Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2023-0399

(mr. dr. S.O.H. Bakkerus, voorzitter en mr. D.P. van Strien, secretaris)

Datum uitspraak	26 mei 2023
Klacht van	De consument
Tegen	ASR Levensverzekering N.V., gevestigd te Utrecht, verder te noemen de verzekeraar
Aard uitspraak	Bindend advies
Uitkomst	Vordering afgewezen

Samenvatting

Beleggingsverzekering. Klachtplicht. De verzekering van de consument is in september 2007 premievrij voortgezet en per 11 november 2011 zonder waarde geëindigd, omdat de waarde ervan niet meer toereikend was voor de verrekening van de kosten en de risicopremies. De consument heeft te laat geklaagd over het voortijdig eindigen van de verzekering als gevolg van het hefboom- en inteereffect, de (informatieverstrekking over de) in rekening gebrachte kosten en overlijdensrisicopremie en over de hoogte van de overlijdensrisicopremie. De overige klachten zijn ongegrond.

1. De procedure

1.1 De commissie beslist op basis van het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, bemiddeling en (bindend) advies zoals dat gold van 1 april 2017 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;
- het verweerschrift van de verzekeraar;
- de repliek van de consument;
- de dupliek van de verzekeraar;
- de reactie van de consument op de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad;
- de reactie van de verzekeraar op de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad.

1.2 De consument is in deze zaak tijdens de schriftelijke fase vertegenwoordigd door de heer F.G.C.M. Jansen, professioneel vertegenwoordiger (Shureluck B.V.)

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 heeft in 2003 een beleggingsverzekering afgesloten bij de verzekeraar, met polisnummer [polisnummer]. De verzekering was van het type universal life. Bij de verzekering was sprake van een vaste overlijdensrisicodekking en van kapitaalopbouw op basis van beleggen met het beleggingsrisico geheel voor rekening van de consument.

2.2 Op de verzekering was de volgende regelgeving van toepassing:

1) Regeling informatieverstrekking verzekeringnemers (Riav) 1998;
2) Code Rendement en Risico (CRR) 2002;
3) Nadere regeling Financiële bijsluiter 2002.

2.3 De verzekering is in 2007 premievrij voortgezet en op 11 november 2011 vervallen omdat de waarde van de verzekering niet meer toereikend was voor de verrekening van de kosten en overlijdensrisicopremies. De verzekeraar heeft de consument bij brief van 14 november 2011 als volgt hierover bericht:

"(…) Uw beleggingsverzekering onder contractnummer [polisnummer] is per 4 september 2007 automatisch voortgezet.

Aangezien de waarde van de verzekering niet meer toereikend is voor de verrekening van de kosten (het beheerloon, de risicopremie en de polisopslag), hebben wij conform de polisvoorwaarden uw verzekering van rechtswege laten vervallen.

Vanaf 11 november 2011 kunt u geen rechten meer aan dit contract ontlenen. (…)"

2.4 De verzekeraar heeft de consument in november 2011 bericht dat hij in het kader van de compensatieregeling een vergoeding van € 3.486,27 ontvangt voor te hoge kosten en voor een vergoeding van € 276,43 voor het hefboomeffect. Deze vergoeding is op 13 december 2011 aan hem overgemaakt.

De klacht en vordering

2.5 De consument vordert, na wijziging van eis, een schadevergoeding van € 29.546,93. Dit bedrag bestaat uit het verschil tussen de waarde van de verzekering in november 2011, dit is € 0,-, en de waarde van die de verzekering volgens de consument had moeten hebben zonder de tekortkomingen van de verzekeraar.

Van dit bedrag moet worden afgetrokken de vergoeding die de consument op grond van de compensatieregeling heeft ontvangen, te weten € 3.762,60, en ook het bedrag dat een alternatieve overlijdensrisicoverzekering had gekost, namelijk € 3.796,74. Verder vordert de consument een immateriële schadevergoeding van € 25.000,- en kosten voor rechtsbijstand van € 5.662,80. In totaal vordert de consument dus € 52.650,38.

2.6 Aan zijn vordering legt de consument het volgende ten grondslag.

- De consument en de verzekeraar zijn de in rekening gebrachte kosten niet overeengekomen. In de jaaroverzichten die sinds 2007 worden verstuurd staan kostensoorten waarvoor geen grondslag bestaat: de kosten voor de verzekeraar (eerste en doorlopende kosten), de kosten voor de bemiddelaar of verzekerings-adviseur en de aan- en verkoopkosten. Verder heeft de verzekeraar verzuimd mee te delen dat ook nog beheerkosten (TER) worden berekend.
- De aan- en verkoopkosten worden in rekening gebracht door het fonds waarin wordt belegd en zijn dus al verrekend in de koers van de units. Er is daarmee geen grondslag om deze kosten nog een keer in rekening te brengen.
- Uit de jaarrekening over 2019 blijkt dat de verzekeraar de door verzekeringnemers betaalde premie opvoert als omzet dan wel inkomsten in haar Verlies- en Winstrekening. Ten laste van deze omzet worden diverse kosten geboekt, waaronder herverzekeringskosten. In de productinformatie wordt geen melding gemaakt van deze kostensoort die ontegenzeggelijk ten laste wordt gebracht van de waarde van de verzekering. Omdat een grondslag voor deze kosten ontbreekt, dient de verzekeraar deze te vergoeden.
- De premie voor het overlijdensrisicodekking is niet vermeld en daarom is die dekking niet overeengekomen. Bovendien is deze premie te hoog.
- De verzekeraar heeft niet gewaarschuwd voor het bijzondere risico dat de verzekering voortijding beëindigd wordt door het hefboom- en inteereffect.
- De verzekeraar heeft een wederrechtelijk voordeel verkregen doordat hij de contant ontvangen dividend op de verzekering van de consument niet heeft bijgeschreven dan wel doordat hij voor het ontvangen dividend geen additionele eenheden of units op de verzekering van de consument heeft bijgeschreven. De verzekeraar heeft de consument ook de mogelijkheid ontnomen dividendbelasting met de inkomstenbelasting te verrekenen.
- De verzekeraar heeft toegestaan dat de tussenpersoon de gebruikelijke bruto-netto berekening heeft gemaakt op basis van een gemiddeld rendement van 8% terwijl de klant heeft mogen kiezen voor een belegging in onder andere een mixfonds (het Fortis ASR Mixfonds) waarvan een structureel lager rendement wordt verwacht. De inleg om het einddoel te halen is daarom te laag geweest.

- De wijze waarop de verzekeraar de verzekering heeft uitgevoerd en de waarde-ontwikkeling is voor de consument een bron van grote zorg en frustratie geweest. De onzekerheid en spanning over zijn financiële toekomst was dusdanig groot dat hij financiële stress en angst heeft gehad. Het gevoel van machteloosheid jegens een grote financiële instelling draagt bij aan de psychologische schade. De consument voelde zich onzeker over zijn financiële toekomst en de betaalbaarheid van de financiële lasten na pensionering en hij heeft tijdenlang slecht geslapen. Aan de eisen voor een immateriële schadevergoeding van artikel 6:106 lid 1 aanhef en onder b van het Burgerlijk Wetboek (BW) is daarom voldaan.

Het verweer

2.7 De verzekeraar heeft verweer gevoerd tegen de stellingen van de consument. Voor zover relevant zal de commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

3. De beoordeling

Klachtplicht

3.1 De verzekeraar stelt dat de consument niet tijdig heeft geklaagd als bedoeld in artikel 6:89 BW, waardoor de verzekeraar nadeel ondervindt. De verzekeraar zou niet meer beschikken over het dossier van de consument omdat hij deze overeenkomstig de wettelijke bewaartermijn van 7 jaar na het eindigen van de verzekering, heeft vernietigd. Als gevolg daarvan stelt de verzekeraar in zijn bewijspositie te zijn geschaad.

3.2 De commissie overweegt dat een schuldeiser (in dit geval de consument) op grond van artikel 6:89 BW binnen bekwame tijd nadat hij een gebrek in de prestatie heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar (in dit geval de verzekeraar) moet protesteren. Als hij dit niet doet, dan kan hij op het gebrek geen beroep meer doen. De vraag of binnen bekwame tijd is geprotesteerd moet worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval. De tijd die is verstreken tussen het moment dat het gebrek is ontdekt of had moeten worden ontdekt en het indienen van de klacht is weliswaar een belangrijke factor, maar niet doorslaggevend. Van belang is ook of de verzekeraar door het tijdsverloop in zijn belangen is geschaad.[1]

3.3 Vast staat dat de verzekering in september 2007 premievrij is voortgezet en dat deze per 11 november 2011 zonder waarde is geëindigd, omdat de waarde ervan niet meer toereikend was voor de verrekening van de kosten en de risicopremies. Verder staat vast dat de verzekeraar de consument in november 2011 heeft bericht dat hij recht heeft op een vergoeding op grond van de compensatieregeling van € 3.486,27 voor te hoge kosten en van € 276,43 voor het hefboomeffect.

[1] Zie Hoge Raad 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, te vinden op rechtspraak.nl

De consument wist dus dat de verzekering zonder waarde was geëindigd en dat dit een gevolg was van verrekening van de verzekerde waarde met door de verzekeraar in rekening gebrachte kosten en risicopremies. Ook kon hij na ontvangst van de brief van de verzekeraar over de compensatieregeling vaststellen dat de verzekeraar te veel kosten en overlijdensrisicopremies in rekening had gebracht. Hij had dus ook kunnen en moeten weten dat de verzekering als gevolg daarvan eerder is geëindigd. Ten slotte wist de consument welke compensatie hij van de verzekeraar zou ontvangen. Hij was op dat moment in staat om na te gaan of hij deze compensatie voldoende vond en, als dit niet het geval was, had hij dit binnen bekwame tijd met de verzekeraar moeten opnemen. Dit geldt voor de klacht over het voortijdig eindigen van de verzekering als gevolg van het hefboom- en inteereffect, de klacht over de (informatieverstrekking over de) in rekening gebrachte kosten en overlijdensrisicopremie en de klacht over de hoogte van de overlijdensrisicopremie. In dit verband stelt de verzekeraar terecht dat van de consument mag worden verwacht dat hij de aan hem verstrekte documentatie aandachtig doorleest en dat hij daarover zo nodig kritische vragen stelt.

3.4 De commissie stelt vast dat de consument pas op 20 juli 2020, bijna 9 jaar na het einde van de verzekering, een klacht bij de verzekeraar heeft ingediend. De verzekeraar stelt dat hij niet meer over de stukken van de verzekering beschikt. Hij heeft het dossier van de verzekering van de consument vernietigd nadat de wettelijke bewaartermijn van 7 jaar voor het bewaren van administratieve bescheiden (art. 2:10 lid 1 en 3 BW) was verstreken. Hierdoor kan hij zijn verweer tegen de klacht van de consument niet meer met de stukken uit het dossier onderbouwen.

3.5 De commissie volgt dit verweer van de verzekeraar. Door het grote tijdsverloop en het verstrijken van de wettelijke bewaartermijn beschikt de verzekeraar niet meer over stukken die relevant kunnen zijn voor de klacht van de consument. De verzekeraar wordt hierdoor in zijn bewijsmogelijkheden geschaad en als gevolg daarvan gehinderd bij het voeren van verweer tegen de klacht. De consument kan zich daarom niet meer beroepen op de door hem gestelde gebreken in de nakoming van de voor de verzekeraar uit de verzekeringsovereenkomst voortvloeiende verbintenissen. De consument heeft te laat geklaagd en de commissie zal de onder nummer 3.3 genoemde klachtonderdelen niet verder behandelen.

