Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2016-335
(mr. R.J. Verschoof, voorzitter, mr. B.F. Keulen, drs. W. Dullemond, leden en mr. M.J. Vlasveld, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 17 april 2015
Ingesteld door	: Consument
Tegen	: Boks Beijer & Co B.V, gevestigd te Holten, verder te noemen de Adviseur
Datum uitspraak	: 27 juli 2016
Aard uitspraak	: Niet-bindend advies

Samenvatting

De rol van de tussenpersoon bij de advisering, gedurende de looptijd en bij de expiratie van een spaarkasverzekering met een lijfrenteclausule. Consument stelt dat de Adviseur zijn (na)zorgplicht heeft geschonden en eist een schadevergoeding. Ten aanzien van het verwijt aangaande de advisering overweegt de Commissie dat de vraag of een beleggingsverzekering voor een pensioendoel al dan niet passend is, afhangt van de omstandigheden van het geval. Gegeven de stand van de aandelenmarkt destijds (1991), de toenmalige historische ontwikkeling en de looptijd van de verzekering, kan in dit geval niet met succes gesteld worden dat sprake is van een niet passend product. De stelling dat bij de advisering is uitgegaan van een te hoog voorbeeldrendement wordt niet onderbouwd. De verwijten ten aanzien van de informatieverstrekking over de kosten van de beleggingsverzekering zijn eveneens niet voldoende aannemelijk gemaakt. Consument verwijt de Adviseur dat hij ook gedurende de looptijd niet heeft gekeken naar de passendheid van het product. De Commissie oordeelt dat Consument onvoldoende concrete feiten en omstandigheden heeft aangevoerd – anders dan dalende beurskoersen – waaruit blijkt dat hij schade heeft geleden als gevolg van het nalaten van de adviseur. De Commissie komt niet toe aan de vraag of de Adviseur bij de expiratie van de verzekering de zorgplicht heeft geschonden omdat Consument zijn schade desgevraagd niet heeft onderbouwd. De vordering wordt afgewezen

1. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:

- de klachtbrief van Consument, met bijlagen;
- de op 23 april 2015 door de Adviseur toegezonden stukken;
- het verweerschrift van de Adviseur, met bijlagen;
- de repliek, met bijlage;
- de dupliek, met bijlagen.

Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 13 januari 2016 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

Bij de beoordeling van de klacht gaat de Commissie uit van de volgende feiten.

2.1 Consument heeft bij de rechtsvoorganger van Goudse Levensverzekeringen N.V., ((Tiel Utrecht Verzekerd Sparen N.V.), verder: De Goudse) een spaarkasverzekering afgesloten. De verzekering is ingegaan op 27 december 1991 en is geëxpireerd op 27 december 2011. Bij in leven zijn op de einddatum zou 'het aandeel in de beleggingskas' worden uitgekeerd, in geval van overlijden voor de einddatum een bedrag ter hoogte van de koopsomstorting van ƒ 10.000,-. Van deze storting is een bedrag van ƒ 694,- aangewend voor de premie van de overlijdensrisicoverzekering. Op de verzekering was een lijfrenteclausule van toepassing. De verzekering is tot stand gekomen door bemiddeling van de rechtsvoorganger van de Adviseur, Boks-Oolbekkink B.V.

2.2 Op de verzekering zijn de algemene voorwaarden 1990 'Lijfrente-Beleggings-Plan' van toepassing. In artikel 8.1 van deze voorwaarden staat vermeld dat voor de eenmalige kosten 7% aan de spaarstorting wordt onttrokken. In het tweede lid staat dat de doorlopende kosten voor het beheer en de administratie elke maand '0,068 maal de in de betreffende maand aan zijn aandeel in de beleggingskas toegevoegde beleggingsopbrengst' bedraagt.

2.3 Bij brief van 29 december 2011 heeft De Goudse Consument geïnformeerd over het einde van zijn verzekering. Op 27 december 2011 is de verzekering geëxpireerd met een eindkapitaal van € 11.062,67. In voornoemde brief wordt informatie verstrekt over de mogelijkheden voor het aankopen van een lijfrente: uitstel, direct ingaande lijfrente, schenken van de uitkering of een bedrag ineens laten uitkeren ten behoeve van een grote uitgave. In dat laatste geval wordt dan inkomstenbelasting geheven. Voor vragen wordt Consument verwezen naar de Adviseur.

2.4 Bij brief van 5 oktober 2012 heeft De Goudse aan Consument geschreven: *"Uw Spaar-Aktief Lijfrenteplan heeft enige tijd geleden de einddatum bereikt."(…) Het is belangrijk dat u voor 31 december 2012 aangeeft wat er met het kapitaal moet gebeuren. Doet u dat niet dan moet u er inkomstenbelasting en revisierente over betalen. (….) Uw Spaar-Aktief Lijfrenteplan is voorzien van een 'lijfrenteclausule'. Dit betekent dat u het vrijgekomen eindkapitaal moet gebruiken voor de aankoop van een lijfrente. (…)"*

2.5 Op 9 oktober 2012 wordt door de Adviseur bij De Goudse een offerte gevraagd voor een tijdelijke direct ingaande lijfrente, waarbij melding wordt gemaakt dat Consument de lijfrente wenst te schenken aan zijn kinderen. Op 11 oktober 2012 wordt door De Goudse een offerte uitgebracht aan de Adviseur, welke diezelfde dag is doorgestuurd naar Consument. Het betrof een voorbeeldofferte omdat nog geen offerte kon worden uitgebracht die geldig was op het moment dat Consument de verzekering wilde laten ingaan, namelijk op 27 november 2012. Een voor deze ingangsdatum geldende offerte kon vanaf 16 oktober 2012 worden opgevraagd. Consument heeft niet gereageerd op de offerte.

2.6 Consument heeft bij brief van 28 januari 2015 de Adviseur aansprakelijk gesteld voor de door hem geleden schade als gevolg van het schenden van de zorgplicht.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering

3.1 Consument heeft zijn vordering bij repliek gewijzigd en eist een schadevergoeding ter hoogte van € 26.348,-. De schade is opgebouwd uit de waarde van de verzekering op basis van het werkelijk behaalde rendement van 8% ad € 21.150,- minus de afkoopwaarde van € 11.062,-, zijnde € 10.088,-. Daarbij dient te worden opgeteld de inkomstenbelasting van € 5.752,-, de revisierente ad € 2.212,- en het misgelopen rendement ter hoogte van € 8.296,-. De vordering wordt vermeerderd met de kosten van de gemachtigde van € 1.936,-.

Grondslagen en argumenten daarvoor

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag. De Adviseur heeft ten tijde van de advisering over het product bij het aanschaffen ervan, gedurende de looptijd van de verzekering en bij de expiratie hiervan niet de zorg betracht die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend assurantieadviseur mag worden verwacht.

3.3 Consument voert hiertoe de volgende stellingen en argumenten aan:

3.3.1 Ten eerste heeft de Adviseur de zorgplicht geschonden ten tijde van de advisering in 1991. Hem valt op verschillende punten een verwijt te maken. Er zijn geen inlichtingen verstrekt over de kosten van de verzekering en er is geen offerte verstrekt. Consument is niet geïnformeerd over de hoogte van de overlijdensrisicopremie en het feit dat bij overlijden slechts de inleg zou worden uitgekeerd en de waarde van zijn verzekering verder zou worden verdeeld onder de deelnemers van de spaarkas. Bij de aanvraag van de verzekering zijn de toepasselijke voorwaarden met het polisblad meegezonden en niet vooraf verstrekt. Voorts wordt in de voorwaarden geen melding gemaakt van het recht van reclamatie. Bij de advisering is uitgegaan van een te hoog rendement. In de brochure uit 1997 wordt melding gemaakt van een percentage van 15,1, terwijl daar historisch gezien geen grondslag voor is. Bij de advisering had de Adviseur Consument ook moeten voorzien van een passend advies. Uit de uitspraak van de Geschillencommissie 2013-133 volgt dat het advies dient te passen bij de persoonlijke omstandigheden en doelstellingen van de cliënt en dat het advies in diens belang is. Het afsluiten van een beleggingsverzekering, volledig in aandelen, met als doel eerder te stoppen met werken is geen passend advies.

3.3.2 Conform de uitspraak van de Hoge Raad 10 januari 2003, (NJ 2003,375) dient door de adviseur 'onderhoud' te worden gepleegd aan de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen. Dit is niet gebeurd. Gedurende de looptijd van de verzekering heeft de Adviseur geen contact opgenomen met Consument. Hij had moeten bekijken of het product nog passend en in diens belang was. Dit terwijl in 2000 en 2008 een beursdaling heeft plaatsgevonden en Consument uitsluitend belegde in aandelen. De waarde was in 2009 ten opzichte van 2008 met 30% gedaald. Een adviseur dient de waardeontwikkeling in de gaten te houden (GC 2014-126). Dat de verzekeraar jaarlijks waardenoverzicht verstuurt, doet niet af aan de zorgplicht.

3.3.3 De Adviseur had in het kader van de (na)zorgverplichting na de expiratie van de verzekering contact moeten opnemen met Consument om te bezien hoe het vrijgekomen kapitaal kon worden aangewend.

Consument had het bedrag nog niet nodig en heeft het laten staan in de veronderstelling dat het kapitaal zou aangroeien hetgeen niet is gebeurd. Indien het kapitaal was blijven renderen, dan was het aanzienlijk hoger geweest. Ook had Consument de lijfrente aan een van zijn kinderen kunnen schenken, hetgeen fiscaal gunstig is. Voorts diende Consument binnen een jaar het kapitaal aan te wenden en is deze termijn verstreken waardoor hij inkomstenbelasting en revisierente verschuldigd is.

3.3.4 Er is geen sprake van een nieuwe klacht bij de Kifid procedure. In de brief van 28 januari 2015 is reeds melding gemaakt over de expiratie van de verzekering. Consument heeft tijdig geklaagd en zijn vordering is niet verjaard omdat Consument na het inschakelen van zijn gemachtigde in 2014 bekend werd met de (na)zorgplicht van de adviseur.

Verweer van de Adviseur

De Adviseur heeft de volgende verweren gevoerd:

3.4 Het advies is in 1991 uitgebracht en moet gezien worden als het schadetoebrengende feit. Nu dit meer dan twintig jaren geleden is, de verjaring tussentijds niet is gestuit en de aansprakelijkheidsstelling van 2015 dateert, is de vordering ex artikel 3:310 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW) verjaard.

3.5 Kifid is onbevoegd omdat Consument zijn klacht met betrekking tot de expiratie niet in de interne klachtprocedure heeft voorgelegd. Zij verwijst in dit verband naar artikel 10.1 van het reglement. Eerder werd alleen geklaagd over de advisering bij het afsluiten van de verzekering.

3.6 De kosten en de overlijdensrisicopremie van de verzekering vielen binnen het kostenmaximum van de Wabeke-norm. Er is voor De Goudse geen aanleiding geweest om een vergoeding voor de kosten te betalen. Dit heeft zij ook in de expiratiebrief van 27 december 2011 gemeld.

3.7 Gedurende de looptijd van de verzekering is Consument door middel van de waardenoverzichten geïnformeerd over de waardeontwikkeling van zijn verzekering. Hij heeft daarover in 2001, 2002, 2005, 2006 en 2007 brieven ontvangen. Ook is Consument in een aantal van deze brieven gewaarschuwd voor de fluctuering van de koers. Hij is in de brieven verwezen naar de tussenpersoon. Consument heeft tussentijds geen contact opgenomen met de Adviseur en heeft gewacht tot ruim na het moment van expiratie. Door de passieve houding van Consument is sprake van eigen schuld.

3.8 De Adviseur betwist niet dat er geen contact is geweest tussen hem en Consument gedurende de looptijd van de verzekering. Er bestaat echter geen causaal verband tussen dit verwijt en de schade.

3.9 Ten aanzien van de expiratie van de verzekering voert de Adviseur aan dat Consument er door De Goudse op is gewezen dat hij een keuze moest maken over de bestedingswijze van het vrij te komen kapitaal. Een jaar later wordt de Adviseur benaderd door Consument voor de aankoop van een lijfrente ten behoeve van zijn kinderen. Toen is direct actie ondernomen door de Adviseur en heeft hij een offerte uitgebracht. Hierop is geen reactie van Consument gekomen. Door de Adviseur is nog een tweetal pogingen ondernomen om telefonisch contact op te nemen over de offerte. Er is een voicemail ingesproken.

Dat de Adviseur niet meer gedaan heeft, is hem niet aan te rekenen omdat het zeer regelmatig gebeurt dat klanten niet reageren op een offerte. Het niet reageren op de offerte blijft voor rekening en risico van Consument.

3.10 De door Consument gestelde schade wordt betwist. Onderbouwing van de schade ontbreekt. Er wordt geen bewijs geleverd van de stelling dat Consument 52% inkomstenbelasting verschuldigd is. Door Consument wordt voorbij gegaan aan het feit dat hij over de lijfrente-uitkering ook inkomstenbelasting verschuldigd is. Dat geldt ook indien deze aan de kinderen zou zijn uitgekeerd. De Adviseur begrijpt dat het kapitaal nog niet tot uitkering is gekomen en dat daarom geen sprake kan zijn van 'afkoop'. De verzekering is geëxpireerd en daarmee beëindigd. Het kapitaal kan daarom niet, zoals door Consument wordt aangevoerd, blijven renderen. Uit de schadeberekening volgt dat het beleggersrisico wordt neergelegd bij de Adviseur. Gekozen is voor een verzekering waarbij de uitkering afhangt van het rendement. Nu dit tegenvalt wil Consument dit afwentelen op de Adviseur.

4. Beoordeling

Behandelbaarheid van de klacht

4.1 In de brief van 28 januari 2015 aan de Adviseur heeft Consument geklaagd over de advisering in 1991 en het niet bewaken van de waardeontwikkeling gedurende de looptijd van de verzekering. Op de laatste pagina van deze brief schrijft Consument: "Ik had voor einde 2012 een beslissing moeten nemen wat ik met het vrijkomende kapitaal zou doen, (…). Ook toen heeft u als tussenpersoon niets van zich laten horen om te bekijken wat er met het vrijkomende kapitaal moest gebeuren. Ook u wist als tussenpersoon dat de lijfrente zou expireren.". Uit deze passage volgt dat Consument in de interne klachtprocedure heeft geklaagd over de rol van de Adviseur bij de expiratie. Het beroep van de Adviseur op artikel 10.1 van het reglement wordt verworpen. De Commissie zal de klacht in behandeling nemen.

Verwijten betreffende het sluiten van de verzekeringsovereenkomst

Geen passend advies?

4.2 Consument verwijt de Adviseur dat een beleggingsverzekering die volledig op aandelen is gebaseerd niet passend is. Een van de doelstellingen was volgens Consument het treffen van een pensioenvoorziening of de mogelijkheid om eerder te stoppen met werken. Bij het adviseren van de beleggingsverzekering heeft de Adviseur onvoldoende rekening gehouden met de risico's voor Consument en het klantbelang. Consument stelt dat het advies daarom niet passend is. Of een beleggingsverzekering in aandelen voor een pensioendoel niet passend is, hangt af van alle omstandigheden van het geval. Gegeven de stand van de aandelenmarkt destijds, de toenmalige historische ontwikkeling en de looptijd van de verzekering, kan niet met succes gesteld worden dat sprake is van een niet passend product. Het verwijt dat de Adviseur op dit punt verkeerd heeft geadviseerd, honoreert de Commissie niet.

Advisering over een te hoog voorgespiegeld rendement?

4.3 Consument verwijt de Adviseur dat deze bij de advisering is uitgegaan van een te hoog rendement. In de brochure uit 1997 wordt melding gemaakt van een percentage van 15,1, terwijl daar historisch gezien geen grondslag voor is. De Commissie is van oordeel dat de onderbouwing van dit verwijt onduidelijk is gebleven. De advisering waarover hier een verwijt wordt gemaakt, moet hebben plaatsgevonden bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst in 1991. De brochure uit 1997 was er toen nog niet. Die kan dus ook niet in verband gebracht worden met een verkeerde advisering. Omdat verdere argumenten ontbreken, kan de Commissie dit verwijt niet honoreren.

Informatieverstrekking in 1991

4.4 Consument verwijt de Adviseur dat er geen inlichtingen zijn verstrekt over de kosten van de verzekering en er is geen offerte verstrekt. Consument is niet geïnformeerd over de hoogte van de overlijdensrisicopremie en het feit dat bij overlijden slechts de inleg zou worden uitgekeerd en de waarde van zijn verzekering verder zou worden verdeeld onder de deelnemers van de spaarkas.
De Commissie is van oordeel dat deze verwijten onvoldoende aannemelijk zijn gemaakt. Wat er in 1991 precies is gebeurd, kan niet meer worden vastgesteld. Dus de conclusie dat de Adviseur toen fouten heeft gemaakt, kan niet getrokken worden. En dat is nodig, om de verwijten van Consument te honoreren.

Overige verwijten rond het sluiten van de verzekeringsovereenkomst

4.5 Bij de aanvraag van de verzekering zijn de toepasselijke voorwaarden met het polisblad meegezonden en niet vooraf verstrekt. Voorts wordt in de voorwaarden geen melding gemaakt van het recht van reclamatie. De Commissie is van oordeel dat beide verwijten niet aan de Adviseur gemaakt kunnen worden. Het moet de verzekeringsmaatschappij geweest zijn die de voorwaarden heeft verzonden en niet de Adviseur. De inhoud van de voorwaarden zijn niet de verantwoordelijkheid van de Adviseur.

Verjaring

4.6 Na de oordelen van de Commissie die staan in 4.2 tot en met 4.5, komt zij niet meer toe aan het beroep op verjaring dat door de Adviseur is gedaan.

Andere verwijten

Rol van de Adviseur gedurende de looptijd

4.7 Consument verwijt de Adviseur ook dat deze heeft nagelaten om gedurende de looptijd contact met Consument op te nemen en niet heeft gekeken of het product nog passend was. De waardenoverzichten ontslaan de Adviseur niet van zijn zorgplicht, zo luidt de stelling van Consument. Voor de toewijzing van schadevergoeding is nodig dat schade is geleden als gevolg van de gestelde fout. Door Consument zijn onvoldoende concrete feiten en omstandigheden gesteld waaruit blijkt dat hij als gevolg van dit nalaten schade heeft geleden. Consument kan niet volstaan met de stelling dat de beurskoersen zijn gedaald, terwijl hij via het product volledig in aandelen belegde. Dat hij in 2008 of 2009 een andere keus zou hebben gemaakt na contact met de tussenpersoon en welke keus dan, heeft Consument in het midden gelaten.

De Commissie kan daardoor niet concluderen of Consument doordat de Adviseur niet tussentijds contact heeft opgenomen ook daadwerkelijk nadeel heeft ondervonden. De Commissie verwerpt dit klachtonderdeel dan ook.

Expiratie

4.8 De door Consument gevorderde schade ten aanzien van de expiratie ziet naar de Commissie begrijpt op de loonbelasting, revisierente en het misgelopen rendement als gevolg van het niet renderen van het geëxpireerde kapitaal. In de klachtprocedure is zowel door de Adviseur als door Kifid verzocht om een nadere onderbouwing van de schade.

4.9 Het gederfde rendement wordt in zijn geheel niet onderbouwd. Door de Adviseur wordt terecht aangevoerd dat de verzekering reeds was geëxpireerd zodat deze niet kon blijven renderen. De Commissie ziet overigens niet in hoe Consument over een bedrag van € 11.062,67 een rendement van € 8.296,- kon maken. De (spaar)rente was in 2012 laag en het is onaannemelijk dat het gestelde bedrag op een andere manier bereikt had kunnen worden. Binnen een jaar na de expiratie van de verzekering had door Consument een keuze moeten worden gemaakt uit een beperkt aantal fiscaal aanvaarde mogelijkheden. Op de noodzaak een keuze te maken is Consument door De Goudse gewezen in haar brieven van 29 december 2011 en 5 oktober 2012.

4.10 Door de Adviseur wordt terecht aangevoerd dat niet is onderbouwd dat Consument ook daadwerkelijk inkomstenbelasting van 52% verschuldigd is over het vrijgekomen kapitaal. De Commissie kan niet uitsluiten dat Consument ook 52% verschuldigd zou zijn over de uit te keren lijfrente. Dat Consument geen inkomstenbelasting verschuldigd zou zijn omdat hij de lijfrente aan zijn kind(eren) had laten uitkeren, acht de Commissie niet voldoende aannemelijk. Niet alle kinderen waren ten tijde van de expiratie meerderjarig en daarom zou het uitkeren van de lijfrente aan de minderjarige kinderen fiscaal zeer ongunstig zijn. Voorts heeft Consument een offerte voor een lijfrente laten uitbrengen ten behoeve van zichzelf en niet op naam van (één van) zijn kinderen. De Commissie overweegt ten slotte dat onvoldoende feiten zijn gesteld waaruit volgt dat Consument bij een meer actieve houding van de Adviseur wel tijdig een lijfrente had aangevraagd. Consument heeft immers geen contact meer opgenomen met de Adviseur na de offerte en hem ook niet teruggebeld, terwijl hij gewaarschuwd was voor de gevolgen van een passieve houding. Daarom kan niet vast komen te staan dat Consument anders geen revisierente verschuldigd zou zijn geweest.

4.11 Uit het hiervoor overwogene volgt dat Consument desgevraagd de schade onvoldoende heeft onderbouwd. De Commissie komt daarom niet toe aan de vraag of de Adviseur bij de expiratie van de polis de zorgplicht heeft geschonden. Het antwoord op die vraag kan namelijk niet leiden tot toewijzing van wat Consument vordert. Wat bij dit onderdeel van de klacht door partijen is aangevoerd, zal daarom onbesproken blijven.

Conclusie

4.12 De conclusie is dat in deze procedure niet is komen vast te staan dat Consument schade heeft geleden als gevolg van de door hem gestelde schending van de (na)zorgplicht. De vordering wordt daarom door de Commissie afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering van Consument af.

De uitspraak heeft de vorm van een niet-bindend advies. Tegen deze uitspraak staat geen hoger beroep open bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. U kunt de zaak nog wel aan de rechter voorleggen.