Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2023-0041

(mr. dr. S.O.H. Bakkerus, voorzitter en mr. E.C. van Roosmalen-Aarts, secretaris)

Klacht ontvangen op	6 juli 2017
Ingediend door	De consument,
Tegen	ASR Levensverzekering N.V., gevestigd te Utrecht, verder te noemen de verzekeraar
Datum uitspraak	17 januari 2023
Aard uitspraak	Bindend advies
Uitkomst	Vordering afgewezen

Samenvatting

Klacht tegen de verzekeraar naar aanleiding van een in 1998 gesloten beleggingsverzekering Variabel InvesteringsPlan. De consument stelt dat er gedurende de looptijd van de verzekering onredelijk hoge kosten in rekening zijn gebracht en dat hij daarover niet voldoende is geïnformeerd. Hij vordert daarom schadevergoeding van de verzekeraar. Deze vordering is verjaard. De vordering van de consument wordt afgewezen.

1. De procedure

1.1 De commissie beslist op basis van haar reglement dat gold tot 1 april 2022 (hierna: het reglement) en op basis van de door partijen aan Kifid ingestuurde documenten inclusief bijlagen. Het gaat om:

- het klachtformulier van de consument;
- de aanvullende stukken van de consument;
- de reactie van de verzekeraar;
- het verweerschrift van de verzekeraar;
- de repliek van de consument;
- de dupliek van de verzekeraar.

1.2 Na het indienen van de dupliek heeft de Hoge Raad prejudiciële vragen van het gerechtshof Den Haag over beleggingsverzekeringen beantwoord. De commissie acht de antwoorden van de Hoge Raad relevant voor de beoordeling van klachten over beleggingsverzekeringen van het type universal life. Daarom zijn partijen in de gelegenheid gesteld om te reageren op deze prejudiciële beslissing van de Hoge Raad.[1] De consument heeft op 5 maart 2022 zijn reactie ingediend en de verzekeraar op 1 april 2022.

[1] HR 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:166. Zie ook Gerechtshof Den Haag 23 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:302, te vinden op www.rechtspraak.nl.

1.3 De commissie is van oordeel dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak wordt daarom op grond van de stukken beslist.

1.4 De consument en de verzekeraar hebben gekozen voor een bindend advies. Dit betekent dat partijen elkaar aan de uitspraak kunnen houden.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

2.1 De consument had door bemiddeling en advisering van een tussenpersoon met ingang van 1 januari 1998 een Variabel InvesteringsPlan (hierna: de verzekering) bij (een rechtsvoorganger van) de verzekeraar. Deze beleggingsverzekering was van het type universal life en voorzag in een uitkering bij leven op de einddatum en een uitkering bij overlijden aan de begunstigden. De hoogte van de uitkering was mede afhankelijk van de opgebouwde waarde van de participaties. Het beleggingsrisico kwam voor rekening van de consument. De verzekering had een open einddatum.

2.2 Bij de verzekering was sprake van een overlijdensrisicodekking en van kapitaalopbouw op basis van beleggen met het beleggingsrisico geheel voor rekening van de consument.

2.3 De verzekeraar heeft de consument vanaf maart 2008 door middel van waarde-overzichten conform de modellen van de Commissie De Ruiter geïnformeerd over de waardeontwikkeling van de verzekering.

2.4 Bij emailbericht van 14 april 2008 heeft de consument informatie bij zijn tussenpersoon opgevraagd over de hoogte van de kosten naar aanleiding van de tegenvallende waardeontwikkeling van de verzekering.

2.5 Bij brief van 7 juni 2008 heeft de consument zich bij (een rechtsvoorganger van) de verzekeraar schriftelijk beklaagd over de verzekering. Toen hij daarop geen reactie ontving heeft hij op 15 juli 2008 een brief aan de verzekeraar gestuurd met de mededeling dat deze brief in de plaats van de eerdere brief kwam. In de brief van 15 juli 2008 is het volgende opgenomen:

"(...)
Recent heb ik via de media begrepen dat er veel kritiek is op beleggingsverzekeringen. Deze richt zich vooral op de relatief hoge kosten, de gebrekkige transparantie en (bijzondere) risico's van deze producten. Ik heb begrepen dat deze kritiek al sinds begin jaren '90 wordt geuit. Ik neem aan dat Fortis ASR hiervan op de hoogte was en is. Voor mij geldt dit niet.

