Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-52 d.d. 28 januari 2014
(mr. A.W.H. Vink, voorzitter, drs. W. Dullemond en mr. B.F. Keulen, leden en mr. S.N.W. Karreman, secretaris)

Samenvatting

Consument heeft gesteld dat hij vrijwel jaarlijks bij Aangeslotene heeft geklaagd. Uit de stukken komt echter naar voren dat hij haar voor het eerst bij brief van 14 december 2011 schriftelijk aansprakelijk heeft gesteld. Daarom slaagt het door Aangeslotene gedane beroep op verjaring op grond van art. 3 : 310 lid 1 BW. Consument heeft immers niet tijdig de verjaring gestuit door een schriftelijke aanmaning of mededeling als bedoeld in art. 3 : 317 BW.

Consument,

tegen

Vandien Service Provider B.V., hierna te noemen Aangeslotene.

1. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar Reglement en op basis van de volgende stukken:
- stukken uit het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het door Consument ondertekende klachtformulier met bijlagen, ontvangen op 17 oktober 2012;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument met bijlagen;
- de dupliek van Aangeslotene met bijlagen;
- de brief van 15 mei 2001 van Aangeslotene aan Consument, uitgereikt tijdens de hierna te noemen zitting van 8 januari 2014.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.
Tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid. Beide partijen zullen het advies als bindend aanvaarden.
Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op woensdag 8 januari 2014 en zijn aldaar verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- (Naam Consument) [X] (hierna: de B.V.) heeft met ingang van 1 december 1996 ten behoeve van haar werknemer, Consument, en diens gezin door de bemiddeling van een rechtsvoorganger van Aangeslotene bij een verzekeraar een pensioenregeling getroffen. Waar in het hierna volgende over Aangeslotene wordt gesproken, wordt daaronder ook de rechtsvoorganger verstaan. De pensioenregeling ging aanvankelijk uit van een pensioengevend salaris van Consument van f 150.000,- en omvatte een aanspraak op een ouderdomspensioen, een weduwepensioen en een wezenpensioen. De premie voor de pensioenregeling kwam ten laste van de B.V. Verzekerd werd een vast kapitaal waarmee, bij het in leven zijn van Consument op 1 augustus 2012 of terstond na diens eerder overlijden, het pensioen aangekocht kon worden. Aan de verzekering was een overrentewinstdeling verbonden. Voorts omvatte de pensioenregeling een arbeidsongeschiktheidsrente tot uiterlijk 1 januari 2007 of het eerder overlijden van Consument.
- Op 19 december 2000 heeft een bedrijfsadviesbureau namens Consument aan de verzekeraar bericht dat de fiscus een pensioengevend salaris van f 150.000,- niet had geaccepteerd en dat uitgegaan moest worden van een aanzienlijk lager, jaarlijks wisselend salaris. Naar aanleiding daarvan heeft de verzekeraar herberekeningen uitgevoerd over de periode vanaf de ingangsdatum van de pensioenregeling en de B.V. bij brief van 12 februari 2001 van de uitkomst daarvan in kennis gesteld. Blijkens de brief zouden eventueel teveel betaalde premies aan de B.V. worden terugbetaald.
- In een brief van 23 april 2001 hebben de B.V. en Consument aan de verzekeraar bericht 'Naar aanleiding van ons telefoongesprek van heden' dat de pensioenregeling kon worden omgezet in een pensioenregeling 'met deelname in het Fundplan op basis van het Mix Fund'.
- Blijkens het polisblad van 11 mei 2001 neemt de pensioenregeling van Consument met ingang van 1 mei 2001 deel in het Fundplan van de verzekeraar. Het polisblad vermeldt: 'Tenzij anders is vermeld, zijn de genoemde bedragen gegarandeerd.' Blijkens het uitkeringenblad van 11 mei 2001 was voorzover thans van belang een kapitaal van f 296.633,- verzekerd bij in leven zijn van Consument op 1 augustus 2012 of terstond na diens eerder overlijden, en voorts een arbeidsongeschiktheidsrente van f 54.602,- per jaar tot uiterlijk 1 december 2007 of het eerder overlijden van Consument. Het uitkeringenblad vermeldt onder meer: 'Het bepaalde in clausule nr. 5570 is uitdrukkelijk van toepassing op het uiteindelijk uit te keren kapitaal op de einddatum.' Clausule nr. 5570 vermeldt onder meer: 'Indien voor een periode van minimaal 10 jaar voorafgaande aan de einddatum wordt deelgenomen in de fondsen behorende bij het (…) Fundplan met een garantiebepaling, is het kapitaal bij in leven zijn op de einddatum gegarandeerd. (…)'
- Een door de verzekeraar aan de B.V. verstrekt overzicht van 5 november 2001 vermeldt een gegarandeerd pensioenkapitaal van f 296.633,-, een pensioenkapitaal van f 459.700,- bij een (historisch) rendement van 11,0% en een pensioenkapitaal van f 395.200,- bij een standaard rendement van 9%.
- Nadien is de pensioenregeling van Consument wegens gewijzigde wet- en overige regelgeving omgezet naar belegging in een Garantiefonds.
- In juli 2012 heeft de verzekeraar aan Consument en de B.V. bericht dat de pensioenbeleggingsverzekering van Consument zou worden getoetst aan de maximale kostennorm die na overleg met de Stichting van de Arbeid door het Verbond van Verzekeraars is opgesteld. Volgens de brief van de verzekeraar aan de B.V. mogen volgens

