Niet-bindende uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-315 d.d. 6 november 2013
(mr. A.W.H. Vink, voorzitter, prof.mr. E.H. Hondius en mr. B.F. Keulen, leden en mr. S.N.W. Karreman, secretaris)

Samenvatting

Aangeslotene komt een beroep op art. 6:89 BW niet toe. Het artikel vereist niet dat Consument zijn bezwaren schriftelijk kenbaar maakte. Het artikel vergt een waardering van de wederzijdse belangen (vergelijk HR 8 februari 2013, r.o. 5.4, ECLI:NL:HR:2013:BY4600). De pensioenverzekeringen met een gegarandeerde uitkering van Consument zijn afgekocht en de afkoopsom is gestort in een beleggingsverzekering met een beleggingshorizon van slechts vijf jaar wegens het naderende pensioen van Consument. De tussenpersoon had dit niet aan Consument mogen adviseren. Als de wens tot omzetting van Consument zou zijn uitgegaan, had de tussenpersoon hem dit moeten ontraden, schriftelijk moeten vastleggen dat hij hem dit had ontraden en dit door Consument moeten laten ondertekenen. Consument heeft 50% eigen schuld.

Consument,

tegen

D & D Adviesgroep B.V., gevestigd te Geldermalsen, hierna te noemen Aangeslotene.

1. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar Reglement en op basis van de volgende stukken:
- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het door Consument ondertekende klachtformulier met bijlagen, ontvangen op 16 januari 2013;
- het verweerschrift met bijlagen van Aangeslotene;
- de repliek van Consument.
- de dupliek van Aangeslotene.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.
Tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid.
Beide partijen zullen het advies als niet-bindend aanvaarden.

Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op maandag 30 september 2013 en zijn aldaar verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:
3.1 Consument, die in 1943 is geboren, had bij een verzekeringsmaatschappij twee levensverzekeringen als bedoeld in artikel 2, lid 4 onder C van de Pensioen- en spaarfondsenwet afgesloten. De ene verzekering, tegen betaling van een koopsom, met ingangsdatum 31 december 1988, voorzag onder meer in een uitkering van een bedrag van *f* 40.517,- bij in leven zijn van Consument op 1 augustus 2008. De andere verzekering, tegen periodieke premiebetaling, met ingangsdatum 1 januari 1990, voorzag onder meer in een uitkering van een bedrag van *f* 388.155-, met winstdeling, bij in leven zijn van Consument op 1 augustus 2008.
3.2 Met een op 'december 2000' gedateerd aanvraagformulier heeft Consument verzocht om omzetting van beide hiervoor genoemde verzekeringen naar een beleggingsverzekering bij de hiervoor bedoelde verzekeringsmaatschappij waarbij de afkoopsom ten bedrage van *f* 179.879,- (€ 81.625,53) als inleg/koopsom 100% zou worden belegd in het (naam verzekeringsmaatschappij) Investment Fund. De gewenste ingangs- en einddatum van deze beleggingsverzekering waren respectievelijk 1 augustus 2000 en 1 augustus 2005.
3.3 De beleggingsverzekering had als ingangdatum 28 januari 2001 en voorzag blijkens het polisblad onder meer in een uitkering van 'De tegenwaarde in guldens van de aan de polis toegekende participaties bij in leven zijn van de verzekerde op 28 januari 2006, vermeerderd met een bonus'.
3.4 Blijkens een door Aangeslotene overgelegd niet-gedateerd e-mailbericht van de betreffende verzekeringsmaatschappij bedroeg de afkoopsom van beide afgekochte verzekeringen en de koopsom van de beleggingsverzekering door de latere omzettingsdatum € 84.825,37 in plaats van € 81.625,53.
3.5 In een brief van 2 december 2005 heeft Consument verzocht om de einddatum 28 januari 2006 van de beleggingsverzekering te wijzigen in 28 januari 2008 wegens het in dat jaar bereiken van de 65-jarige leeftijd.
3.6 Op 28 januari 2008 is voor Consument uit de beleggingsverzekering als koopsom voor een lijfrente een bedrag van € 55.980,28 beschikbaar gekomen.

4. De vordering en grondslagen

4.1 Consument vordert betaling door Aangeslotene van een bedrag van € 71.164,- vermeerderd met de wettelijke rente daarover.
4.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen.
- Aangeslotene in de persoon van de heer A, destijds bestuurder van Aangeslotene, heeft Consument overgehaald om zijn twee pensioenverzekeringen met een gegarandeerde uitkering af te kopen en de afkoopsom te storten in een beleggingsverzekering met een beleggingshorizon

van (aanvankelijk) slechts vijf jaar. De waarde van deze beleggingsverzekering bedroeg op de einddatum € 55.980,28. Bij ongewijzigde voortzetting had de waarde van beide pensioenverzekeringen op die datum echter € 127.144,- bedragen. Consument heeft daardoor dus een schade van € 127.144,- minus € 55.980,- = € 71.164,- geleden.
- Aangeslotene heeft foute adviezen aan Consument verstrekt en is schromelijk in haar zorgplicht te kort geschoten. Had zij haar zorgplicht goed vervuld dan had zij ervoor moeten zorgen dat het geadviseerde product goed bij Consument paste. Dit vooral omdat het ging om een pensioenvoorziening. Zij had hem nooit mogen overhalen om zijn twee pensioenverzekeringen met een gegarandeerde uitkering af te kopen en de afkoopsom te storten in een risicovolle beleggingsverzekering met een relatief korte looptijd van vijf jaar tot zijn pensioendatum. Bovendien hield het door haar geadviseerde Investment Fund een zeer hoog risico in en was de doelstelling van het Fund om op langere termijn een zo hoog mogelijk rendement te behalen, naar Consument in 2012 is gebleken bij raadplegen van het internet. Volgens Aangeslotene zou Consument dom zijn als hij haar voorstel niet zou volgen en zou dit voorstel hem veel meer geld opleveren dan zijn pensioenverzekeringen, die via een andere tussenpersoon liepen. Het aanvraagformulier was al door Aangeslotene ingevuld en Consument behoefde het alleen te ondertekenen. Aangeslotene heeft haar eigen belang laten prevaleren. Zij heeft Consument niet gewezen op het grote risico dat verbonden was aan het geadviseerde product en heeft hem niet erop gewezen dat hij een gegarandeerde uitkering omruilde voor een beleggingsverzekering met een onzekere opbrengst. Ook heeft zij niets gedaan om het verlies zoveel mogelijk te beperken toen de koers van het Fund in een vrije val was gekomen. Zij stelde integendeel steeds dat het met de koers 'wel goed zou komen'.
- Wat betreft het door Aangeslotene gedane beroep op art. 6:89 van het Burgerlijk Wetboek (BW) heeft Consument ter zitting aangevoerd dat hij al in 2005 mondeling bij de heer A heeft geklaagd en voorts dat niet is gebleken dat Aangeslotene nadeel zou hebben ondervonden als gevolg van eventueel laat klagen door Consument.

4.3 Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd.
- Consument heeft in strijd gehandeld met zijn klachtplicht van art. 6:89 BW. Begin 2006 is de polis van Consument geëxpireerd en zal toen een tegenvallende waarde hebben laten zien. Hij zal zich dat bewust zijn geweest omdat hij de expiratie toen heeft uitgesteld. Voorts heeft hij in 2007 en 2009 van zijn verzekeraar brieven ontvangen omtrent de hoogte van de uitkering. Hij kon dus al jaren lang bekend zijn met het feit dat de beleggingsverzekering niet opleverde wat hij ervan verwachtte en dus van het vermeende gebrek in de prestatie. Toen had hij Aangeslotene moeten melden dat hij ontevreden was over de tegenvallende verzekeringsuitkering. Dat staat los van zijn al of niet bekendheid met de zorgplicht van een verzekeringsadviseur. Echter pas op 22 mei 2012 heeft hij bij Aangeslotene geklaagd. Uit het dossier blijkt niet dat Consument al in 2005 zou hebben geklaagd. Aangeslotene is door de zo laat ingediende klacht in haar belangen geschaad. Zij is door het tijdsverloop benadeeld in haar mogelijkheden om verweer tegen de klacht van Consument te voeren. Zij heeft in 2006 de verzekeringsportefeuille overgenomen van de heer A die in 2000 bij het advies aan Consument betrokken is geweest. A is sinds 2006 niet meer bij Aangeslotene werkzaam. Aangeslotene heeft nu geen exacte informatie over de

wijze waarop het advies aan Consument tot stand is gekomen en heeft evenmin een compleet adviesdossier. Al haar inspanningen ten spijt was het door diens langdurig verblijf in Oostenrijk lange tijd onmogelijk om met A in contact te treden. Pas onlangs is Aangeslotene daarin geslaagd. Als Consument direct had geklaagd, was dat nog geweest voordat Aangeslotene de portefeuille overnam. Bovendien was dan wellicht nog mogelijk geweest om de schade van Consument te beperken.
- Consument heeft gesteld dat A hem heeft gedwongen om over te stappen naar een beleggingsverzekering. Consument zou vele bezwaren hebben geuit en tegengas hebben gegeven. A zou echter zolang op hem en zijn echtgenote hebben ingepraat dat Consument heeft toegegeven. Aangeslotene is er stellig van overtuigd dat de advisering door A niet zo is verlopen. Zij heeft nooit bezwaren over diens advisering ontvangen. Bewijs van zijn stellingen heeft Consument niet geleverd.
- Consument stelt dat hij onjuist is geadviseerd gelet op het hoge financiële risico en de korte looptijd van vijf jaar. Dit maakt echter niet dat per definitie sprake is van een onjuist advies. Sprake kan zijn geweest van een bewuste keuze. Het nemen van een groot financieel risico kan namelijk leiden tot een groot verlies, maar ook tot een hoog rendement. Ten tijde van het advies, in 2000, vertoonden de koersen een stijgende lijn en werden hoge rendementen behaald. Beleggingsverzekeringen waren toen populair. Ook Consument zal voor een beleggingsverzekering hebben gekozen, omdat de toen verwachte waarde ervan op de expiratiedatum hoger was dan de waarde van zijn twee pensioenverzekeringen.
- Consument had alle vrijheid om een beleggingsverzekering te sluiten dan wel de lopende pensioenverzekeringen te laten voortduren. Hij heeft blijkens het door hem ingevulde en ondertekende aanvraagformulier zelf gekozen voor een beleggingsverzekering en 100% beleggen in het (…) Investment Fund. Zijn taak was het om, toen hij overwoog de overeenkomst aan te gaan, jegens Aangeslotene als diens wederpartij, binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken met de overeenkomst instemde. Hij was dan ook gehouden alvorens de beleggingsverzekering aan te gaan, van de inhoud ervan kennis te nemen en zich redelijke inspanningen te getroosten om deze te doorgronden. Het was hem duidelijk dat het om een beleggingsverzekering ging. Algemeen bekend is dat beleggen risico's meebrengt. Consument heeft deze risico's aanvaard. Bij het afsluiten van de verzekering was de ontwikkeling van de aandelenkoersen gunstig, zodat velen toen besloten om een beleggingsverzekering af te sluiten. Sindsdien zijn de koersen echter helaas flink gedaald. Consument heeft hier dan ook een eigen verantwoordelijkheid.
- Omdat de betreffende verzekeringsmaatschappij de periodieke waardeoverzichten alleen aan Consument toezond en Consument heeft nagelaten zich omtrent deze waardeoverzichten tot Aangeslotene te wenden, was Aangeslotene niet bekend met de waardeontwikkeling van de verzekering van Consument en heeft zij hem in die fase geen passend advies kunnen geven.

5. Beoordeling

5.1 Aangeslotene heeft allereerst aangevoerd dat Consument zich op grond van het bepaalde in artikel 6:89 BW niet meer erop kan beroepen dat Aangeslotene jegens hem is tekortgeschoten in de nakoming van haar zorgplicht omdat hij zich pas op 22 mei 2012 bij haar heeft beklaagd en aldus niet tijdig tegen de door hem gestelde gebrekkige prestatie van A heeft geprotesteerd.
5.2 De Commissie is van oordeel dat Aangeslotene een beroep op art. 6:89 BW jegens Consument niet toekomt.
- Allereerst merkt de Commissie op dat artikel 6:89 BW niet voorschrijft op welke wijze Consument dient te protesteren. Dit betekent dat indien juist is dat Consument in 2005 al bij A heeft geklaagd, hij dit tijdig heeft gedaan en het beroep op artikel 6:89 BW reeds daarop afstuit. Of dat ook het geval is geweest kan echter gelet op het navolgende in het midden blijven.
- Toepassing van art. 6:89 BW vergt een waardering van belangen, waarbij zowel het belang van de schuldeiser bij de handhaving van zijn rechten in aanmerking wordt genomen, als het belang van de schuldenaar dat zou worden geschaad doordat de schuldeiser niet binnen bekwame tijd heeft geprotesteerd tegen de gebrekkige prestatie. Uitgangspunt is daarbij dat aan toepassing van artikel 6:89 BW niet wordt toegekomen indien van enig nadeel aan de zijde van de schuldenaar niet blijkt. (vergelijk HR 8 februari 2013, r.o. 5.4, ECLI:NL:HR:2013:BY4600).
- Aangeslotene heeft gesteld dat zij door het late klagen in haar belangen is geschaad omdat A sinds 2006 niet meer bij Aangeslotene werkzaam is, zij nu geen exacte informatie heeft over de wijze waarop het advies aan Consument tot stand is gekomen en evenmin een compleet adviesdossier heeft. Al haar inspanningen ten spijt was het door diens langdurig verblijf in Oostenrijk - volgens Aangeslotene - onmogelijk om met A in contact te treden en pas onlangs is zij daarin geslaagd. Als Consument direct had geklaagd, was dat nog geweest voordat Aangeslotene de portefeuille overnam. Bovendien was het dan wellicht nog mogelijk geweest om de schade van Consument te beperken.
- De Commissie acht het aldus gestelde nadeel van Aangeslotene door het late beklag van Consument onvoldoende zwaarwegend, afgezet tegen de voor Consument bij zijn beklag betrokken belangen. Door de moderne communicatiemiddelen moet het niet onoverkomelijk zijn geweest om in Oostenrijk met A in contact te treden en bovendien heeft de adviseur van Consument ter zitting, onweersproken door Aangeslotene, gesteld dat A veelvuldig in Nederland verblijft. Wat de strekking is van de stelling van Aangeslotene dat als Consument direct had geklaagd, dat nog was geweest voordat Aangeslotene de portefeuille van A overnam, is de Commissie niet geheel duidelijk, maar dit betreft kennelijk de relatie tussen A en Aangeslotene waar Consument buiten staat. De stelling van Aangeslotene dat bij een tijdig beklag het wellicht nog mogelijk was geweest om de schade van Consument te beperken, is in te algemene bewoordingen gesteld en niet onderbouwd, zodat de Commissie daaraan voorbij zal gaan. Ook overigens geldt dat al deze gestelde bezwaren ook opgeld zouden hebben gedaan indien Consument - zoals hij volgens Aangeslotene had moeten doen - direct na expiratie van de beleggingsverzekering in 2008 zou hebben geklaagd. De slotsom is dan ook dat niet is gebleken dat Aangeslotene enig concreet nadeel heeft ondervonden van de door haar gestelde (te) late

klacht en dat haar gelet op de voor Consument met deze klacht gemoeide belangen, geen beroep op het bepaalde in artikel 6:89 BW toekomt.
5.3 Daarmee wordt toegekomen aan de inhoudelijke beoordeling van de klacht. Daarbij stelt de Commissie voorop dat zij niet beschikt over stukken waaruit blijkt hoe het informatie- en offertetraject precies verlopen is en wat de inhoud van de gevoerde gesprekken is geweest. Tussen partijen is echter niet in discussie dat A Consument heeft geadviseerd om zijn twee pensioenverzekeringen met een gegarandeerde uitkering af te kopen en de afkoopsom als koopsom te storten in een beleggingsverzekering met een beleggingshorizon van (slechts) vijf jaar wegens het naderende pensioen van Consument. Niet in discussie tussen partijen is voorts dat bij ongewijzigde voortzetting de gegarandeerde waarde van beide pensioenverzekeringen op de einddatum in 2008 € 127.144,- zou hebben bedragen, dat de afkoopwaarde van deze verzekeringen in 2001 € 84.825,37 heeft bedragen en dat Consument na de door hem uitgestelde expiratie van zijn beleggingsverzekering in 2008 een bedrag van € 55.980,- uitgekeerd heeft gekregen.
Dit een en ander, waaronder het gegarandeerde vaste rendement van de beide pensioenverzekeringen in de na 2000 nog resterende jaren, de kosten die de omzetting van beide verzekeringen in een beleggingsverzekering meebracht, het rendement dat de beleggingen zouden moeten behalen om uit te stijgen boven het voormelde vaste rendement van beide pensioenverzekeringen en de kosten van omzetting, de onzekerheid en de (in dit geval niet onaanzienlijke) risico's die aan beleggen eigen zijn, de relatief korte duur waarvoor de beleggingsverzekering werd gesloten en het doel van de getroffen voorzieningen, namelijk het voorzien in een bestaansbron na de pensioendatum, voert de Commissie tot het oordeel dat A in redelijkheid aan Consument niet had mogen adviseren om zijn pensioenverzekeringen om te zetten in een beleggingsverzekering. En voorts dat, als de wens tot omzetting van Consument zou zijn uitgegaan, A hem dit had moeten ontraden, schriftelijk had moeten vastleggen dat hij hem dit had ontraden en dit door Consument had moeten laten ondertekenen. Dat laatste is niet gebeurd. Dit alles leidt ertoe dat Aangeslotene aansprakelijk is voor de door Consument gestelde schade ten bedrage van € 71.164,- vermeerderd met de wettelijke rente daarover, welke schadegrootte door Aangeslotene niet is bestreden.
5.4 Daar staat tegenover dat het voor Consument bij lezing van het door hem ondertekende aanvraagformulier duidelijk had moeten zijn dat sprake was van een belegging in aandelen. Ook was destijds algemeen bekend dat beleggen in aandelen gepaard gaat met koersrisico's, zodat zulke beleggingen verlies kunnen meebrengen. Consument heeft zelf verklaard dat, hoewel hij het eigenlijk niet wilde, A hem uiteindelijk heeft overgehaald om zijn twee pensioenverzekeringen met een gegarandeerde uitkering af te kopen en de afkoopwaarde te steken in een nieuwe verzekering omdat volgens A dit voorstel hem veel meer geld zou opleveren. Onder die omstandigheden moet het er voor gehouden worden dat Consument ondanks dat hij zich in ieder geval ten dele bewust was van de risico's die hij aanging, die risico's met oog op een te behalen voordeel heeft willen aanvaarden. Dit betekent dat het ontstaan van de schade voor een deel ook het gevolg is van het eigen handelen van Consument en om die

reden voor zijn rekening moet blijven. De Commissie stelt, naar redelijkheid en billijkheid oordelende, deze mate van eigen schuld vast op een percentage van 50.
5.5 Dit een en ander leidt tot het oordeel dat Aangeslotene aan Consument een bedrag van € 35.582,- dient te betalen, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 1 juni 2012. Aangeslotene dient voorts de door Consument voldane bijdrage in de kosten van behandeling van dit geschil ad € 50,- te vergoeden.

6. Beslissing

De Commissie stelt bij wijze van niet-bindend advies vast dat Aangeslotene aan Consument dient te vergoeden een bedrag van € 35.582,-, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 1 juni 2012 tot de dag der algehele voldoening alsmede de door Consument voldane bijdrage voor de behandeling van zijn vordering ten belope van € 50,-. Beide betalingen dienen door Aangeslotene te worden gedaan binnen drie weken na verzending van deze beslissing.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van beslissingen van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Daarbij geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht/4#stappen-plan.