Naar ik nu begrijp houdt Fortis ASR aanzienlijke bedragen in op de door mij betaalde bruto premies en/of de voor mij beheerde beleggingen. Hierover heeft u mij destijds niet geïnformeerd, althans niet hoe hoog deze inhoudingen zijn. Ook begrijp ik nu dat deze inhoudingen in de toepasselijke polisvoorwaarden niet, of onvoldoende specifiek worden genoemd, zodat deze inhoudingen geen contractuele grondslag hebben. Gelet hierop ben ik van mening dat Fortis ASR ten onrechte de bewuste bedragen heeft ingehouden. Er is dus sprake van onverschuldigde betaling. Ik maak dan ook aanspraak op terugbetaling van alle ingehouden bedragen, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf de dag van de inhouding tot aan de dag van terugstorting. Hierbij verzoek ik Fortis ASR om hiertoe over te gaan. Ook maak ik aanspraak op vergoeding van de schade die ik hierdoor lijdt plus wettelijke rente.

Voorts begrijp ik nu dat aan de polis bijzondere risico's zijn verbonden waarvoor Fortis ASR mij niet heeft gewaarschuwd en waarover ik niet ben geïnformeerd. Deze risico's houden verband met de hoogte van de inhoudingen en de wijze waarop deze inhoudingen worden verricht. Het betreft onder meer de volgende risico's:

- dat het rendement van de beleggingen onvoldoende is om de aan de polis en fondsen verbonden kosten terug te verdienen;
- dat de uitkering op de polis lager kan zijn dan de som van de door mij betaalde bruto premies;
- dat een hoger bedrag wordt ingehouden indien het rendement van de beleggingen lager is dan waarvan in de offerte is uitgegaan, waardoor het negatieve effect van tegenvallende beleggingsrendementen extra wordt versterkt ('hefboom effect');
- dat bij een negatief beleggingsrendement veelal meer beleggingen moeten worden verkocht voor de inhoudingen dan waarvan in de offerte is uitgegaan, waardoor versneld wordt ingeteerd op het vermogen binnen de polis ('kannibalisatie');
- dat de kans op een positief rendement sterk afneemt wanneer ik de bruto premie verlaag, de polis opzeg of de opgebouwde waarde geheel of gedeeltelijk opneem of omzet in een direct ingaande lijfrente;
- de verzekering automatisch eindigt indien de koersen zodanig dalen dat de opgebouwde waarde onvoldoende wordt om de kosten te voldoen;
- de kans op een positief rendement (sterk) afneemt bij koersdalingen aan het begin van de looptijd, ook wanneer de koersen daarna weer stijgen;

Als Fortis ASR mij voor deze risico's had gewaarschuwd, zou ik de polis niet, althans niet in de huidige vorm, zijn aangegaan. De huidige polis sluit niet aan bij mijn financiële situatie, wensen en doelstellingen. U had mij dan ook moeten ontraden om de polis aan te gaan. Ik ben daarom van mening dat Fortis ASR de op haar rustende informatieplicht en zorgplicht heeft gezonden en dat sprake is van misleiding, waardoor Fortis ASR aansprakelijk is voor de door mij geleden schade. Hierbij stel ik Fortis ASR hiervoor aansprakelijk en ik verzoek u deze schade aan mij te vergoeden, te vermeerderen met wettelijke rente en eventuele bijkomende kosten.