deze kostennorm de kosten maximaal 9,5% van de betaalde premie zijn en daarnaast jaarlijks maximaal 1,5% van de beleggingswaarde respectievelijk maximaal 2,15% van de beleggingswaarde als de verzekering een garantie geeft.
- Ook tegen de verzekeraar heeft Consument een klacht ingediend. Dit geschil is beëindigd na betaling door de verzekeraar van een geldbedrag aan Consument.

4. De vordering en grondslagen

4.1 Consument vordert betaling door Aangeslotene van een bedrag van € 77.263,35, vermeerderd met een gedeelte van het door Consument berekende resterende schadebedrag van € 134.853,27.
4.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen.
- In 1996 is Consument zijn bedrijf in de vorm van een B.V. gestart. Het betreft een stamrecht B.V. waarin pensioen in eigen beheer gehouden mag worden. Ook deze B.V. moet als klager worden aangemerkt.
- Door ondeugdelijke en misleidende informatie heeft Consument in totaal op de onderhavige pensioenvoorziening een schade van € 212.116,63 geleden, die door de verzekeraar en Aangeslotene vergoed moet worden.
- Aangeslotene heeft Consument destijds geadviseerd om een pensioenverzekering af te sluiten die bij zijn toenmalige salaris en reeds opgebouwde pensioenrechten paste. Aangeslotene was de bij uitstek deskundige daartoe. Consument had de kennis en ervaring daarvoor niet. In 2000 bleek dat Aangeslotene ten onrechte was uitgegaan van een te hoog salaris en dat de verzekering verlaagd moest worden tot een niveau dat paste bij zijn werkelijke salaris. Een schade van € 77.263,35 was het gevolg.
- Consument had geen enkele beleggingservaring en wilde geen enkel beleggingsrisico lopen. Aangeslotene en de verzekeraar hebben geen beleggerprofiel opgesteld. Zij hebben niet de risico's die aan beleggen verbonden zijn, met Consument besproken. Ook bij toezending van de in die zin gewijzigde polis bij brief van 15 mei 2001 heeft Aangeslotene niet op dat risico gewezen. Zij is daardoor toen ernstig tekortgeschoten. Zij is als adviseur volledig aansprakelijk voor het onjuiste advies om de pensioenregeling te baseren op beleggingen.
- De schadeberekening door Consument is gebaseerd op voor hem acceptabele kosten en een acceptabel rendement. Blijkens een door de verzekeraar in januari 2010 gegeven overzicht bedragen de kosten 8,8% voor de verzekeraar en 4% voor Aangeslotene. Uit publicaties en jurisprudentie komt echter naar voren dat acceptabel is dat deze kosten in totaal 3,4% bedragen. Inmiddels zijn echter kostenpercentages van 0,5 tot 1% per jaar over de waarde van de polis de norm. Voor Consument in rekening gebrachte hogere kosten is Aangeslotene verantwoordelijk. Een gemiddeld rendement van 6% over ruim 15 jaar was zeker haalbaar. In november 2001 suggereerde de verzekeraar nog een rendement van minimaal 9%.
- De pensioenvoorziening was ondeugdelijk. Als Consument bij het afsluiten van de pensioenvoorziening met de hoge kosten en het lage rendement bekend was geweest, had hij deze waarschijnlijk niet afgesloten.
- In 2005 en 2008 heeft Consument met Aangeslotene over de voortzetting van de verzekering gediscussieerd, mede naar aanleiding van de aandacht aan beleggingspolissen in