Herverzekeringskosten

3.6 De consument stelt dat de verzekeraar herverzekeringskosten heeft gemaakt, die de verzekeraar ten laste van de omzet boekt. Deze kosten worden volgens de consument ontegenzeggelijk ten laste van de waarde van de verzekering gebracht. De consument heeft echter geen enkel bewijs aangevoerd van die stelling, anders dan de verwijzing naar de jaarrekening. Deze enkele verwijzing kan de stelling van de consument niet dragen, omdat de verzekeraar betwist dat voor zijn gebruik van herverzekeringen directe kosten in rekening worden gebracht bij verzekeringnemers. De commissie verklaart dit klachtonderdeel daarom ongegrond.

Dividend

3.7 De consument betoogt dat de verzekeraar een wederrechtelijk voordeel heeft verkregen doordat de verzekeraar contant ontvangen dividend op de verzekering van de consument niet heeft bijgeschreven dan wel dat hij geen additionele eenheden of units op de verzekering van de consument heeft toegekend op basis van het door hem contant ontvangen dividend. De consument stelt in dit verband ook dat de verzekeraar hem de mogelijkheid heeft ontnomen dividendbelasting met de inkomstenbelasting te verrekenen. De verzekeraar heeft uiteengezet dat de AMEV fondsen geen dividend uitkeerden, maar dat dit werd herbelegd en dat het dividend op deze wijze aan de koersontwikkeling van het fonds ten goed kwam en daarmee dus ook aan de waarde-ontwikkeling van de verzekering. Omdat er geen dividend werd uitgekeerd, was er ook geen (verrekeningsmogelijkheid van) dividendbelasting, aldus de verzekeraar. De commissie overweegt dat deze toelichting van de verzekeraar aannemelijk is. De consument heeft naar aanleiding hiervan geen nadere toelichting gegeven die afbreuk doet aan de aannemelijkheid van het verweer van de verzekeraar. Dit leidt tot de conclusie dat ook dit klachtonderdeel ongegrond is.

Rendement

3.8 De consument stelt verder dat de verzekeraar heeft toegestaan dat de tussenpersoon een bruto-netto berekening heeft gemaakt die was gebaseerd op een gemiddeld rendement van 8% terwijl de consument mocht kiezen voor een belegging in onder andere een mixfonds (het Fortis ASR Mixfonds) waar een structureel lager rendement van zou worden verwacht. De commissie constateert dat geen offerte of aanvraag-formulier in het dossier aanwezig is ter onderbouwing van deze stelling van de consument. Wat daarvan ook zij, de verzekeraar is niet verantwoordelijk voor enig advies van de assurantietussenpersoon, zodat de commissie ook dit klachtonderdeel ongegrond verklaart.

Immateriële schadevergoeding

3.9 De consument vordert een immateriële schadevergoeding van € 25.000,-. Op grond van artikel 6:106 lid 1 BW kan voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, een naar billijkheid vast te stellen schadebedrag worden toegekend indien de benadeelde "*lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast*". Over lichamelijk letsel of het schaden van diens eer of goede naam heeft de consument niets gesteld.

Om van een aantasting in de persoon in de zin van geestelijk letsel te kunnen spreken is niet voldoende dat dat de consument een meer of minder sterk psychisch onbehagen heeft gevoeld of doordat hij zich gekwetst heeft gevoeld.[2] Van een dergelijke aantasting in de persoon is niet gebleken. De commissie zal dit onderdeel van de vordering dan ook afwijzen.

4. De beslissing

De commissie wijst de vordering af.

Aard uitspraak en beroepsmogelijkheden

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 Commissie van Beroep Kifid – vanaf 1 april 2022. 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.

Contactgegevens Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Telefoonnummer: 070 - 333 8 999
Website: www.kifid.nl

[2] Zie Hoge Raad 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1608