Ik verzoek u binnen 14 dagen na heden gevolg te geven aan mijn verzoek om terugstorting van inhoudingen en schadevergoeding. Bij gebreke daarvan acht ik mij vrij om eventueel verdere rechtsmaatregelen tegen Fortis ASR te nemen. De hieraan verbonden kosten zullen dan ook voor uw rekening komen. Ik behoud mij uitdrukkelijk alle rechten voor die ik in verband met de polis mocht hebben, ook rechten die niet al hierboven expliciet zijn genoemd, inclusief het recht om mij te beroepen op non-existentie van de polis, vernietiging en ontbinding. Deze brief strekt mede ter stuiting van een eventuele verjaringstermijn.

(...)."

2.6 De verzekeraar heeft bij brief van 6 augustus 2008 op de brief van de consument van 15 juli 2008 gereageerd. Hij heeft daarin de geuite verwijten en aansprakelijkstelling van de hand gewezen. Daarnaast heeft hij de consument gewezen op de compensatie-regeling en meegedeeld dat hij de consument uiterlijk in 2009 zal informeren over het effect daarvan op zijn verzekering.

2.7 De verzekeraar heeft vervolgens, kennelijk abusievelijk, bij brief van 5 november 2008 gereageerd op de inmiddels door de brief van 15 juli 2008 vervangen brief van de consument van 7 juni 2008. Ook in deze brief heeft de verzekeraar aansprakelijkheid van de hand gewezen.

2.8 De consument heeft de verzekering op 1 april 2010 gewijzigd en vervolgens per 15 juni 2010 beëindigd. Het lijfrentekapitaal is toen overgezet naar een lijfrenteverzekering bij een andere verzekeraar.

2.9 In augustus 2011 heeft de verzekeraar de consument meegedeeld dat hij in het kader van de compensatieregeling niet voor een vergoeding in aanmerking komt.

2.10 De consument heeft hierop bij brief van 10 september 2011 gereageerd. Hij heeft daarin zijn ongenoegen geuit over het feit dat de verzekeraar geen berekening van de waarde- en kostenontwikkeling van zijn verzekering heeft bijgevoegd en hem verzocht die berekening alsnog te verstrekken.

2.11 Bij brief van 10 november 2011 heeft de verzekeraar de consument meegedeeld dat hij vanaf januari 2012 een toelichting op de berekening van een eventuele vergoeding uit hoofde van de compensatieregeling kan verwachten.

2.12 De consument heeft de verzekeraar bij brief van 17 december 2011 onder meer het volgende meegedeeld:

> "(…)
> Deze polis is in augustus 2010 beëindigd, maar ik ben nog in afwachting van meer duidelijkheid omtrent de 'compensatieregeling beleggingsverzekeringen' en de consequenties daarvan voor mij persoonlijk. Ik verwijs hiervoor naar mijn schrijven dd. 10 september 2011 en uw reactie daarop dd. 10 november 2011 (referentie [redacted]).

Fortis ASR heeft mij te kennen gegeven dat ik niet in aanmerking kom voor een vergoeding. Ik blijf echter stellen dat uw maatschappij toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de met mij gesloten overeenkomst(-en), althans jegens mij een onrechtmatige daad heeft gepleegd vanwege schending van de zorgplicht al dan niet in de precontractuele fase. Ik behoud mij ondubbelzinnig alle rechten voor met betrekking tot het verhalen van schade die direct of indirect is ontstaan doordat uw maatschappij tekort is geschoten in de nakoming van de overeenkomst(-en), althans bij de totstandkoming of uitvoering van de overeenkomst haar zorgplicht heeft verzaakt. Alle gedane en nog te verrichten betalingen ter zake van bovengenoemde beleggingsverzekeringen vinden 'onder protest' plaats. Ik wacht de ontwikkelingen in de rechtspraak thans af. Zodra er zich een bestendige lijn in de jurisprudentie aftekent waaruit volgt of op basis waarvan zou kunnen worden betoogd dat uw maatschappij gehouden is tot het betalen van schadevergoeding of terugbetaling van premie aan polishouders uit hoofde van een andere grondslag dan wanprestatie of onrechtmatige daad dan behoud ik mij het recht voor alsdan mijn schade uit dien hoofde op uw maatschappij te verhalen, althans uw maatschappij aan te spreken op nakoming van haar ongedaanmakingsverplichtingen.