de media. Dit heeft toen niet tot helderheid en verbetering van de kostenstructuur en het rendement geleid. Aangeslotene adviseerde geheel ten onrechte om de polis ongewijzigd te laten doorlopen. Goede alternatieven waren er volgens haar niet. Afkoop was toen volgens haar geen optie.
- Consument heeft vrijwel jaarlijks bij Aangeslotene geklaagd nadat de foute salarisgegevens aan het licht waren gekomen. Aangeslotene is ernstig tekortgeschoten in haar zorgplicht.

4.3 Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd.
- Consument is sinds de aanpassing van het salaris in 2000 bekend met de door hem gestelde schade en wie hij daarvoor aansprakelijk moet houden. Pas in 2012 heeft hij Aangeslotene aansprakelijk gesteld. Daarom is op grond van artikel 3 : 310 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek de rechtsvordering tot vergoeding van zijn schade verjaard.
- Overigens is Aangeslotene van mening dat Consument zich omtrent de te hoog afgesloten pensioenverzekering tot zijn (ex-)werkgever, de B.V., moet wenden. De B.V. was de pensioenuitvoerder. Deze heeft kennelijk verzuimd om de pensioengrondslag aan te passen. Bij fouten in de uitvoering is de werkgever aansprakelijk.
- De klacht is wat betreft de gehanteerde kostenpercentages niet deugdelijk onderbouwd. Consument moet op grond van artikel 150 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering zijn stellingen bewijzen. Dat sprake is geweest van ondeugdelijke en misleidende informatie heeft hij niet inzichtelijk gemaakt. Zijn schadeberekening klopt niet. Van schade doordat de pensioenregeling aanvankelijk gebaseerd was op een salaris dat korte tijd later drastisch daalde, is geen sprake. Consument zal het te hoge salaris zelf hebben genoemd. De verzekeraar heeft bovendien de verzekering vanaf de ingangsdatum naar de juiste salarissen gecorrigeerd.
- De aanvankelijke pensioenregeling bood de zekerheid die Consument en zijn echtgenote thans stellen te hebben gewenst. Uit de brief van 23 april 2001 van de B.V. en Consument blijkt dat Consument zelf het initiatief heeft genomen tot omzetten van de pensioenregeling in een pensioenregeling met deelname in het Fundplan op basis van het Mix Fund. Aangeslotene heeft hem die wijziging niet geadviseerd. Overigens zijn blijkens opgave van de verzekeraar van 10 juni 2013 de beleggingen in het mixfonds later omgezet naar een garantiefonds.
- Sprake is van een pensioenbeleggingsverzekering. In de offerte van 16 december 1996 van de verzekeraar werd een prognosekapitaal op de pensioendatum bij een rendement van 6 en 8% genoemd. Dergelijke prognoserendementen waren toen gebruikelijk. Een prognose is geen garantie. Aan beleggen is het risico van koersverlies verbonden. Sinds 2002 zijn de beurskoersen bijna voortdurend gedaald. Dit was voor niemand voorzienbaar. Door de gedaalde beurskoersen verschilde het eindkapitaal sterk van de bij aanvang door de verzekeraar genoemde prognosekapitalen. Aangeslotene treft hier geen verwijt. Overigens is Consument een bedrijfsadviseur die onder andere adviseert bij fusies en overnames van bedrijven; hij moet geacht worden bekend te zijn met de risico's die aan beleggen kleven.
- Blijkens een e-mailbericht van 20 december 2005 van Consument heeft hij zelf besloten de verzekering onveranderd voort te zetten. Deze verzekering voldeed volledig aan de wensen van Consument en zijn echtgenote door het gegarandeerde kapitaal en de geboden zekerheid bij overlijden en arbeidsongeschiktheid.

