Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2020-415
(mr. dr. S.O.H. Bakkerus, voorzitter en mr. J.J. Guijt, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 3 augustus 2015
Ingediend door	: Consument
Tegen	: De Hypothekers Associatie B.V., gevestigd te Rotterdam, verder te noemen Tussenpersoon
Datum uitspraak	: 13 mei 2020
Aard uitspraak	: Bindend advies

Samenvatting

Klacht tegen de tussenpersoon over hersteladvisering naar aanleiding van een in 1998 via de tussenpersoon gesloten beleggingsverzekering.

Gezien de omstandigheden die volgen uit de overgelegde stukken valt het de tussenpersoon niet te verwijten dat hij consument geen hersteladvies heeft verstrekt. Ook van een andere zorgplichtschending gedurende de looptijd van de verzekering is geen sprake. De vorderingen worden afgewezen.

1. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van het Reglement Ombudsman en Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (geldig van 1 oktober 2014 tot 1 april 2017 (hierna: 'het Reglement') en op basis van de volgende stukken met bijlagen:

- het door Consument (digitaal) ingediende klachtformulier;
- de aanvullende informatie van 10 en 16 augustus 2015 van Consument;
- het verweerschrift van Tussenpersoon;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Tussenpersoon;
- de verklaring van Consument met diens keuze voor bindend advies;
- de aanvullende uitlating van Tussenpersoon naar aanleiding van de vier uitspraken van de Geschillencommissie van 21 september 2016 over hersteladviesklachten;
- de aanvullende uitlating van Consument onder meer naar aanleiding van vier uitspraken van de Geschillencommissie van 21 september 2016 over hersteladviesklachten;
- de brief van Tussenpersoon van 15 juli 2019.

De Commissie stelt vast dat partijen hebben gekozen voor bindend advies.

De Commissie stelt vast dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak wordt daarom op grond van de stukken beslist.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

2.1 Consument heeft met ingang van 1 mei 1998 een beleggingsverzekering (Allianz Future, hierna: 'de Verzekering') bij (een rechtsvoorganger van) Allianz Nederland Levensverzekering N.V. (hierna: 'de verzekeraar') afgesloten. De Verzekering kwam tot stand door bemiddeling en advisering van Tussenpersoon. De Verzekering was gesloten ter gedeeltelijke aflossing van een hypothecaire geldlening. De beoogde einddatum van de Verzekering was 1 mei 2028. Ten tijde van het sluiten van de Verzekering heeft Consument gevraagd om een dekking bij in leven zijn op de einddatum van de Verzekering en een dekking bij overlijden gedurende de looptijd van de Verzekering ter hoogte van NLG 144.000,- (€ 65.344,-), dan wel, indien hoger, 110% van de waarde van de Verzekering.

2.2 Per 1 mei 2012 heeft Consument de overlijdensrisicodekking gewijzigd naar uitsluitend een 110% dekking van de waarde van de Verzekering ten tijde van het overlijden van de verzekerde.

2.3 Per e-mailbericht van 29 april 2015 heeft Tussenpersoon een afspraak met Consument bevestigd voor 16 juni 2015. In het e-mailbericht is over de afspraak vermeld:

"(…) Tijdens deze afspraak bekijken we de ontwikkeling van uw beleggingsverzekering, die aan uw hypotheek is gekoppeld. Het doel van deze beleggingsverzekering is om aan het einde van de looptijd een kapitaal te hebben opgebouwd waarmee u uw hypotheek (deels) kunt aflossen. Wanneer u onvoldoende kapitaal heeft opgebouwd, betekent dit dat u wellicht met een restschuld wordt geconfronteerd. De adviseur bespreekt tijdens dit gesprek uw mogelijkheden, zodat u goed geïnformeerd een besluit over uw beleggingsverzekering kunt nemen. Dit eerste gesprek is overigens voor onze rekening.

Om een goed beeld te krijgen van uw financiële situatie, is het van belang dat wij beschikken over alle relevante informatie. Wilt u er daarom voor zorgen dat u de volgende documenten bij de hand heeft tijdens de afspraak? U kunt deze documenten ook vooraf per email sturen. (…)"

2.4 In reactie op dit e-mailbericht heeft Consument per e-mailbericht van 7 juni 2015 laten weten:

"(…) Dank voor de bevestiging van de afspraak van dinsdag 16 juni, naar aanleiding van mijn vraag om een herstel advies m.b.t. onze beleggingsverzekering.

Behalve de ontwikkeling van de beleggingsverzekering wil ik van u graag een technisch herstel advies, waarin alle mogelijke alternatieven (ook de meest risicovolle) in kaart zijn gebracht. Graag op schrift en zo mogelijk aan mij gemaild voor ons gesprek. (…)"

2.5 Tussenpersoon heeft Consument vervolgens per e-mailbericht van 8 juni 2015 als volgt geïnformeerd:

"(…) Wij zijn spijtig genoeg niet in de gelegenheid om u een technisch advies te geven m.b.t. uw beleggingsverzekering, wij geven geen beleggingsadvies en om die reden kan ik u dus niet helpen. Wat wij wel kunnen doen en hier zal ik vandaag opdracht voor geven is om een hersteladvies uit te werken m.b.t. uw huidige verzekering.
Voor een uitgebreid beleggingsadvies verwijs ik u naar de verzekeraar zelf. (…)"

2.6 Consument heeft vervolgens de ingeplande afspraak voor 16 juni 2015 afgezegd en de verzekeraar op 5 juli 2015 verzocht om intermediairwijziging naar een door hem met name genoemde adviseur. De verzekeraar heeft Consument onder meer geantwoord dat de genoemde adviseur tot die intermediairwijziging niet bereid is.

2.7 Op 5 juli 2015 heeft Consument een klacht ingediend bij Tussenpersoon in verband met het uitblijven van een hersteladvies dat voldoet aan het verzoek van Consument.

2.8 Consument heeft zich vervolgens gewend tot het Kifid met een klacht over het uitblijven van een hersteladvies tegen zowel Tussenpersoon als de verzekeraar en een andere adviseur.