U dient deze brief te beschouwen als een stuiting van de verjaring van mijn nog in te stellen rechtsvorderingen tegen uw maatschappij als bedoeld in art. 3:317 BW, althans enig andere rechtsvordering die strekt tot het verkrijgen van schadevergoeding of nakoming van ongedaanmakingsverplichtingen. Ik verzoek u vriendelijk mij de ontvangst van deze brief te bevestigen.
(…).”

2.13 Bij brief van 23 december 2011 heeft de verzekeraar de consument bericht dat hij vanaf februari 2012 een toelichting op de berekening van de compensatieregeling tegemoet kan zien.

2.14 Bij brief van 11 mei 2012 heeft de verzekeraar de consument een toelichting op de berekening van de compensatieregeling verstrekt.

2.15 Op 6 juli 2017 heeft de consument een klacht bij Kifid ingediend.

De klacht en vordering

2.16 De consument vordert een vergoeding van € 20.000,-.

2.17 Volgens de consument moet de verzekeraar hem deze schadevergoeding betalen, omdat er gedurende de looptijd van de verzekering onredelijk hoge kosten in rekening zijn gebracht. De consument heeft gedurende de looptijd van twaalf jaar ongeveer € 25.000,- aan premie ingelegd terwijl de afkoopwaarde slechts ongeveer € 15.000,- bedroeg. Uit de door de verzekeraar overgelegde waardeoverzichten blijkt dat de ingehouden kosten ieder jaar ruim 30% van de premie betroffen. Het is voor de consument niet mogelijk de schade in exacte bedragen uit te drukken omdat er geen sprake is van transparantie over de kosten en rendementen. De consument kan niet geloven dat hij niet in aanmerking komt voor compensatie uit hoofde van de compensatieregeling. Bovendien vindt hij het onacceptabel dat de verzekeraar hem bij het aangaan van de verzekering geen duidelijkheid heeft verstrekt over de hoogte van de kosten. Hij vindt dat de verzekeraar hem moet inlichten over de kosten en waardeontwikkeling van de verzekering.

Het verweer

2.18 De verzekeraar heeft als voornaamste verweer aangevoerd dat de consument zijn vordering te laat heeft ingediend en dat de vordering van de consument is verjaard.

3. De beoordeling

3.1 De commissie is van oordeel dat de klacht van de consument niet slaagt en zij legt hierna uit waarom.

Is de klacht van de consument behandelbaar?

3.2 De verzekeraar stelt zich allereerst op het standpunt dat de consument zijn klacht niet binnen een redelijke termijn heeft ingediend en daardoor op grond van artikel 5.4 van het reglement niet door de commissie in behandeling kan worden genomen.

3.3 In artikel 5.4. van het reglement staat:

> 5.4 Als de Financiële dienstverlener bij het kenbaar maken van zijn definitieve standpunt niet heeft gewezen op de mogelijkheid de Klacht aan (de Geschillencommissie bij) Kifid voor te leggen, moet Consument de Klacht indienen binnen een redelijke termijn nadat hij begreep of had behoren te begrijpen dat hij met zijn Klacht bij (de Geschillencommissie bij) Kifid terecht kon. Dat geldt ook als de Financiële dienstverlener in de interne klachtprocedure niet binnen acht weken heeft gereageerd op de Klacht.

3.4 De verzekeraar heeft geen feiten of omstandigheden naar voren gebracht op grond waarvan aangenomen kan worden dat sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 5.4 van het reglement waarbij de consument ondanks dat hij begreep of had behoren te begrijpen dat hij met zijn klacht bij Kifid terecht kon, dit niet binnen een redelijke termijn heeft gedaan. Dat de consument in 2011 de standaard stuitingsbrief die door de Stichting Woekerpolis Claim is opgesteld aan de verzekeraar heeft gestuurd, wil – anders dan de verzekeraar suggereert – niet zeggen dat de consument in 2011 werd bijgestaan door Stichting Woekerpolis Claim. Uit het gebruik van deze brief kan daarom niet worden afgeleid dat de consument op dat moment op de hoogte was van het feit dat hij zijn klacht aan Kifid kon voorleggen. Het verweer van de verzekeraar wordt dan ook als onvoldoende feitelijk onderbouwd gepasseerd.

