Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2020-417
(mr. dr. S.O.H. Bakkerus, voorzitter en mr. J.J. Guijt, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 12 maart 2016
Ingediend door	: Consument
Tegen	: Berends & Slump B.V., gevestigd te Twello, 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 1996 gesloten beleggingsverzekering die enige tijd later in de portefeuille van de tussenpersoon is terechtgekomen.

Gezien de omstandigheden die volgen uit de overgelegde stukken valt het de tussenpersoon niet te verwijten dat hij consument geen hersteladvies heeft verstrekt.

Het klachtonderdeel, inhoudende dat de tussenpersoon heeft verzuimd om tijdens de looptijd het klantprofiel te actualiseren en na te gaan of het product nog passend was, heeft Consument ook aangevoerd in een andere door hem op een eerder moment tegen de tussenpersoon ingediende klacht, en zal de Commissie om proceseconomische redenen alleen in dat dossier behandelen. 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:

- het door Consument (digitaal) ingediende klachtformulier;
- de klachtbrief van Consument met bijlagen;
- het verweerschrift van Tussenpersoon;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Tussenpersoon;
- de aanvullende uitlating van Consument van 18 februari 2019 onder meer naar aanleiding van de vier uitspraken van de Geschillencommissie van 21 september 2016 over hersteladviesklachten en
- de brief van Tussenpersoon van 17 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 is daarom op grond van de stukken beslist.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

2.1 Consument heeft met ingang van 24 mei 1996 een beleggingsverzekering Royal Future Spaarverzekering, (hierna: de Verzekering) bij Allianz Nederland Levensverzekering N.V. (hierna: de verzekeraar) afgesloten. De Verzekering kwam tot stand door bemiddeling en advisering van de toenmalige adviseur van Consument, [naam toenmalige adviseur]. Op het polisblad van de Verzekering is geen beoogde einddatum opgenomen. Ten tijde van het sluiten van de Verzekering heeft Consument gekozen voor een dekking ter hoogte van de waarde van de Verzekering bij het in leven zijn en een dekking bij overlijden ter hoogte van NLG 180.753,00, dan wel, indien hoger, 110% van de waarde van de Verzekering. Na totstandkoming van de Verzekering heeft Tussenpersoon de portefeuille van de toenmalig adviseur overgenomen.

2.2 In de begeleidende brief bij het waardeoverzicht over 2010 heeft de verzekeraar Consument erop gewezen dat hij aan de hand van een profieltest periodiek een inschatting kan maken van zijn risicoprofiel en samen met zijn financieel adviseur kan nagaan of de huidige fonds-keuze nog bij hem past. Verder staat hierin:

"*(…) Uw beleggingsverzekering kan worden aangepast of omgezet. In hoeverre aanpassing of omzetting wenselijk is, is afhankelijk van uw individuele situatie. (…) Als u vragen heeft over (…) uw mogelijkheid tot aanpassing of omzetting van uw verzekering, dan verzoeken wij u contact op te nemen met uw financieel adviseur. (…)*"

2.3 In 2012 heeft Consument zich gewend tot het Kifid met een klacht over zijn Verzekering tegen de verzekeraar.

2.4 In 2013 heeft Consument de overlijdensrisicodekking binnen zijn Verzekering gewijzigd naar een dekking van 90% van de waarde van zijn Verzekering.

2.5 In 2014 heeft Consument een klacht tegen Tussenpersoon ingediend over product-inherente gebreken en zorgplichtschendingen binnen zijn Verzekering.

2.6 Per e-mail van 16 november 2015 heeft Consument zich tot Tussenpersoon gewend voor een gratis hersteladvies:

"*(…) Zoals u als onze intermediair bekend, zijn wij in het bezit van een Allianz Future Spaarverzekering met bovengenoemd polisnummer. Ook bent u op de hoogte van het feit, dat thans zowel tegen verzekeraar Allianz Nederland Levensverzekering N.V. als tegen Berends & Slump als onze intermediair een klachtprocedure bij het KiFiD aanhangig is gemaakt. Tijdens deze procedure hebben wij inmiddels schadebeperkende maatregelen doorgevoerd, waarbij de poliswaarde is teruggebracht van 110 % naar 90%, de overlijdensrisicodekking in een aparte ORV is ondergebracht en ons gespaarde vermogen tijdelijk is verplaatst naar het Stallingsfonds. Aangezien onze huidige polis mei 2019 ten einde loopt, is het vervolgens zaak, in afwachting van een uitspraak van het KiFiD in deze, schadeherstellende maatregelen te nemen. In dat kader willen wij aanspraak maken op een door Allianz toegezegd gratis hersteladvies door Berends & Slump, onder inachtneming van de hierna te noemen kanttekeningen en uitgangspunten, en met als doelstelling bij ongewijzigde premie alsnog het door ons beoogde doelkapitaal te behalen. (…)*"

In deze brief heeft Consument diverse uitgangspunten opgenomen voor het door Tussenpersoon te verstrekken hersteladvies:

"*(…) Ondergetekenden wensen een onafhankelijk gratis schriftelijk hersteladvies, dat 100% voldoet aan de AFM- en WfT-normen voor hersteladvisering.*

1. *Ieder advies van de intermediair inzake poliswaardeherstel wordt, alvorens tot besluitvorming wordt overgegaan, ter beoordeling voorgelegd aan hun ADR expert.*
2. *De polishouders zullen zich niet uitlaten over hun risicobereidheid, zodat zij ook niet verleid kunnen worden tot onverstandige keuzes. Er wordt louter een technische uiteenzetting gewenst, die afgezet wordt tegen de verwachtingen/doelen, die ondergetekenden met deze polis hadden. Dit is slechts anders indien u toezegt een deugdelijk beleggingsadvies te verstrekken, dat is gebaseerd op toepassing van de AFM Leidraad "Klant in beeld aanbevelingen-beleggingsadviesvermogensbeheer".*
3. *Er komt een volledige analyse van hun huidige polis en wat daar mis mee is (de onthulling van de verborgen gebreken van deze woekerpolis) met een volledige transparantie van het formularium.*
4. *Een volledig overzicht wordt geboden van alle mogelijke alternatieven, binnen en buiten Allianz (buiten Allianz rekening houdend met bijkomende kosten) met een analyse van het fiscale Box 3 regiem. (…)*"

2.7 Op 1 december 2015 heeft Consument Tussenpersoon een herinnering gestuurd. Per e-mail van 2 december 2015 heeft Tussenpersoon daarop gereageerd:

"*(…) Aangezien u een klachtenprocedure bent gestart hebben wij uw verzoek voorgelegd aan de juristen van onze beroepsaansprakelijkheidsverzekering. Eerst nadat wij hierop bericht hebben ontvangen zullen wij inhoudelijk reageren. (…)*"

Naar aanleiding daarvan heeft Consument Tussenpersoon per e-mail van 17 december 2015 laten weten:

"*(…) In antwoord op uw onderstaande e-mail het volgende. Wij zien niet in wat de relevantie zou kunnen zijn tussen de lopende klachtprocedure bij het KiFiD inzake opgelopen polisschade in het verleden en een gratis hersteladvies wat betreft het voorkomen van toekomstige schade in het kader van een minnelijke regeling. Daarom moeten wij helaas concluderen, dat Berends & Slump als onze intermediair niet aan haar wettelijke zorgplicht zal voldoen. Reden voor ons om een tweede klachtprocedure via het KiFiD tegen B&S op te starten. (…)*"

Diezelfde dag heeft Tussenpersoon Consument als volgt bericht:

"*(…) Vandaag heb ik de bevestiging van de jurist ontvangen dat het hersteladvies kan worden opgepakt. Inmiddels heb ik mijn collega [naam adviseur] verzocht uw mail verder af te handelen. (…)*"

2.8 Op 22 december 2015 heeft een telefoongesprek tussen Consument en Tussenpersoon plaatsgevonden. Op 23 december 2015 heeft Tussenpersoon Consument als volgt geïnformeerd:

"*(…) Wij ontvingen uw verzoek voor een gratis hersteladvies met betrekking tot uw polis bij Allianz (…). In onze mails van 2 en 17 december en in ons telefoongesprek van 22 december hebben wij u toegelicht waarom wij niet eerder op uw verzoek zijn ingegaan. In het telefoongesprek van 22 december gaf u aan eerst een aantal punten op papier te willen ontvangen, voordat u een gesprek wilt.*

Ik heb inmiddels contact gehad met Allianz om te informeren naar de status van de polis en de mogelijke punten door te nemen die bij een hersteladvies de aandacht dienen te hebben:

- *<u>Overlijdensrisicodekking op de polis:</u> Deze polis heeft bij overlijden een dekking van 90% van de aanwezige poliswaarde. Dit is door uzelf teruggebracht van 110% naar 90%. (…) Er is hier dus geen mogelijkheid om de overlijdensdekking uit de polis te sleutelen.*
- *<u>Anders beleggen:</u> U zit voor 100% in het Allianz Geldmarkt Fonds. Dit is het minst risicovolle fonds. Ook dit is door uzelf zo gewijzigd.*
- *<u>Bijstorten:</u> Bijstorten op de polis is mogelijk als u maar binnen de fiscale bandbreedte blijft. Hierbij moet de maximale premieverhouding tussen de hoogste en de laagste jaarpremie 10:1 zijn.*

Van de te bespreken punten in het kader van het hersteladvies zijn de meesten al (in opdracht van uzelf) uitgevoerd. Uitgangspunt in het hersteladvies is vaststellen of het nog realistisch mogelijk is om de oorspronkelijke doelstelling te halen. Graag vernemen wij van u welk doelbedrag u nu voor ogen hebt, temeer omdat u aangeeft dit te willen bereiken met een ongewijzigde premie.

Uit de polis heeft 2 keer een gedeeltelijke afkoop plaatsgevonden. Dit komt niet ten goede aan de opbouw van de waarde en zal consequenties hebben voor het door u te behalen doelkapitaal. Wanneer u nu ook advies wenst over de mogelijkheden voor aanvulling van dit tekort, dan is dit laatste geen onderdeel van het hersteladvies, maar een nieuw advies waarvoor wel kosten in rekening worden gebracht. (…)"

2.9 Op 22 februari 2016 heeft Consument bij zowel Tussenpersoon als de verzekeraar per e-mail een klacht ingediend. In zijn e-mail aan Tussenpersoon laat Consument weten:

"*(…) Bij nalezing van uw reactie d.d. 23 december 2015 moeten wij vaststellen dat Berends&Slump niet competent lijkt om tot een deugdelijk hersteladvies te komen. Overwegende dat*

- *in de huidige polis al op eigen initiatief de overlijdensrisicodekking is verlaagd naar 90%, houdt niet in, dat geen productalternatief mogelijk zou zijn waarvan de verzekeringstechnische kosten lager uitvallen;*
- *bij gebrek aan deugdelijk advies (tijdelijk) voor een switch naar het veilig geachte geldmarktfonds is gekozen, houdt niet in dat een deugdelijk effectentypisch beleggingsadvies niet op zijn plaats zou zijn, om gelet op de resterende beleggingshorizon beleggingskeuzes te maken die (meer) bij onze doelstellingen passen;*
- *de mogelijkheid van bijstorten bestaat, houdt niet in dat er geen productalternatieven mogelijk zijn, waarvan de verzekeringstechnische en/of fondsbeheerskosten lager uitvallen;*
- *uw vraag naar een "doelbedrag" volstrekt onzinnig is; wij vroegen immers namelijk naar een hersteladvies dat uitgaat van de oorspronkelijke doelstellingen, die altijd al een "gemengd" karakter hadden (te weten het via "gedeeltelijke afkoop" financieren van bepaalde uitgaven zoals bijvoorbeeld studiekosten van kinderen, zowel als aanvulling op pensioen);*
- *anders dan B&S lijkt te menen, het overwegen van productalternatieven, die een betere waardeopbouw bieden, wel degelijk onderdeel behoort uit te maken van het gratis hersteladvies.*

persisteren wij dan ook bij het verzoek zoals omschreven in onze brief d.d. 16 november 2015 en de daarin geformuleerde 5 uitgangspunten. In dat verband verwijzen wij naar de AFM Nieuwsbrief voor financiële dienstverleners van 2 februari 2016, waarin nog eens staat aangegeven dat een hersteladvies dient te voldoen aan alle daaraan op grond van wet- en regelgeving te stellen eisen. Gelet op de sinds 16 november 2015 verstreken tijd achten wij ons vrij binnen veertien dagen na dagtekening van deze brief een klacht tegen B&S in te dienen wegens schending van haar zorgplicht, als bedoeld in artikel 4:23 jo 4:24a jo 4:25 WfT.(…)"

2.10 Consument heeft zich vervolgens op 12 maart 2016 tot het Kifid gewend met een klacht over het hersteladvies tegen zowel Tussenpersoon als de verzekeraar.

2.11 De door Consument tegen de verzekeraar ingediende klachten zijn inmiddels ingetrokken nadat een schikking is bereikt.

2.12 Uit de aanvullende akte uitlating van Consument volgt dat Consument de Verzekering per 11 december 2018 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.[1] Consument verwijst in dit kader onder meer naar het AFM Stappenplan kosteloos hersteladvies beleggings-verzekeringen.[2]

3.2 Daarnaast verwijt Consument Tussenpersoon dat hij heeft verzuimd om gedurende de looptijd van de Verzekering (meer in het bijzonder na de invoering van de Wet financieel toezicht (hierna: Wft) per 1 januari 2007) het klantprofiel te actualiseren en na te gaan of de Verzekering nog passend was voor Consument. Ook hiermee heeft Tussenpersoon zijn zorgplicht geschonden.

3.3 Consument stelt dat hij ten gevolge van voornoemd handelen van Tussenpersoon nadeel ondervindt. Consument vordert met inachtneming hiervan - blijkens onder meer de aanvullende uitlating van 18 februari 2019 - dat Tussenpersoon wordt gehouden 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, met dien verstande dat de reeds ontvangen vergoeding van de verzekeraar van € 5.195,- hierop in mindering mag worden gebracht. De resterende schadeomvang bedraagt volgens Consument € 10.286,-. Hierbij dient volgens Consument het vermogensverlies als gevolg van de niet tijdige omzetting naar een beleggingsrekening van Brand New Day (door Consument geschat op ongeveer € 3.000,-) opgeteld te worden;
- restitutie aan Consument van alle aan Tussenpersoon uitgekeerde provisies, volgens Consument vast te stellen op minimaal € 5.000,-, zodat Consument daarmee in de gelegenheid wordt gesteld elders een deugdelijk herstel- en beleggingsadvies te verkrijgen en; en
- vergoeding van de advieskosten in de Kifid-procedure, voorshands te bepalen op €2.500,-.

[1] PD p. 5 en 8.
[2] PD p. 55.

Verweer Tussenpersoon

3.4 Tussenpersoon heeft in zijn verweer het volgende aangevoerd:

- de klacht van Consument is deels een herhaling van de klacht die Consument onder kenmerk [nummer] heeft ingediend. Tussenpersoon verzoekt het verweer uit die procedure integraal als herhaald en ingelast te beschouwen;.
- Consument heeft niet de weg van oplossingsgericht, maar die van conflictgericht corresponderen gekozen;
- uit het stappenplan van de AFM blijkt dat het behalen van het doel van Consument het belangrijkste uitgangspunt is van het hersteladvies. Als het doel niet vast te stellen is, is een hersteladvies moeilijk te geven;
- Tussenpersoon heeft Consument in zijn brief van 23 december 2015 meegedeeld dat de door Consument op eigen initiatief teruggebrachte overlijdensrisicodekking niet lager kan zijn dan 90% van de opgebouwde waarde en dat daarmee geen verdere mogelijkheid bestaat om de overlijdensrisicodekking uit de polis te halen. Verder heeft hij daarin vermeld dat Consument (op eigen initiatief) 100% belegt in het minst risicovolle fonds en dat bijstorting mogelijk is zolang de verhouding hoogste en laagste jaarpremie binnen de bandbreedte van 10:1 blijft voor het behoud van het fiscale regime. Op de door Tussenpersoon in voornoemde brief gestelde vraag om op te geven welk doelbedrag hij voor ogen heeft, heeft Consument Tussenpersoon op 22 februari 2016 medegedeeld dat de vraag naar een doelbedrag volstrekt onzinnig is nu is gevraagd naar een hersteladvies dat uitgaat van de oorspronkelijke doelstelling die altijd een gemengd karakter had, te weten via gedeeltelijke afkoop financieren van bepaalde uitgaven, zoals studiekosten en als aanvulling op zijn pensioen. Hiermee staat vast dat van een concreet doelbedrag nimmer sprake is geweest. De overige ‘reparatiemaatregelen’ ten aanzien van de Verzekering hebben reeds plaatsgevonden;
- niet valt in te zien wat nu concreet van Tussenpersoon wordt verwacht, nu Consument weigerachtig is mee te werken.

Repliek Consument

3.5 In zijn repliek heeft Consument nog het volgende naar voren gebracht:

- Tussenpersoon gaat in het geheel niet in op de uitgebreide onderbouwing van de klacht, maar herhaalt slechts zijn standpunt dat verdere advisering niet mogelijk zou zijn omdat geen verdere productverbetering voorstelbaar was. Tussenpersoon verschuilt zich achter de stelling dat geen doelbedrag is bepaald, alsof de beslissing de overeenkomst gewijzigd of ongewijzigd voort te zetten alleen daarvan afhankelijk is;
- Tussenpersoon geeft niet blijk over de competentie te beschikken om te onderkennen dat van meet af aan sprake was van een “gemengde” verzekering, met dien verstande dat niet louter een waarde op de einddatum werd nagestreefd, maar nadrukkelijk ook vermogen diende te worden gevormd voor tussentijdse opname(n);

- de inzet van een deugdelijk hersteladvies was juist om na te gaan of met gewijzigde dan wel ongewijzigde voortzetting van de overeenkomst de meest optimale vermogens-opbouw in de resterende looptijd kon plaatsvinden en welke doelen daarbij nog haalbaar waren. Nu Tussenpersoon erkent daar geen verstand van te hebben, dient dit rechts-gevolgen te hebben;
- Tussenpersoon gaat in het geheel niet in op de op hem rustende zorgplicht die meebracht dat hij al veel eerder hersteladvies diende uit te brengen, om te beginnen kort na 1 januari 2007 toen de Wft werd ingevoerd, onverlet de zorgplicht op grond van artikel 7:401 BW.

Dupliek Tussenpersoon

3.6 In zijn dupliek heeft Tussenpersoon nog aangevoerd dat uit de vier uitspraken van de Geschillencommissie van 21 september 2016 over de hersteladviesklachten volgt dat de eisen die Consument stelt aan het hersteladvies, berusten op een misverstand. 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 de Tussenpersoon gehouden zou zijn Consument ter zake van elk van zijn mogelijk alternatieve keuze van een persoonlijk beleggingsadvies te voorzien. In het licht van deze uitspraken is evident dat Tussenpersoon niet jegens Consument is tekortgeschoten.

Aanvullende uitlating Consument

3.7 In zijn aanvullende uitlating van 18 februari 2019 naar aanleiding van de vier uitspraken van de Geschillencommissie van 21 september 2016 over hersteladviesklachten voert Consument 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.
- 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 artikel 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.
- Tussenpersoon heeft kenbaar gemaakt zich niet te willen houden aan de adviesregels voor impactvolle financiële 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.
- Consument heeft zelf in 2013 de Verzekering laten aanpassen. De risicopremie was op dat moment al opgelopen tot 65% van de beschikbare premie en inclusief beleggings-kosten tot ver boven de 100%. In 2007 was dat aandeel al opgelopen tot meer dan 45% (exclusief beleggingskosten). Het is Tussenpersoon dan ook ernstig aan te rekenen dat hij niet eerder het initiatief heeft genomen de risicopremie te "ontsleutelen".
- Van Consument mocht niet worden verwacht dat hij de uitkomst van de procedure bij Kifid zou afwachten. Consument heeft dan ook per 11 december 2018 zijn Verzekering omgezet naar een beleggingsrekening bij een andere aanbieder.

3.8 Consument voert voorts aan dat hij inmiddels 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 Allianz 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 € 14.065 aan risicopremie was betaald en dat Allianz daarvan slechts € 5.195 heeft willen vergoeden. (…)"

3.9 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 bestaande 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

3.10 Bij brief van 17 juli 2019 heeft Tussenpersoon gereageerd op de namens Consument ingediende aanvullende uitlating. Hij heeft - voor zover hier relevant – nog het volgende aangevoerd:

- Tussenpersoon benadrukt dat Consument nimmer is ingegaan op zijn aanbod om in gesprek te gaan. Bovendien heeft Consument door de jaren heen diverse keren van Tussenpersoon een checklist ontvangen waarop wijzigingen in zijn persoonlijke situatie konden worden vermeld en waarop kon worden aangegeven dat hij een gesprek wenste. Uit de door Tussenpersoon retour ontvangen checklisten bleek altijd dat van relevante wijzigingen geen sprake was, alsook dat Consument geen behoefte had aan een gesprek;
- Consument stelt dat Tussenpersoon geweigerd heeft om hersteladvies te verstrekken. Dit is echter geenszins het geval. De omstandigheid dat een hersteladvies (nog) niet is gegeven, ligt niet aan Tussenpersoon, maar aan de weigerachtige houding van Consument. Een eventuele schade die ontstaat doordat het hersteladvies op een later moment wordt gegeven, kan Tussenpersoon dan ook niet worden toegerekend op grond van artikel 6:98 BW. In ieder geval levert deze houding eigen schuld op van Consument in de zin van art. 6:101 BW;
- hoewel Tussenpersoon niet het oorspronkelijke advies aan Consument heeft verstrekt en nooit provisie of enige ander vergoeding heeft ontvangen in het kader van dit advies en/of betreffende polis, is Tussenpersoon bereid om hersteladvies te verstrekken aan Consument, voor zover dit nog mogelijk is;
- nu Consument de Verzekering reeds heeft omgezet, heeft Consument geen belang meer bij het gevorderde hersteladvies;
- het door Consument gevorderde schadebedrag van € 13.286,- komt niet voor vergoeding in aanmerking, wegens het ontbreken van iedere onderbouwing.

4. Beoordeling

4.1 Aan de orde is allereerst 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. In dat kader is onder meer bepaald dat de tussenpersoon moet 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 publiekrechtelijke 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 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' (hierna: 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
- *Kennis en ervaring*
- *Financiële positie*
- *Doelstelling*
- *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 overlijdensrisicoverzekering 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. (…)

Als u als adviseur een nieuwe klant helpt (die niet eerder onderdeel was van uw (eventueel aangekochte) portefeuille) dan kunt u voor dit hersteladvies aan de klant kosten in rekening brengen. (…)"

4.5 Op basis van de op Tussenpersoon betrekking hebbende relevante 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 adviesrelatie 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 GC 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. Hij voert daartoe aan dat het feit dat geen hersteladvies is verstrekt uitsluitend het gevolg is van de door Consument gekozen manier van optreden. Consument wenste immers niet met Tussenpersoon in gesprek te gaan. Hoewel Tussenpersoon zich steeds bereid heeft getoond om Consument een hersteladvies te verstrekken, heeft Consument hiervan geen gebruik gemaakt. Consument heeft op eigen initiatief de Verzekering reeds omgezet hetgeen het verstrekken van een hersteladvies volgens Tussenpersoon onmogelijk heeft gemaakt. Ook heeft Consument geen belang meer bij het gevorderde hersteladvies, aldus Tussenpersoon. Consument daarentegen stelt zich op het standpunt dat Tussenpersoon bij de herstel-advisering in strijd heeft gehandeld met de aanwijzingen van de AFM en de in de Wft neergelegde regels. Consument stelt dat hem niet verweten worden dat hij geen vertrouwen meer had in Tussenpersoon, nu Tussenpersoon heeft kenbaar gemaakt zich niet te willen houden aan de adviesregels voor impactvolle financiële producten en heeft erkend geen verstand te hebben van beleggingsadvies. Daarnaast stelt Consument dat Tussenpersoon zich niet kan verschuilen achter het feit dat geen concreet doelbedrag was bepaald.

4.9 Naar het oordeel van de Commissie is het gelijk aan de zijde van Tussenpersoon en zij licht dit hierna toe. Consument heeft in 2014 een klacht tegen Tussenpersoon bij Kifid ingediend omdat volgens hem sprake was van product-inherente gebreken en zorgplichtschendingen binnen zijn Verzekering. Vervolgens heeft Consument, toen voornoemde klachtprocedure liep, zich op 16 november 2015 tot Tussenpersoon gewend voor hersteladvies. Nadat Tussenpersoon Consument op 17 december 2015 heeft meegedeeld dat een hersteladvies verstrekt kon worden en dat hij een adviseur had verzocht dit verder met Consument af te handelen, is in december 2015 tussen partijen over en weer contact geweest over het verstrekken van een hersteladvies, waarbij Tussenpersoon op verzoek van Consument in december 2015 alvast enige informatie aan Consument heeft toegezonden. Daarbij heeft Tussenpersoon benadrukt dat de meeste van de te bespreken punten in het kader van hersteladvies al in opdracht van Consument zelf waren uitgevoerd. Tussenpersoon heeft Consument gevraagd zijn doelkapitaal door te geven omdat dit uitgangspunt is voor het te verstrekken hersteladvies. Consument heeft dit niet doorgegeven. Hij heeft de verzekeraar op 22 februari 2016 verzocht een andere tussenpersoon toe te wijzen of een vergoeding toe te kennen, zodat hij zelf een tussenpersoon kan inschakelen. Eveneens op 22 februari 2016 heeft Consument Tussenpersoon gemaild dat hij moet vaststellen dat Tussenpersoon niet competent lijkt om tot een deugdelijk hersteladvies te komen en hem verzocht om een hersteladvies te verstrekken dat uitgaat van de oorspronkelijke doelstellingen, die altijd al een gemengd karakter zouden hebben gehad.

Vervolgens heeft Consument op 12 maart 2016 wederom een klacht tegen Tussenpersoon ingediend bij het Kifid, nu in verband met het niet verstrekken van een hersteladvies. Nadien is Consument niet meer ingegaan op de door Tussenpersoon aangeboden mogelijkheid om met elkaar in gesprek te gaan.

Naar het oordeel van de Commissie mocht Tussenpersoon in de gegeven omstandigheden van Consument verlangen dat hij voorafgaand aan het verstrekken van een hersteladvies aan hem doorgaf wat het doelbedrag was dat hij voor ogen had was. Het hersteladvies is er immers op gericht de klant te adviseren waarbij uitgangspunt is de vraag of het oorspronkelijke doel nog kan worden bereikt.

4.10 Daarnaast berusten de zeer specifieke eisen die (de gemachtigde van) Consument stelt aan de aard, inhoud en omvang van het door Tussenpersoon te geven hersteladvies 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 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 geen verwijt. Voor de gevolgen van het uitblijven van dit hersteladvies is Tussenpersoon dus ook niet aansprakelijk. Dit geldt temeer nu uit de overgelegde stukken volgt dat Consument tussentijds aanpassingen in de Verzekering heeft doorgevoerd zonder Tussenpersoon daarbij te betrekken en er bovendien al vanaf 2014 een klachtprocedure bij Kifid liep naar aanleiding van de door Consument ingediende klacht tegen Tussenpersoon omdat volgens hem sprake is van product-inherente gebreken en zorgplichtschendingen binnen zijn Verzekering.

Schending zorgplicht door tijdens de looptijd van de Verzekering na te laten vanaf 1 januari 2007 het klantprofiel te actualiseren en na te gaan of de Verzekering nog passend was?

4.12 Consument stelt voorts dat Tussenpersoon heeft verzuimd om tijdens de looptijd van de overeenkomst - meer in het bijzonder na de invoering van de Wet Financieel Toezicht per 1 januari 2007 - het klantprofiel te actualiseren en na te gaan of het product nog passend was voor Consument. De Commissie overweegt hierover het volgende.

4.13 Het is de Commissie bekend, zoals door Tussenpersoon ook is aangevoerd, dat Consument dit klachtonderdeel ook heeft aangevoerd in de door hem ingediende klacht tegen Tussenpersoon die wordt behandeld onder dossiernummer [nummer]. Nu de klacht die wordt behandeld onder dossiernummer [nummer] door Consument op een eerder moment is ingediend, zal de Commissie dit klachtonderdeel om proceseconomische redenen alleen in dat dossier behandelen.

Overige verwijten

4.14 De gemachtigde van Consument heeft in zijn aanvullende uitlating van 18 februari 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

4.15 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.