2.9 Bij e-mailbericht van 16 september 2015 heeft Tussenpersoon Consument uitgenodigd voor een persoonlijk gesprek op kantoor. Nadat Consument Tussenpersoon had bericht dat hij zich tot zijn gemachtigde diende te wenden, heeft Tussenpersoon zich op 18 september 2015 tot de gemachtigde gewend en hem het volgende meegedeeld:

"(…) Met verwijzing naar onderstaande mailwisseling tussen mij en [naam Consument] benader ik u met een persoonlijk aanbod voor een gesprek tussen mij en [naam Consument] bij mij op kantoor (…) om het hersteladvies vorm te geven. Wij hebben de uitgebreide klacht van [naam Consument] via het Kifid ontvangen en begrijpen daaruit dat [naam Consument] ontevreden is over mijn dienstverlening. Dit betreur ik ten zeerste en mijn aanbod voor een gesprek is er dan ook op gericht om zijn klacht op mijn dienstverlening te bespreken en met elkaar tot een oplossing hierin te komen. Uiteraard bent u ook welkom om bij dit gesprek aanwezig te zijn (…). Daarnaast wil ik ook u de zekerheid geven dat wij uiteraard de Kifid-procedure volgen, zoals dat van mij verwacht wordt. (…)"

2.10 Hierop heeft de gemachtigde van Consument Tussenpersoon diezelfde dag het volgende bericht:

"(…) In deze fase van geschilbeslechting is een gesprek alleen zinvol indien u eerst KiFiD schriftelijk laat weten de voorkeur te geven aan een minnelijke regeling boven een geschilbeslechting door KiFiD en dat u voornemens bent uitvoering te geven aan het door mij namens cliënt gevorderde. Ik verwijs daarvoor naar het onder (iii) genoemde voorstel voor oplossing van de klacht in bijgaand document.

Niets staat u in de weg om met deze schriftelijke voorbereiding op een gesprek een aanvang te maken.

De primair aan [naam verzekeraar] als productaanbieder gestelde 8 vragen kunnen ook door u reeds al dan niet provisorisch beantwoord worden en worden verwerkt in een schriftelijk hersteladvies, op basis waarvan het hersteladviesgesprek in mijn aanwezigheid kan plaatsvinden. In het klachtdossier waarover u inmiddels ook beschikt treft u voldoende informatie over de situatie van client en zijn huidige polis aan om een dergelijk voorlopig hersteladvies op te stellen (het definitieve hersteladvies volgt dan na ons gesprek).

Gelet op de fase waarin wij ons bevinden is de gelegenheid om eerst een vrijblijvend gesprek te organiseren gepasseerd. Ook mijn betrokkenheid als klachtadviseur heeft kostenconsequenties. (…)

Mocht u deze weg van het bereiken van een minnelijke regeling willen inslaan dan kunnen wij gezamenlijk KiFiD om aanhouding van de klacht verzoeken. Er kan echter niet worden getalmd. Uw schriftelijke hersteladvies verwacht ik in dat geval binnen 14 dagen na heden, waarna binnen de daaropvolgende periode van 1-2 weken een adviesgesprek kan worden ingepland. Aan dit alles gaat dus uw brief aan KiFiD vooraf. (…)"

2.11 Bij e-mailbericht van 21 september 2015 heeft Tussenpersoon de gemachtigde van Consument het volgende meegedeeld:

"(…) Ik heb uw reactie op mijn aanbod om met [naam Consument] om tafel te gaan ontvangen en wil u meegeven dat dit aanbod niet gericht is op het aangaan van een minnelijke regeling boven een geschilbeslechting van het Kifid. Uit uw klacht die u namens uw cliënt [naam Consument] bij het Kifid heeft ingediend merk ik op dat jullie ontevreden zijn over mijn dienstverlening met betrekking tot het vormgeven van hersteladvies. Dit betreurde ik en vandaar mijn aanbod om met [naam Consument] in gesprek te gaan, naast het volgen van de Kifid-procedure in deze klacht. Ik begrijp dat u en uw cliënt geen prijs stelt op een persoonlijk gesprek en wij zullen voor verdere afronding van uw klacht de Kifid-procedure volgen. (…)"

2.12 De klacht tegen de verzekeraar is inmiddels ingetrokken nadat een schikking is bereikt. De klacht tegen de andere adviseur heeft Consument ingetrokken.

2.13 Uit de aanvullende akte uitlating van Consument volgt dat Consument de Verzekering per 31 december 2017 fiscaal geruisloos heeft omgezet naar een beleggingsrekening van Brand New Day.

3. Vordering, klacht en verweer

Klacht en vordering Consument

3.1 Consument beklaagt zich erover dat Tussenpersoon in strijd met de op hem jegens Consument rustende zorgplicht en mededelingsplichten heeft geweigerd zorg te dragen voor een deugdelijk en gratis AFM- en Wft-conform hersteladvies. Meer in het bijzonder stelt Consument dat Tussenpersoon heeft nagelaten een advies uit te brengen waarin de volgende aspecten aan de orde komen:

i. een inkomen-getoetst financieel advies over met de Verzekering te behalen doelstellingen (met in voorkomende gevallen bijvoorbeeld een toetsing van de financieel te dragen last tijdens en na afloop van de looptijd van de Verzekering met het oog op de hypotheekaflossingsverplichtingen en draagbaarheid daarvan bij zowel de huidige inkomenssituatie als bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd);

ii. een kostentransparante vergelijking van verschillende opties ten aanzien van ongewijzigde dan wel gewijzigde voortzetting van de Verzekering met overlegging van bijpassende Wft-conforme offertes, met kostentransparantie zowel met betrekking tot de verzekeringstechnische als fondsbeheerstechnische kosten;

iii. een effectentypisch en kostentransparant beleggingsadvies met betrekking tot de meest passende fondsenmix met het oog op een optimaal bij de resterende beleggingshorizon van de Consument passend voorbeeldrendement dat maakt dat de beleggingsactiviteit een groter economisch nut behoudt ten opzichte van andere vormen van vermogens-vorming; en

iv. het concreet aanduiden van productalternatieven indien mocht blijken dat de varianten binnen de contractuele relatie met de verzekeraar minder economisch nut opleveren dan oplossingen van derden.