Is de vordering verjaard?

3.5 De verzekeraar stelt dat de vordering van de consument is verjaard. De brief van 7 juni 2008, waarin de consument te kennen heeft gegeven een rechtsprocedure te overwegen en heeft vermeld dat zijn brief als stuiting van de verjaring van een eventuele vordering beschouwd moet worden, markeert namelijk het bewustwordingsmoment waarmee de relatieve verjaringstermijn aanvangt, aldus de verzekeraar. De verzekeraar stelt dat de consument de verjaring van zijn vordering na stuiting bij brief van 17 december 2011, niet opnieuw tijdig heeft gestuit, zodat de vordering volgens de verzekeraar door verloop van vijf jaar is verjaard.

3.6 De consument betwist dat sprake is van verjaring. Hij stelt dat hij er niet van op de hoogte was dat hij na zijn stuitingsbrief van 17 december 2011 de verjaring iedere vijf jaar opnieuw moest stuiten.

3.7 De commissie overweegt als volgt. De door de consument gevorderde schade-vergoeding is in essentie terug te voeren op het door hem gestelde tekortschieten van de verzekeraar in de informatieverstrekking over de hoogte van de kosten en overlijdensrisicopremie die ten aanzien van de verzekering in rekening worden gebracht of worden ingehouden. De consument stelt in de kern dat er gedurende de looptijd van de verzekering onredelijk hoge kosten in rekening zijn gebracht waarmee hij geen rekening hoefde te houden, waardoor een te klein deel van zijn premie in participaties is belegd met als gevolg dat de verzekering minder heeft opgebracht.

3.8 In artikel 3:310 lid 1 BW staat, voor zover hier van belang, dat een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaren na aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad moet de eis dat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon zo worden opgevat dat het hier gaat om een daadwerkelijke bekendheid. Het enkele vermoeden van het bestaan van schade, volstaat niet. De verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW begint pas te lopen op de dag na die, waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van de door hem geleden schade in te stellen.[2]

3.9 Daarvan zal sprake zijn als de benadeelde voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid behoeft te zijn – heeft verkregen dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon. De hiervoor genoemde regels zien op gevallen waarin de benadeelde onbekend is met of redelijkerwijs in onzekerheid verkeert over het bestaan van schade, de oorzaak van de schade of de voor het ontstaan van de schade verantwoordelijke persoon. De benadeelde moet dus bekend zijn met de feiten en omstandigheden die betrekking hebben op de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon. Bij de beantwoording van de vraag op welk moment de benadeelde voldoende zekerheid heeft verkregen, kan van belang zijn dat de benadeelde in zijn verhouding tot de aangesproken persoon mocht vertrouwen op diens deskundigheid en dat hij in verband daarmee (nog) geen reden had om te twijfelen aan de deugdelijkheid van diens handelen.

[2] Zie HR 24 januari 2003, ECLI:HR:2003:AF0694, te vinden op www.rechtspraak.nl.

Daarbij kan verder van belang zijn dat de aangesproken persoon andere, niet in zijn risicosfeer liggende, oorzaken voor het opgetreden nadeel heeft genoemd of geruststellende mededelingen heeft gedaan over de door hem verrichte prestatie of het daardoor te verwachten nadeel. Onder omstandigheden kan een benadeelde dan ook pas geacht worden voldoende zekerheid te hebben dat hij schade heeft geleden als gevolg van tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon, wanneer hij kennis heeft gekregen van een juridisch advies of een rechterlijk oordeel. Het antwoord op de vraag op welk tijdstip de verjaringstermijn is gaan lopen, is afhankelijk van alle ter zake dienende omstandigheden.[3]