- Het door Consument genoemde kostenpercentage van 3,4% betreft de Wabeke-norm. Dit percentage en de in de Stichtingsakkoorden overeengekomen kostenpercentages gelden niet voor pensioenpolissen. Voor dergelijke polissen geldt de STAR-regeling, op grond waarvan een kostenpercentage van 9% over de premie als acceptabel geldt. De verzekeraar heeft in 2012 de kosten op de onderhavige pensioenregeling doorgerekend en heeft Consument en de B.V. daaromtrent bericht. Mochten de ingehouden kosten de norm overschrijden, dan ontvangt Consument van de verzekeraar daarvoor compensatie. Van schade is dan geen sprake.
- In 2005 heeft Aangeslotene de verzekering met Consument besproken. Gezien de behoefte van Consument waren er geen reële alternatieven. Het advies van Aangeslotene om niet te veranderen is een goed advies gebleken. Het garantiekapitaal in 2000 was € 134.500,- en in 2012 is uitgekeerd € 157.375,- met rente wegens de late betaling.
- Concluderend stelt Aangeslotene niet te zijn tekortgeschoten jegens Consument.

5. Beoordeling

5.1 Ter zitting heeft Consument verklaard dat de vordering ter zake van het kostenaspect tegen Aangeslotene is ingetrokken. Het kostenaspect kan de Commissie derhalve buiten beschouwing laten.
5.2 Consument heeft gesteld dat hij vrijwel jaarlijks bij Aangeslotene heeft geklaagd nadat de foute salarisgegevens aan het licht waren gekomen. Uit de stukken komt echter naar voren dat hij haar voor het eerst bij brief van 14 december 2011 schriftelijk aansprakelijk heeft gesteld. Dit leidt ertoe dat het door Aangeslotene gedane beroep op verjaring op grond van artikel 3 : 310 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek slaagt. Consument heeft aldus immers niet tijdig deze verjaring gestuit door een schriftelijke aanmaning of mededeling als bedoeld in artikel 3 : 317 BW. Dit heeft tot gevolg dat de Commissie de na de hierboven in 5.1 vermelde intrekking nog resterende vordering van Consument niet-ontvankelijk zal verklaren.
5.3 Ook overigens geldt dat onvoldoende gesteld of gebleken is dat Aangeslotene Consument onjuist heeft geadviseerd of dat Aangeslotene haar zorgplicht jegens hem niet in acht heeft genomen. Daarbij betrekt de Commissie onder meer het navolgende.
- Dat en zo ja waarom de in 1996 afgesloten pensioenregeling die tegen een vaste premie voorzag in een vaste uitkering met overrente, waarmee op de einddatum in 2012 tegen de dan geldende tarieven een pensioen moest worden aangekocht, onjuist zou zijn is gesteld noch gebleken.
- Niet helder is geworden waarom aanvankelijk een te hoog inkomen verzekerd is. Aannemelijk is echter dat dit is geschied naar aanleiding van de opgaven van Consument zelf en/of de B.V. dan wel het door de B.V. ingeschakelde administratiekantoor. Wat daarvan ook zij, later is dit door de verzekeraar herrekend en is de teveel betaalde premie blijkens diens opgave aan de B.V. terugbetaald.
- In hun brief van 23 april 2001 hebben de B.V. en Consument zelf aan de verzekeraar bericht dat de pensioenregeling kon worden omgezet in een pensioenregeling ‘met deelname in het Fundplan op basis van het Mix Fund’. Blijkens de brief gebeurde dit ‘naar aanleiding van ons telefoongesprek van heden’. Betrokkenheid van Aangeslotene daarbij is niet gebleken.

Van Aangeslotene behoefde voorts niet verlangd te worden dat zij bij toezending op 15 mei 2001 van de dienovereenkomstig gewijzigde verzekering Consument en de B.V. nog uitdrukkelijk op de risico's van beleggen wees, dit mede omdat zij dit risico bij Consument en de B.V. voldoende bekend mocht achten.
- Ook kan de Commissie, zonder nadere toelichting door Consument die ontbreekt, niet tot de conclusie komen dat het later door Aangeslotene gegeven advies om de verzekering niet te veranderen, onjuist was. Dat geldt temeer nu ook na omzetting nog een gegarandeerd eindkapitaal was verzekerd.
5.4 Al het voorgaande leidt tot de slotsom dat de vordering van Consument deels is verjaard en voor het overige ongegrond is. De vordering zal dan ook om die reden worden afgewezen.

6. Beslissing

De Commissie wijst bij wege van bindend advies de vordering van Consument af.

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 kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht/4#stappen-plan.