3.2 Consument heeft zijn oorspronkelijke klacht bij repliek aangevuld. Hij heeft daarbij nog het volgende naar voren gebracht.

- De plicht tot hersteladvisering is niet pas ontstaan na aanwijzingen door de Autoriteit Financiële Markten (hierna: 'AFM'), maar vloeit voort uit de verplichting uit hoofde van opdracht tot dienstverlening, welke verplichting nog eens nadrukkelijk is "geheractiveerd" met de invoering van de Wet Financieel Toezicht per 1 januari 2007.

- Tussenpersoon heeft Consument er niet op gewezen dat de door de verzekeraar aangeboden productalternatieven in zijn geval neerkomen op 'lood om oud ijzer', waardoor geen verbetering in het opbouwend vermogen mogelijk was. Een vergelijking met productalternatieven van derden die aantoonbaar meer economisch nut zouden hebben, ontbreekt ten onrechte.
- Tussen Consument en Tussenpersoon is sprake van een beleggingsadviesrelatie, zodat Tussenpersoon gehouden is Consument van een deugdelijk, effecten-typisch beleggings-advies te voorzien. Tussenpersoon heeft aangegeven zich daartoe niet bekwaam te achten en heeft nagelaten Consument op zijn kosten te verwijzen naar een wel bekwame adviseur.
- Consument heeft alle vertrouwen in deugdelijke hersteladvisering door Tussenpersoon verloren en hem kan dan ook niet tegengeworpen worden dat hij niet wenste in te gaan op het aanbod van Tussenpersoon om in gesprek te gaan.

3.3 Consument stelt dat hij ten gevolge van voornoemd handelen van Tussenpersoon nadeel ondervindt. Consument vordert blijkens onder meer de aanvullende uitlating van 30 april 2019 dat Tussenpersoon wordt veroordeeld tot:

- vergoeding van € 2.500,- voor het alsnog uitbrengen van een deugdelijk AFM- & Wft-conform hersteladvies door een competente adviseur;
- vergoeding van de opgelopen schade welke het gevolg is van informatie- en zorgplichtschendingen in de periode van 2006-2015. De maximale schadeomvang bedraagt volgens Consument ongeveer € 29.300,-. Hierop dient volgens hem de reeds ontvangen vergoeding van de verzekeraar van € 4.600,- in mindering te worden gebracht, zodat een vordering van EUR 24.700,- resteert, te vermeerderen met de wettelijke rente; en
- vergoeding van de advieskosten in de Kifid-procedure.

Verweer Tussenpersoon

3.4 Tussenpersoon heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Hij heeft daartoe onder meer het volgende aangevoerd.

- De Verzekering valt volgens de verzekeraar in de categorie 'overig'. Verzekeringnemers met een verzekering in deze categorie zouden nog worden benaderd voor een hersteladvies. De AFM heeft, in verband met de financiële impact, verzocht eerst de verzekeringnemers te benaderen voor hersteladvies die een hogere prioriteit hebben. Dit is de reden dat Consument nog niet was benaderd toen Consument zelf contact met Tussenpersoon opnam. Tussenpersoon heeft het hersteladvies opgepakt middels een grootschalig project en was in dat kader op het moment dat Consument hem benaderde al druk bezig met het analyseren van zijn klantenbestand en het contacteren van klanten. Tussenpersoon heeft tienduizenden klanten.

De AFM heeft bepaald dat adviseurs tot 31 december 2016 de tijd hadden om herstel-adviezen te geven. Consument was nog niet aan de beurt, maar zou als hij aan de beurt was zeker actief benaderd zijn voor hersteladvies.

- Naar aanleiding van het verzoek van Consument om hersteladvies is direct actie ondernomen en is Consument uitgenodigd voor een gesprek. Het is standaardprocedure om eerst met klanten om tafel te gaan voordat een compleet (herstel)advies wordt opgemaakt. Dit komt de onderlinge relatie, de informatie-uitwisseling en daarmee de kwaliteit van het advies ten goede. Nadat de wensen van de klant zijn geïnventariseerd en informatie is verzameld, is het pas mogelijk een gericht en deugdelijk hersteladvies uit te brengen. Dit is aangeboden aan Consument. Het is betreurenswaardig dat Consument dit heeft afgewezen, althans daaraan bijzondere voorwaarden heeft verbonden.
- Tussenpersoon heeft zich gehouden aan hetgeen van hem verwacht mocht worden. Consument is uitgenodigd voor het hersteladvies en Tussenpersoon heeft hem daarbij geïnformeerd geen beleggingsadvies te kunnen geven en heeft Consument daarvoor verwezen naar de verzekeraar. Consument lijkt het beleggingsadvies onder het herstel-advies te scharen, terwijl Tussenpersoon onderscheid maakt tussen een technisch advies omtrent beleggingen enerzijds en een hersteladvies anderzijds. Het geven van een volledige technische rapportage betreffende een bepaald verzekeringsproduct is - anders dan Consument lijkt te veronderstellen - geen onderdeel van het hersteladviestraject.
- Consument is nadat hij een klacht heeft ingediend opnieuw uitgenodigd voor een gesprek, maar van die uitnodiging heeft hij geen gebruik gemaakt. Daarmee wordt de mogelijkheid om tot een gedegen hersteladvies te komen bemoeilijkt.
- Het is Tussenpersoon niet duidelijk wat Consument met deze procedure wenst te bereiken. Hij geeft aan een passend hersteladvies te willen ontvangen, echter op het door Tussenpersoon gedane aanbod om Consument hiervan te voorzien wordt niet ingegaan. Ook de adviezen gegeven door andere adviseurs worden door Consument als niet voldoende bestempeld. Tussenpersoon is overigens nog steeds bereid Consument een hersteladvies te verstrekken.

3.5 Tussenpersoon heeft daarnaast opgemerkt dat Consument een grote hoeveelheid documenten heeft toegezonden, die overigens ook betrekking hebben op tegen andere financiële dienstverleners ingediende klachten, zonder daarbij enige structuur aan te brengen en zonder enige toelichting op welke wijze deze stukken dienen als bewijs voor zijn stellingen. Hierdoor is het voor Tussenpersoon een grote zoekpuzzel geweest naar hetgeen Consument Tussenpersoon meent te verwijten.

Aanvullende uitlating Tussenpersoon

3.6 In zijn aanvullende uitlating van 14 februari 2019 naar aanleiding van de vier uitspraken van de Geschillencommissie van 21 september 2016 over hersteladviesklachten voert Tussenpersoon nog het volgende aan.

- Uit de hersteladviesuitspraken van de Geschillencommissie van 21 september 2016 blijkt dat de eisen die Consument stelt aan het hersteladvies berusten op een misvatting van de op Tussenpersoon rustende verplichtingen. Anders dan Consument betoogt, houden deze verplichtingen niet in dat Tussenpersoon Consument tot in detail moet informeren over de volledige kostenlading van huidige of alternatieve producten of dat Tussenpersoon Consument ter zake van elk van zijn mogelijke alternatieve keuzes van een persoonlijk beleggingsadvies moet voorzien. Het is voldoende dat Consument zodanig wordt geïnformeerd dat hij volledig op de hoogte is van de huidige situatie van zijn beleggingsverzekering en hoe zich dit verhoudt tot de doelstelling waarvoor hij het product destijds aanschafte; de mogelijkheden tot aanpassingen moeten worden onderzocht, besproken en eventueel uitgevoerd. Consument moet de voor- en nadelen van het aanpassen van de huidige beleggingsverzekering tegen elkaar afwegen en moet een weloverwogen beslissing maken om wel of geen actie te ondernemen. Aangezien de belanghebbenden in het beroep tegen deze hersteladviesuitspraken niet-ontvankelijk zijn verklaard, dient de lijn uit deze uitspraken te worden gevolgd.
- Dat geen aanpassing van de Verzekering heeft plaatsgevonden is uitsluitend het gevolg van de door Consument gekozen manier van optreden. Hij is niet ingegaan op het aanbod voor een gesprek en heeft zelf verzocht om een intermediairswijziging. Dit is niet aan Tussenpersoon toe te rekenen en de schade, die ook niet is onderbouwd, is het exclusieve gevolg van het handelen van Consument zelf. Ieder causaal verband tussen de beweerdelijke beroepsfout en de gepretendeerde schade ontbreekt.

Aanvullende uitlating Consument

3.7 De gemachtigde van Consument gaat in zijn aanvullende uitlating van 30 april 2019 in op de uitspraken van de Geschillencommissie van 21 september 2016 en op de met de verzekeraar bereikte schikking en de gevolgen daarvan voor de onderhavige procedure.

3.8 Naar aanleiding van de uitspraken van de Geschillencommissie van 21 september 2016 over hersteladviesklachten voert Consument onder meer nog het volgende aan.

- Zelfs binnen het door de Geschillencommissie in haar uitspraken van 21 september 2016 geschetste beperkte kader heeft Tussenpersoon onrechtmatig gehandeld en zijn hersteladviesprocedure niet vormgegeven op een wijze als van een redelijk bekwaam en redelijk handelend assurantietussenpersoon mag worden verwacht.
- Niet valt uit te sluiten dat, indien Tussenpersoon bereid zou zijn zijn interne procedures alsnog aan te passen aan Wft-/AFM-conforme adviesregels, Consument in een later stadium van de mogelijkheid van hersteladvisering door Tussenpersoon gebruik zal maken, indien nog relevant.

- De Geschillencommissie heeft zich in haar uitspraak met kenmerk GC-2016-441 ten onrechte niet uitgelaten over de verplichting van de assurantietussenpersoon om periodiek aandacht te besteden aan de verzekeringen in zijn portefeuille en na te gaan of die nog wel passend waren bij de doelstellingen van Consument, zoals bijvoorbeeld door de Geschillencommissie is gedaan in haar uitspraken GC 2015-248 en GC-2018- 339.
- De door de Geschillencommissie in haar uitspraken van 21 september 2016 aangebrachte beperking van de rol welke publiekrechtelijke wet- en regelgeving speelt bij herstel-advisering getuigt van een onjuiste rechtsopvatting, althans is onbegrijpelijk wegens het ontbreken van een (deugdelijke) motivering. Het handelen van Tussenpersoon dient (ook) getoetst te worden aan de artikelen 4:20, 4:23, derde lid, onderdelen a en b, 4:24, eerste lid, vierde lid, onderdeel e, en vijfde lid Wft en de artikelen 60 en 80a tot en met 80b Bgfo.
- Uit de Nieuwsbrief van de AFM van 2 februari 2016 volgt onomwonden dat adviseurs zich niet konden beperken tot activering, maar dat bij hersteladvies dezelfde regels gelden als bij ieder ander advies over impactvolle producten.
- Voor wat betreft de vereiste kostentransparantie is leidend dat informatie dient te worden verstrekt voor zover dit redelijkerwijs relevant is voor een adequate beoordeling van die dienst of dat product, dat wil zeggen, in geval van een beleggingsverzekering, een nauwkeurige omschrijving van de factoren waarvan de hoogte van de uitkering of uitkeringen afhankelijk is.
- Tussenpersoon heeft in 2015 aan Consument kenbaar gemaakt niet te zullen voldoen aan zijn verplichtingen op grond van art. 4:23 lid 1 Wft. Consument verwijst daartoe naar de e-mail van Tussenpersoon van 8 juni 2015. Het voor beleggingsadvies verwijzen naar de verzekeraar was misleidend, nu de verzekeraar een intermediairsmaatschappij is. In ieder geval sinds 2007 was Tussenpersoon gehouden periodiek de passendheid te toetsen. Aan die verplichting heeft Tussenpersoon niet voldaan. Consument heeft zelf in 2012 de Verzekering laten aanpassen en heeft in 2015 zelf moeten vragen om een hersteladvies. De stelling dat Consument niet bereid was het hersteladvies te beginnen met een persoonlijk gesprek, mist feitelijke grondslag. Hiervan werd pas afgezien, toen Tussenpersoon kenbaar maakte niet bereid te zijn een deugdelijk advies te kunnen of willen verstrekken.
- De voorwaarden die Consument en diens gemachtigde aan een gesprek met Tussenpersoon zouden stellen, zijn geen bijzondere voorwaarden, maar voorwaarden welke aan een regulier adviesproces te stellen zijn. Uit het feit dat Tussenpersoon deze voorwaarden als bijzonder omschrijft, blijkt al dat Tussenpersoon niet genegen was zich aan zijn wettige zorgplicht van deugdelijke advisering te houden.