3.10 Uit de overgelegde stukken en hetgeen de verzekeraar daarover heeft aangevoerd leidt de commissie af dat de consument uiterlijk in 2011 op de hoogte was van zijn schade en de volgens hem daarvoor aansprakelijke persoon. Immers, in reactie op de brief van de consument van 15 juli 2008 waarin hij de verzekeraar aansprakelijk stelt (zie 2.5) heeft de verzekeraar de aansprakelijkheid afgewezen, maar de consument ook mee-gedeeld dat hij zal worden bericht of zijn verzekering voor een vergoeding onder de compensatieregeling in aanmerking komt (zie 2.6). Nadat de verzekeraar aansprakelijkheid had afgewezen, heeft de consument zijn verzekering per 15 juni 2010 beëindigd (zie 2.8). Omdat niet zeker was of na toepassing van de compensatieregeling nog enige schade voor de consument zou resteren, is de verjaringstermijn toen nog niet gaan lopen, maar pas op het moment dat de consument met de uitkomst van deze compensatieregeling bekend is geworden. Vaststaat dat de consument in augustus 2011 is geïnformeerd dat hij niet voor een vergoeding uit hoofde van de compensatieregeling in aanmerking kwam (zie 2.9). De consument was daarmee sinds augustus 2011 op de hoogte van de door hem daadwerkelijk geleden schade en de daarvoor aansprakelijke persoon (de verzekeraar) en hij kon vanaf dat moment daadwerkelijk een vordering tot schadevergoeding jegens de verzekeraar instellen. Dat de consument in mei 2012 nog een toelichting heeft ontvangen op de berekening van de compensatieregeling maakt het voorgaande niet anders. De consument heeft bij brief van 17 december 2011 de verjaring gestuit (zie 2.12). De consument heeft pas in 2017 opnieuw geklaagd (zie 2.15). In elk geval is de commissie niet gebleken van een nieuwe stuiting na 17 december 2011. De vordering van de consument is daarom door verloop van vijf jaar na 17 december 2011, dus op 17 december 2016 verjaard. Het door de consument ingenomen standpunt dat hij niet wist dat hij na zijn stuitingsbrief van 17 december 2011 de verjaring iedere vijf jaar opnieuw moest stuiten, kan hem helaas niet baten.

[3] Zie HR 9 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1603, en HR 14 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3240, te vinden op www.rechtspraak.nl.

(On)eerlijkheid bedingen

3.11 Omdat de vordering is verjaard, kan ambtshalve toetsing niet meer leiden tot toewijzing van de vordering tot schadevergoeding. Om die reden ziet de commissie af van ambtshalve toetsing van de verzekeringsvoorwaarden aan de Richtlijn oneerlijke bedingen.

Conclusie

3.12 De conclusie is dat de vordering van de consument is verjaard en zal worden afgewezen.

4. De beslissing

De commissie wijst de vordering af.

Deze uitspraak is een bindend advies. Tegen deze uitspraak kunt u beroep instellen bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening als wordt voldaan aan de vereisten van regel 7 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Voor het instellen van beroep geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak. Het reglement van de commissie van beroep en meer informatie over het instellen van beroep kunt u vinden op de website www.kifid.nl/in-beroep-gaan-bij-kifid.

Binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen tot herstel van vergissingen in de uitspraak zoals schrijffouten, een verkeerde naam/datum of rekenfouten. De beslissing van de geschillencommissie in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Binnen een maand na de verzenddatum van de uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen om de uitspraak aan te vullen als u vindt dat de geschillencommissie niet heeft beslist over alle onderdelen van uw vordering. Dit ziet niet op de situatie waarin u meent dat de geschillencommissie in haar uitspraak niet uitdrukkelijk al uw argumenten, ter onderbouwing van uw vordering, heeft behandeld. Meer informatie hierover staat in artikel 40 van het reglement van de geschillencommissie, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten.