 een premie van fl. 12.150,00 per jaar wordt betaald met daarbij een beoogde uitkering van fl. 1.275.750,- op de lijfrente-ingangsdatum. De premie van fl. 12.150,00 (€ 5.513,42) per jaar heeft Consument betaald tot en met 25-07-2004. Vanaf dat moment betaalt Consument € 2.700,- premie per jaar.
- 2.3. De Verzekering met polisnummer [nr. 1] had als ingangsdatum 25 juli 1999 waarbij tot 25 juli 2038 een premie van fl. 1.750,00 (€ 794,11) per jaar zou worden betaald. De (gewenste) looptijd bedroeg 30 jaar met als doel vermogensgroei (sparen) en een beoogde uitkering van fl. 490.000,- op einddatum. Deze Verzekering is beëindigd op 29 maart 2011 waarbij een bedrag van € 3.653,23 is uitgekeerd.
- 2.4. Van toepassing zijn de Voorwaarden voor verzekeringen op basis van belegging in participaties gedeponereerd ter griffie van de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam op 31 augustus 1990 (hierna: de Voorwaarden).
- 2.5. Consument heeft in 2004 na zijn verzoek om premieverlaging, een brief d.d. 7 juni 2004 van Verzekeraar ontvangen waarin onder andere het volgende wordt vermeld:

“Door uw verzoek zal de premie met een substantieel bedrag worden verlaagd. Dit heeft gevolgen voor de mogelijke waardeopbouw van uw verzekering. Dit heeft te maken met de eerste kosten en doorlopende kosten van de verzekering.

Eerste kosten

Deze worden gemaakt bij aanvang van de verzekering en worden gebruikt voor reclame, verkoop, provisie en administratie.

Doorlopende kosten

Dit zijn incassokosten en doorlopende administratiekosten”

2.6. Consument heeft, nadat daarom via Aangeslotene was verzocht, van Verzekeraar een overzicht d.d. 24 april 2007 ontvangen waarin onder ander het volgende wordt vermeld:

“(...) Wij beleggen de premies voor uw beleggingsverzekering altijd helemaal. Pas daarna brengen wij onze kosten en de premie voor het overlijdensrisico in rekening. Elke keer als u premie betaalt, nemen uw beleggingen toe. Omdat wij daarna nog kosten en risicopremie berekenen, nemen uw beleggingen weer af. (...)

Eerste kosten

De eerste kosten zijn de kosten voor het ontwikkelen, op de markt brengen en verkopen van het product. Denkt u onder ander aan de kosten voor reclame, de betaling van uw verzekeringsadviseur en het inrichten van een administratie voor het product. Een belangrijk deel van deze kosten is het geld dat wij betalen aan de verzekeringsadviseur. Wij noemen dat de afsluitprovisie. Uw verzekeringsadviseur krijgt geld voor het werk dat hij voor u doet. U hoeft zelf als klant niets te betalen aan uw verzekeringsadviseur.

(...)

Voor uw verzekering zijn de eerste kosten over de periode:

van 25 juli 1999 tot 25 juli 2000 € 131,36 per maand

van 25 juli 2000 tot 25 juli 2004 € 134,32 per maand

van 25 juli 2004 tot 25 juli 2009 € 133,90 per maand

van 25 juli 2009 tot 25 juli 2010 € 2,96 per maand

Bij de premieverlaging van 25 juli 2004 is eenmalig € 68,07 in rekening gebracht.

Doorlopende kosten

Doorlopende kosten zijn administratiekosten en kosten om de premie te kunnen incasseren. De doorlopende kosten brengen wij in rekening zolang de verzekering duurt. De doorlopende kosten zijn:

van 25 juli 1999 tot 25 juli 2000 € 205,90 per jaar

van 25 juli 2000 tot 25 juli 2004 € 208,26 per jaar

van 25 juli 2004 tot 25 juli 2031 € 135,57 per jaar

Na 25 juli 2031 zijn de doorlopende kosten € 81,57 per jaar.

Beheerkosten maken ook deel uit van de doorlopende kosten. Beheerkosten zijn kosten voor het beheren van de participaties in onze administratie. Dit deel van de doorlopende kosten wordt elke maand opnieuw bepaald, omdat beheerkosten afhankelijk zijn van de waarde van de beleggingen op dat moment. De beheerkosten zijn gemiddeld 0,5% per jaar van de waarde van de beleggingen. De beheerkosten over de periode van 25 oktober 2006 tot 25 april 2007 zijn gemiddeld € 12,53 per maand.”

2.7. Consument heeft met Verzekeraar een minnelijke regeling gesloten. De Ombudsman heeft geconcludeerd dat het voor hem, nog los van de vraag of Aangeslotene daartoe gehouden zou zijn, niet mogelijk is om zonder kennis van de inhoud van de vaststellingsovereenkomst tussen Consument en Verzekeraar te bemiddelen tussen Consument en Aangeslotene over een eventuele aanvullende schadevergoeding.

3. De vordering en grondslagen

3.1. Consument vordert € 19.538,- van Aangeslotene.

3.2. Aan deze vordering legt Consument ten grondslag dat Aangeslotene onrechtmatig heeft gehandeld dan wel toerekenbaar tekort is geschoten in haar advisering door Consument bij het aangaan van de Verzekeringen (en daarna) niet te informeren over de zogenaamde eerste en doorlopende kosten van de Verzekeringen. Consument voert de volgende argumenten aan:

- Bij het aangaan van de Verzekeringen heeft Consument de polisvoorwaarden niet ontvangen en was het bovendien onduidelijk hoe deze verkregen konden worden. Consument vond dat toen echter ook niet nodig, omdat het om een polis ging van een zeer betrouwbaar geacht bedrijf als Verzekeraar en hij meerdere malen aan Aangeslotene heeft gevraagd om hem over alles wat relevant was te informeren. Aangeslotene is hierin nalatig geweest en was minimaal op de hoogte van de kosten (provisie) die naar haar zelf vloeiden. Het feit dat het fiscale voordeel van de geadviseerde constructie geheel teniet werd gedaan door absurd hoge kosten was ook zeker relevant geweest.
- Later heeft Consument in de Voorwaarden kunnen nalezen dat eerste en doorlopende kosten ten behoeve van Verzekeraar en Aangeslotene ook daarin niet vermeld worden. Consument heeft nooit kunnen weten dat deze kosten zouden worden ingehouden. Deze kosten zijn niet overeengekomen en daarom onrechtmatig ingehouden. Consument vordert derhalve de provisie terug die Aangeslotene van Verzekeraar heeft ontvangen.
- Het feit dat Consument met Verzekeraar een schikking heeft getroffen betreffende de Verzekeringen doet niets af aan de klacht tegen Aangeslotene. De schikking dekt niet alle geleden schade en het is Aangeslotene die als adviseur toerekenbaar is tekortgeschoten. De kosten die zijn ingehouden en zijn betaald aan Aangeslotene staan los van de schikking met Verzekeraar en dienen dan ook door Aangeslotene terugbetaald te worden.

3.3. Op de stellingen die Aangeslotene tot verweer heeft opgeworpen, wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. Beoordeling

- 4.1. Het aan de Commissie voorgelegde geschil betreft in de kern de vraag of Aangeslotene onrechtmatig heeft gehandeld dan wel toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit overeenkomst van opdracht door (in de precontractuele fase) geen of onvoldoende informatie te verstrekken over de eerste en doorlopende kosten die zouden worden ingehouden op de voor de verzekeringen te betalen premie.
- 4.2. Aangeslotene heeft als meest verstrekkend verweer aangevoerd dat de vorderingen van Consument zijn verjaard omdat hij in 2004 en in 2007 uitgebreid en tot in detail is geïnformeerd over de in rekening gebrachte kosten en dat hij toen dus ook moet hebben geweten dat, zoals hij stelt, Aangeslotene hem daarover bij het aangaan van de Verzekeringen niet of onvoldoende zou hebben geïnformeerd. Nu Consument Aangeslotene vervolgens pas voor het eerst in 2013 aansprakelijk heeft gesteld voor de als gevolg van de in rekening gebrachte kosten geleden schade, is diens vordering volgens Aangeslotene verjaard.
- 4.3. Artikel 3:310 lid I van het Burgerlijk Wetboek (BW) luidt als volgt:
“Een rechtsvordering tot vergoeding van schade of tot betaling van een bedongen boete verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade of de opeisbaarheid van de boete als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, en in ieder geval door verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt of de boete opeisbaar is geworden.”
- 4.4. Uit artikel 3:310 BW volgt dat een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Er hoeft geen bekendheid te zijn met alle componenten of met de gehele omvang van de schade. Voldoende is dat de schuldeiser daadwerkelijk in staat is de vordering in te stellen (zie HR 10 september 2010, NJ 2012, 195 en HR 9 juli 2010, NJ 2012, 194). Het gaat om een subjectieve bekendheid, maar voor het gaan lopen van de verjaringstermijn is niet vereist dat benadeelde, behalve met de feiten en omstandigheden die betrekking hebben op de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon, ook daadwerkelijk bekend is met de juridische beoordeling van die feiten en omstandigheden (zie HR 26 november 2004, NJ 2006, 115 en Asser 6-II, nr. 415).
- 4.5. De Commissie stelt vast dat Consument na zijn verzoek om premieverlaging in 2004 een brief d.d. 7 juni 2004 van Verzekeraar heeft ontvangen waarin duidelijk staat dat binnen de Verzekering van Consument sprake is van eerste en doorlopende kosten. Consument heeft deze brief vervolgens in verband met de premieverlaging, op 14 juni 2004 voor akkoord ondertekend en aan Verzekeraar teruggestuurd.

Consument was op dat moment op de hoogte van het feit dat eerste en doorlopende kosten op de Verzekering(en) werden ingehouden, en dat door de premieverlaging het investeringspercentage gedurende de periode van 25 juli 2004 tot 25 juli 2009 slechts 35,47% van de premie zou bedragen en dat dus een groot deel van de premie aan kosten zou opgaan.

Vervolgens heeft Consument bij brief van 23 april 2007 aan Aangeslotene vragen gesteld over zijn Verzekeringen en de (eerste en doorlopende) kosten die daarop werden ingehouden. Aangeslotene heeft naar aanleiding daarvan Verzekeraar om informatie gevraagd. Uit het op verzoek van Aangeslotene door Verzekeraar opgestelde en aan Consument verstuurd overzicht van 24 april 2007 blijkt exact hoeveel eerste en doorlopende kosten daadwerkelijk op de Verzekering van Consument zijn of worden ingehouden. In deze brief wordt ook vermeld dat een belangrijk deel van de eerste kosten het geld is dat Verzekeraar aan de verzekeringsadviseur (Aangeslotene) betaalt als zijnde provisie voor de werkzaamheden die Aangeslotene heeft verricht of nog zal verrichten.

- 4.6. Daarmee staat vast dat Consument in ieder geval in 2007 bekend was met het feit dat op de door hem betaalde premie voor de Verzekeringen eerste en doorlopende kosten werden ingehouden, hoe hoog die kosten waren en dat die kosten van invloed waren op het met zijn Verzekeringen te behalen resultaat. Voorts staat vast dat Consument in 2007 wist dat hij, zoals hij stelt, door Aangeslotene bij het afsluiten van de Verzekeringen niet over het bestaan en de omvang van die kosten was geïnformeerd en dat hij als gevolg daarvan schade had geleden, nu deze kosten ten laste waren gekomen van het met de Verzekeringen tot dan toe behaalde resultaat. Onder deze omstandigheden moet ervan worden uitgegaan dat Consument in 2007 zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Consument heeft dat ter zitting ook onderschreven, in die zin dat hij heeft verklaard dat hij er voor gekozen heeft om eerst de Verzekeraar aan te spreken omdat hij van mening was dat nu Verzekeraar deze kosten had ingehouden, zij ook degene was die de kosten zou moeten terugbetalen. Vervolgens heeft hij, nadat hij met Verzekeraar een schikking had getroffen, besloten om alsnog Aangeslotene aan te spreken voor het deel van de kosten dat niet door Verzekeraar was vergoed, omdat - volgens Consument - een deel van de ingehouden eerste kosten als provisie aan Aangeslotene was betaald.
- 4.7. De Commissie is in het licht van het voorgaande van oordeel dat moet worden aangenomen dat Consument in 2007 zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, en dat hij op dat moment ook daadwerkelijk in staat was een vordering tot vergoeding van die schade jegens Aangeslotene in te stellen. Dit betekent dat de verjaringstermijn van de thans ter beoordeling voorliggende vordering op Aangeslotene in iedere geval in 2007 is gaan lopen. Dat Consument ervoor heeft gekozen eerst de Verzekeraar aan te spreken, maakt dat niet anders.

De gevolgen van die keuze kunnen immers niet aan Aangeslotene worden tegengeworpen. Nu gesteld noch gebleken is dat Consument de verjaring van haar eventuele vordering op Aangeslotene na 2007 nog heeft gestuit, moet het ervoor gehouden worden dat de verjaringstermijn van vijf jaren in ieder geval per 31 december 2012 was voltooid, en het vorderingsrecht van Consument dus reeds was verjaard toen hij Aangeslotene begin 2013 voor het eerst aansprakelijk stelde.

- 4.8. De slotsom is dat de door Consument ingestelde vordering is verjaard en om die reden wordt afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie wijst, als niet-bindend advies, de vordering af.

De uitspraak heeft de vorm van een niet-bindend advies. Tegen deze uitspraak staat geen hoger beroep open bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. U kunt de zaak nog wel aan de rechter voorleggen.