3.9 Consument voert voorts aan dat hij een regeling heeft getroffen met de verzekeraar.

De eerder door de verzekeraar aangeboden productalternatieven boden volgens Consument geen deugdelijk alternatief. Over deze regeling met de verzekeraar schrijft Consument, voor zover hier relevant:

"(...) Wat betreft het verleden (i.c. de verstreken looptijd) heeft [naam verzekeraar] met de getroffen minnelijke regeling de disproportioneel gebleken verzekeringstechnische en beleggingskosten (naar redelijkheid en billijkheid) vergoed, maar indien gekozen zou worden voor verder ongewijzigde voortzetting niet verlaagd.

Datzelfde geldt voor de reeds betaalde buitensporig oplopende overlijdensrisico, met dien verstande dat in onderhavig geschil een som van € 2.444,- aan risicopremie was betaald en dat [naam verzekeraar] daarvan slechts € 903,- heeft willen vergoeden. (...)"

3.10 Tegen de achtergrond van de met de verzekeraar bereikte schikking resteren volgens Consument nog de volgende verwijten:

a. Tussenpersoon heeft Consument er niet al vanaf 1 januari 2007 op gewezen dat de hoge vaste overlijdensrisicodekking niet langer passend was en dat daarvoor goedkopere alternatieven bestonden;
b. Tussenpersoon had Consument er op het eerste daarvoor in aanmerking komende moment op moeten wijzen dat een fiscaal geruisloze omzetting naar een al dan niet geblokkeerde beleggingsrekening van Brand New Day, zowel qua verzekeringstechnische als beleggingskosten een veel groter economisch nut zou hebben dan ongewijzigde voortzetting van de Verzekering;
c. Tussenpersoon heeft er niet op het eerste daarvoor in aanmerking komende moment op gewezen dat de productalternatieven van de verzekeraar neerkwamen op 'lood om oud ijzer';
d. Tussenpersoon heeft provisie ontvangen uit de door de verzekeraar ingehouden beleggingskosten zonder daar melding van te maken en zonder daarvoor een tegenprestatie te leveren die deze provisie zou rechtvaardigen;
e. Tussenpersoon heeft geweigerd een deugdelijk beleggingsadvies te verstrekken, waardoor Consument noodgedwongen moest volstaan met een beleggingsneutrale omzetting, hetgeen des te navranter is nu blijkt dat Tussenpersoon provisie heeft ontvangen.

Slotreactie Tussenpersoon

3.11 Bij brief van 15 juli 2019 heeft Tussenpersoon gereageerd op de namens Consument ingediende aanvullende akte. Hij heeft - voor zover hier relevant - het volgende aangevoerd.

- De reactie van Consument voor zover die betrekking heeft op de dupliek en op de aanvullende verwijten dient door de Geschillencommissie buiten beschouwing te worden gelaten.
- De aanvullende akte van Consument is aan te merken als een verkapt beroepschrift.

- Gelet op de weigerachtige houding van Consument om een hersteladvies te ontvangen, betwist Tussenpersoon dat de eventuele (aanvullende) schade als gevolg van het feit dat het hersteladvies op een (veel) later moment wordt gegeven, aan haar kan worden toegerekend in de zin van artikel 6:98 BW. Los daarvan merkt Tussenpersoon op dat Consument naar eigen zeggen de Verzekering reeds heeft omgezet. Afgezien van het feit dat Consument hiertoe heeft besloten zonder Tussenpersoon hier vooraf in te kennen, stelt Tussenpersoon vast dat Consument geen belang (meer) heeft bij hersteladvies.
- De wijze waarop Consument tot een schadebedrag van € 24.700,- is gekomen, kan Tussenpersoon, zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet volgen. De door Consument overgelegde berekening is onbegrijpelijk.

4. Beoordeling

4.1 Aan de orde is de vraag of Tussenpersoon de op hem jegens Consument rustende zorgplicht heeft geschonden door Consument geen hersteladvies te verstrekken. De Commissie beantwoordt deze vraag ontkennend en overweegt daartoe als volgt.

De maatstaf

4.2 Een assurantietussenpersoon dient op grond van artikel 7:401 Burgerlijk Wetboek (BW) tegenover zijn opdrachtgever bij zijn werkzaamheden de zorg te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot verwacht mag worden. Deze algemene zorgplicht is verder ingevuld in de rechtspraak. Zo moet de tussenpersoon waken voor de belangen van de verzekeringnemers bij de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen. Daarbij hoort ook dat de tussenpersoon de verzekeringnemer tijdig opmerkzaam maakt op de gevolgen die hem bekend geworden feiten voor de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen kunnen hebben. Het gaat dan om feiten die aan de tussenpersoon bekend zijn of die hem redelijkerwijs bekend behoorden te zijn (zie de uitspraak van de Hoge Raad van 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0122, *NJ* 2003, 375, rov. 3.4.1). De zorgplicht van de tussenpersoon geldt niet alleen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst maar vergt een voortdurende bemoeienis door de tussenpersoon met de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen. Een tussenpersoon mag dus in beginsel niet stil blijven zitten wanneer hij tijdens de looptijd van de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen kennis neemt van feiten of omstandigheden die meebrengen dat de door hem beheerde verzekeringen mogelijk aanpassing behoeven.

4.3 Het gaat in dit geval om de beoordeling van de civielrechtelijke rechtsverhouding tussen Consument en Tussenpersoon en dus niet om de vraag of Tussenpersoon al dan niet heeft voldaan aan eventuele op hem ingevolge publiekrechtelijke toezichts- en/of gedragsnormen rustende verplichtingen.

Dat laat onverlet dat bij de invulling van wat van een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur in de gegeven omstandigheden mag worden verwacht, de inhoud van die publiek-rechtelijke verplichtingen wel een rol kan spelen. Concreet betekent dit dat van Tussenpersoon mag worden verwacht dat hij zich bij de uitvoering van de met Consument gesloten overeenkomst van opdracht rekenschap geeft van hetgeen daarbij op basis van voor hem geldende publiekrechtelijke regels wordt verwacht. Dat wil echter niet zeggen dat indien Tussenpersoon niet geheel heeft voldaan aan deze voorschriften, daarmee in het concrete geval ook steeds sprake is van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de met Consument gesloten overeenkomst van opdracht.

4.4 Voor de invulling van de ter zake van het hersteladvies op Tussenpersoon rustende zorgplicht is allereerst van belang dat de Autoriteit Financiële Markten (AFM) bij nieuwsbrief van 29 november 2011 heeft aangekondigd dat zij van adviseurs die betrokken zijn geweest bij de totstandkoming van beleggingsverzekeringen verwacht dat zij hun klanten benaderen voor een kosteloos hersteladvies. Teneinde invulling te geven aan hetgeen in dat kader van de adviseur wordt verwacht heeft de AFM in oktober 2012 een 'Stappenplan kosteloos hersteladvies beleggingsverzekeringen' (het Stappenplan) gepubliceerd.

Het Stappenplan houdt, onder meer, het volgende in:

"(…) **Uitgangspunten**
Adviseurs benaderen klanten met een beleggingsverzekering pro-actief voor een hersteladvies. Tijdens het adviesgesprek bespreekt de adviseur problemen over een hogere restschuld op de hypotheek, een lager dan verwacht pensioen of andere problemen en onderneemt hij waar nodig actie. Een hersteladvies is erop gericht de klant te adviseren waarbij de vraag of het oorspronkelijke doel nog kan worden bereikt het uitgangspunt is. En indien dit niet het geval is, welke aanpassingen er mogelijk/wenselijk zijn gezien de financiële positie van de klant. (…) De AFM gaat er vanuit dat u bij het hersteladvies de adviesregels volgt.

Stappenplan kosteloos hersteladvies beleggingsverzekeringen
De adviseur (of financieel dienstverlener) die destijds het advies over de beleggingsverzekering heeft gegeven adviseert dezelfde klant nu ook zonder opnieuw advieskosten in rekening te brengen. De adviseur heeft voor dit advies doorgaans een vergoeding ontvangen of ontvangt deze nog steeds. Ook een adviseur die de portefeuille van een andere adviseur heeft overgenomen verstrekt het advies in beginsel kosteloos. Bij kosteloos hersteladvies gaat het specifiek om het hersteladvies ten behoeve van de afgesloten beleggingsverzekering (…). Dit stappenplan bestaat uit drie stappen die hierna worden beschreven. (…)

Stap 1. Inventarisatie van de portefeuille

Bij stap 1 inventariseert u bij welke klanten de financiële risico's naar aanleiding van hun beleggingsverzekering het grootst zijn.(…)

Stap 2. Voorbereiden van het hersteladvies

Stap 2 richt zich op een goede voorbereiding van het hersteladvies zodat het uiteindelijke hersteladvies zo effectief mogelijk verloopt.(…)

Stap 3. Het hersteladvies

Stap 3 richt zich op het uitvoeren van het daadwerkelijke hersteladvies. (…)
De AFM gaat er vanuit dat, eenmaal aan tafel met de klant, u de procedure van een regulier adviesproces volgt met daarbij enkele aandachtspunten. Het reguliere adviesproces houdt in:
Inventarisatie
o Kennis en ervaring
o Financiële positie
o Doelstelling
o Risicobereidheid
Analyse
(Herstel)advisering
Nazorg
(…)
Bij de inventarisatie en analyse kunt u onder meer beoordelen in hoeverre de huidige beleggingsverzekering nog aansluit bij het oorspronkelijke doel van de klant en wat de oorzaken zijn indien dit niet het geval is(…). Ook een lager dan verwacht rendement, hefboomeffect of niet passende beleggingsmix moet passende aandacht krijgen in het advies.(…)

Eén van de uitgangspunten in het hersteladvies is de beantwoording van de vraag of het nog (realistisch) mogelijk is om de oorspronkelijke doelstelling te behalen. Bepaal samen met de klant wat voor hem/haar het beste is: aanpassen van het huidige product, beëindigen van het huidige product en/of een passend alternatief adviseren. Opties hierbij kunnen zijn het premievrij maken van het product, oversluiten naar een ander product, de overlijdens-risicoverzekering aanpassen, de inleg verhogen etc. Uiteraard kan het ook in het belang van de klant zijn om niets te wijzigen.(…)

Uit het hersteladvies moet blijken of de klant nog steeds wil beleggen en of dit passend is in zijn of haar situatie. Hierbij is het van belang dat u als onafhankelijk intermediair, binnen de mogelijkheden van uw bedieningsconcept, ook andere aanbieders dan de huidige meeneemt in de vergelijking. Het hersteladvies is niet beperkt tot aanpassingen in het huidige product of het overstappen naar een ander product van dezelfde aanbieder (…).

De aanbieder moet u in staat stellen om uw werk uit te voeren. Zo moet de aanbieder u proactief de informatie verstrekken die u nodig heeft voor het verstrekken van het advies. De aanbieder dient hierbij onder andere transparant te zijn over de werking van producten, de kosten die hieraan verbonden zijn en voor welke doelgroep een product geschikt is. (…)

Een hersteladvies is inhoudelijk geslaagd als:
De klant volledig op de hoogte is van de huidige situatie van zijn beleggingsverzekering en hoe zich dit verhoudt tot de doelstelling waarvoor hij het product destijds aanschafte;
De mogelijkheden tot aanpassing zijn onderzocht, besproken en eventueel uitgevoerd;
De klant de voor- en nadelen van het aanpassen van de huidige beleggingspolis tegen elkaar heeft afgewogen en hierop een weloverwogen beslissing maakt om wel of geen actie te ondernemen.
De situatie voor de toekomst is hersteld en/of waar mogelijk is verbeterd. (…)

De adviseur (of financieel dienstverlener) die destijds het advies over de beleggingsverzekering heeft gegeven, adviseert de klant nu ook zonder opnieuw advieskosten in rekening te brengen. (…) Ook een adviseur die de portefeuille van een andere adviseur heeft overgenomen verstrekt het advies in beginsel kosteloos. Hierbij gaat het specifiek om het hersteladvies ten behoeve van de afgesloten beleggingsverzekering. Was de beleggingsverzekering bedoeld voor pensioenaanvulling en wil de klant nu ook een advies over de aflossing van een hypotheekschuld, dan is dit laatste uiteraard geen onderdeel van het hersteladvies, maar een nieuw advies waarvoor wel kosten in rekening kunnen worden gebracht. (…)"

4.5 Op basis van de voor Tussenpersoon geldende richtlijnen over hersteladvisering, waaronder de hiervoor vermelde - destijds geldende - nieuwsbrief van de AFM en het Stappenplan, was Tussenpersoon gehouden Consument een advies te verstrekken waarin zou worden vastgesteld:

i. wat Consument op dit moment heeft;
ii. wat zijn doel was ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst en of dit doel alsnog behaald kan worden; en
iii. wat Consument kan doen om dit doel alsnog (zoveel mogelijk) te benaderen.

4.6 Om een hersteladvies te kunnen verstrekken is in een bestaande relatie soms een update van informatie noodzakelijk; in een nieuwe relatie is in ieder geval basale informatie nodig om tot het hersteladvies te kunnen komen. Zie de uitspraken van de Geschillencommissie 2016-440 en 2016-441 (te vinden op www.kifid.nl).

4.7 Het realiseren, althans benaderen, van het oorspronkelijke doel vormt steeds het uitgangspunt van het hersteladvies.

Daarbij dienen de volgende mogelijkheden aan bod te komen: ongewijzigd voortzetten, aanpassen van de bestaande overeenkomst, afkopen of het kiezen voor een passend alternatief. Het is niet noodzakelijk (of verplicht) dat een adviseur een volledige uitsplitsing van de kosten van het afgesloten product dan wel van de besproken opties opneemt in het hersteladvies. Voldoende is dat de consument op zodanige wijze wordt geïnformeerd dat hij op basis daarvan in staat is gesteld een geïnformeerde keuze te maken over het wijzigen of ongewijzigd laten van zijn verzekeringsovereenkomst. Tot advisering die op méér betrekking heeft dan aanpassing, wijziging of omzetting van de oorspronkelijke beleggingsverzekering met als doel het oorspronkelijke doel alsnog te bereiken, is Tussenpersoon niet gehouden. Zie eveneens de uitspraken van de Geschillencommissie 2016-440 en 2016-441.

Schending zorgplicht door Consument geen hersteladvies te verstrekken?

4.8 Tussen partijen staat vast dat Tussenpersoon Consument geen hersteladvies heeft verstrekt. Tussenpersoon stelt dat hem dat niet verweten kan worden. Dat geen hersteladvies is verstrekt is uitsluitend het gevolg van de wijze waarop Consument zich heeft opgesteld. Consument wenste niet met Tussenpersoon een inventariserend gesprek te hebben, wat volgens Tussenpersoon nodig is om een compleet hersteladvies te kunnen opmaken. Ook is Consument, nadat hij een klacht had ingediend, niet ingegaan op het door Tussenpersoon gedane aanbod voor een gesprek om hersteladvisering alsnog mogelijk te maken. Consument daarentegen vindt dat Tussenpersoon bij de hersteladvisering in strijd heeft gehandeld met de aanwijzigingen van de AFM en de in de Wft neergelegde regels en in 2015 aan Consument kenbaar heeft gemaakt niet te zullen voldoen aan zijn verplichtingen op grond van art. 4:23 lid 1 Wft, zodat Consument niet verweten kan worden dat hij geen vertrouwen meer in Tussenpersoon had en geen gesprek met hem wenste aan te gaan.

4.9 Naar het oordeel van de Commissie is het gelijk aan de zijde van Tussenpersoon en zij licht dit hierna toe. Consument heeft zich omstreeks 29 april 2015 tot Tussenpersoon gewend voor hersteladvies. Tussenpersoon heeft vervolgens bij e-mailbericht van 29 april 2015 een afspraak met Consument bevestigd voor 16 juni 2015. In dit bericht heeft Tussenpersoon vermeld dat het, om een goed beeld te krijgen van de financiële situatie, voor hem van belang is om in ieder geval uiterlijk tijdens het gesprek te beschikken over alle relevante informatie. In het e-mailbericht staat welke stukken dat in ieder geval betreft. Consument heeft Tussenpersoon vervolgens bij e-mailbericht van 7 juni 2015 laten weten dat hij behalve de ontwikkelingen van de Verzekering ook graag een technisch hersteladvies wenst, waarin alle mogelijke alternatieven in kaart zijn gebracht, liefst op schrift en zo mogelijk aan hem gemaild voordat het gesprek zal plaatsvinden. Tussenpersoon heeft Consument op 8 juni 2015 laten weten dat hij geen technisch advies zal geven met betrekking tot de beleggingsverzekering omdat hij geen beleggingsadvies geeft. Hij geeft verder aan dat hij wel een hersteladvies kan uitwerken met betrekking tot de Verzekering en dat hij daartoe opdracht zal geven.

Consument heeft dit niet afgewacht, maar de ingeplande afspraak voor 16 juni 2015 afgezegd, de verzekeraar verzocht om een intermediairswijziging en een klacht ingediend bij Tussenpersoon en vervolgens bij Kifid. Hierop heeft Tussenpersoon Consument op 16 juli 2015 uitgenodigd voor een persoonlijk gesprek op kantoor en, toen Consument hem verwees naar zijn gemachtigde, de gemachtigde van Consument op 18 september 2015 benaderd met een aanbod voor een gesprek om het hersteladvies vorm te geven. De gemachtigde van Consument heeft Tussenpersoon diezelfde dag - kort gezegd - laten weten dat een gesprek alleen zinvol is, indien Tussenpersoon Kifid eerst schriftelijk zou laten weten de voorkeur te geven aan een minnelijke regeling boven geschilbeslechting door Kifid en dat hij voornemens was uitvoering te geven aan het door Consument gevorderde. Hierop heeft Tussenpersoon de gemachtigde van Consument op 21 september 2015 laten weten dat hij uit zijn reactie opmaakt dat geen prijs wordt gesteld op een persoonlijk gesprek en dat hij voor de verdere afronding van de klacht de Kifid-procedure zal volgen.

Naar het oordeel van de Commissie mocht Tussenpersoon in de gegeven omstandigheden van Consument verlangen dat hij voorafgaand aan het uitbrengen van een hersteladvies een persoonlijk gesprek met Tussenpersoon had. Dit geldt te meer nu hij Consument zelfs heeft aangeboden op voorhand een advies toe te sturen dat tijdens het gesprek besproken kon worden.

4.10 De zeer specifieke eisen die (de gemachtigde van) Consument stelt aan de aard, inhoud en omvang van het door Tussenpersoon te geven hersteladvies berusten op een misvatting van de in dit geval op Tussenpersoon jegens Consument rustende verplichtingen. Anders dan Consument betoogt, houden deze niet in dat Tussenpersoon Consument tot in detail zou moeten informeren over de volledige kostenlading van huidige of alternatieve producten of dat Tussenpersoon gehouden zou zijn Consument ter zake van elk van zijn mogelijke alternatieve keuzes van een persoonlijk beleggingsadvies te voorzien. Dit volgt niet uit de hiervoor reeds vermelde richtlijnen voor hersteladvisering, noch uit de door Consument aangehaalde bepalingen in de artikelen 4:20, 4:23, derde lid, onderdelen a en b, 4:24, eerste lid, vierde lid, onderdeel e, en vijfde lid Wft en de artikel 60 en 80a tot en met 80b Bgfo, noch uit de nieuwsbrief van de AFM van 2 februari 2016.

4.11 De hiervoor onder 4.9 en 4.10 genoemde omstandigheden hebben ertoe geleid dat Tussenpersoon Consument geen hersteladvies heeft gegeven. Deze omstandigheden vallen Consument toe te rekenen. Tussenpersoon treft van het verhinderen van de nakoming van de hersteladviesplicht daarvan geen verwijt. Voor de gevolgen van het uitblijven van dit hersteladvies is Tussenpersoon dus ook niet aansprakelijk.

Schending zorgplicht door niet al vanaf 1 januari 2007 er op te wijzen dat de Verzekering niet langer passend was en Consument op gunstiger alternatieven te wijzen?

4.12 De gemachtigde van Consument stelt voorts dat Tussenpersoon tijdens de looptijd van de Verzekering is tekortgeschoten in zijn zorgplicht jegens hem door hem niet eerder te benaderen voor advies over de passendheid van de Verzekering. Consument voert hiertoe aan dat de plicht tot hersteladvisering niet pas is ontstaan na de aanwijzingen door de AFM, maar dat die plicht al voortvloeit uit de opdracht tot dienstverlening, welke verplichting volgens hem met de invoering van de Wft per 1 januari 2007 is "geheractiveerd". De Commissie overweegt hierover als volgt.

4.13 Zoals hiervoor onder 4.2 overwogen brengt de zorgplicht van de assurantietussenpersoon mee dat hij contact met de verzekeringnemer opneemt wanneer hij tijdens de looptijd van de tot zijn portefeuille behorende verzekering kennis neemt van feiten of omstandigheden die meebrengen dat deze verzekering mogelijk aanpassing behoeft.

4.14 De Commissie overweegt dat de AFM in haar nieuwsbrief van 29 november 2011 een verplichting voor verzekeraars en adviseurs heeft opgenomen om hun klanten actief te benaderen voor hersteladvies. Op dat moment bestond er derhalve een aanleiding voor Tussenpersoon om contact met Consument op te nemen en de Verzekering met hem door te lopen. Volgens het AFM-rapport 'Nazorg beleggingsverzekeringen' verstrijkt de deadline hiervoor op 31 december 2016. Tussenpersoon heeft aangevoerd dat hij de hersteladvisering heeft opgepakt middels een grootschalig project, dat Consument in een categorie viel die pas aan de beurt kwam nadat eerst de categorieën met een hogere prioriteit aan de beurt waren geweest en dat Consument zeker aan de beurt zou zijn gekomen binnen de termijn die daarvoor door de AFM gesteld was. De Commissie vindt deze uitleg van Tussenpersoon voldoende aannemelijk. Zoals hiervoor onder 4.11 overwogen heeft Consument het aan zichzelf te wijten dat Tussenpersoon uiteindelijk geen hersteladvies voor 31 december 2016 aan hem heeft verstrekt.

4.15 Voor zover Consument Tussenpersoon verwijt dat hij hem niet al voor de hiervoor genoemde regelgeving van de AFM heeft benaderd voor advies over de passendheid van de Verzekering, overweegt de Commissie als volgt. Consument heeft onvoldoende gesteld en aannemelijk gemaakt dat er voor Tussenpersoon in de periode voorafgaand aan de regelgeving van de AFM aanleiding bestond om contact met Consument op te nemen en de Verzekering met hem door te lopen. Daarom faalt de klacht.

Overige verwijten

4.16 De gemachtigde van Consument heeft in zijn aanvullende uitlating van 30 april 2019 de klacht uitgebreid en een aantal nieuwe verwijten opgenomen. De Commissie gaat daaraan voorbij omdat Consument deze nieuwe stellingen te laat aan zijn klacht ten grondslag heeft gelegd.

Conclusie

4.17 De conclusie is dat Tussenpersoon zijn zorgplicht jegens Consument niet heeft geschonden en hij is dus niet aansprakelijk voor de door Consument gestelde schade. De klacht van Consument is ongegrond en de Commissie zal de vorderingen van Consument daarom afwijzen.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vorderingen van Consument af.

In artikel 2 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van bindende 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/in-beroep-gaan-bij-kifid.

U kunt, binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak, bij de Voorzitter van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening schriftelijk een verzoek indienen tot herstel van kennelijke vergissingen in de uitspraak. U moet daarbij met name denken aan correctie van reken- of schrijffouten en verbetering van namen en data. De volledige procedure met de termijnen die daarbij in acht moeten worden genomen staat beschreven in artikel 46 van het Reglement.