Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2020-414
(mr. dr. S.O.H. Bakkerus, voorzitter en mr. E.C. van Roosmalen – Aarts, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 23 mei 2016
Ingediend door	: Consument
Tegen	: UMG Verzekeringen B.V., gevestigd te Utrecht, 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 1993 gesloten beleggingsverzekering waarvoor de tussenpersoon vanaf 1999 was aangewezen als bemiddelaar. 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 zorgplicht-schending 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 stukken van Consument van 11 juni 2016;
- het verweerschrift van Tussenpersoon;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Tussenpersoon;
- de aanvullende uitlatingen van Consument van 18 februari 2019 (onder meer) naar aanleiding van vier uitspraken van de Geschillencommissie van 21 september 2016 over hersteladvies-klachten;
- de brief van Tussenpersoon van 4 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 15 oktober 1993 een beleggingsverzekering met lijfrente-clausule (Allianz Future, hierna: 'de Verzekering') bij (een rechtsvoorganger van) Allianz Nederland Levensverzekering N.V. (hierna: 'de verzekeraar') afgesloten. De beoogde eind-datum van de Verzekering was 15 november 2033. De Verzekering voorzag in een uitkering bij leven (van de waarde van de toegewezen participaties) en een (gegarandeerde) uitkering bij overlijden van één van beide verzekerden. Vanaf 1999 is Tussenpersoon aangewezen als tussenpersoon op de Verzekering.

2.2 Consument heeft in 2004 en 2005 gevraagd om uitleg over de waarde-opbouw van de Verzekering en de kosteninhoudingen aan Tussenpersoon. Deze vragen zijn door Tussen-persoon doorgestuurd naar de verzekeraar, waarna de verzekeraar hierop heeft gereageerd.

2.3 Begin 2007 heeft Consument middels een 'Inventarisatieformulier' van Tros Radar (opnieuw) gevraagd om informatie over de kostenstructuur van de Verzekering. In reactie hierop heeft Tussenpersoon Consument bij brief van 5 februari 2007 als volgt geïnformeerd:

"(…)

Bij deze kan ik u mededelen dat wij uw schrijven tesamen met het "radar vragenformulier" naar Allianz Nederland hebben verzonden. Bijgaand treft u een kopie van mijn schrijven aan.

Het vragenformulier kan niet door ons ingevuld worden omdat de betreffende verzekering niet door onze bemiddeling tot stand is gekomen.

In maart 1999 is uw verzekering middels een tussenpersoonswijziging overgegaan naar ons kantoor. De ingangsdatum van de verzekering is 15-10-1993.

(…)"

2.4 Bij brief van 13 maart 2007 heeft Tussenpersoon Consument – voor zover hier relevant – als volgt bericht:

"(…)

Wij ontvingen van u het Inventarisatieformulier voor een bestaande verzekering, zoals dat door Tros Radar beschikbaar is gesteld. Naar aanleiding hiervan hebben wij bijgaande reactie ontvangen van Allianz Nederland Levensverzekering.

De vragen hebben betrekking op de advisering en op de kostenstructuur van de door u gekozen verzekering.

Per 22-02-1999 is deze verzekering via een tussenpersoonswijziging bij ons kantoor terecht gekomen. Voor deze verzekering hebben wij u geen advies gegeven, dat is waarschijnlijk door een vorig tussenpersoon gedaan.

Bij een beleggingsverzekering worden diverse kosten in rekening gebracht, zoals bijvoorbeeld de administratie- en beheerkosten, de kosten voor de administratieve handelingen in verband met (te verwachten) mutaties. De hoogte van de kosten verschilt per maatschappij en per product.

Een beleggingsverzekering kent bepaalde risico's. Met name de negatieve ontwikkeling van de beurskoersen in 2001 en 2002 heeft in zijn algemeenheid een negatief effect gehad op polissen die toen liepen.

Indien u een vrijblijvend gesprek wenst met één van onze adviseurs kunt u te allen tijde contact met ons opnemen.

(…)"

2.5 Bij brief van 19 juni 2007 heeft Consument de verzekeraar aansprakelijk gesteld.

2.6 Per 15 oktober 2013 heeft Consument de overlijdensrisicodekking verlaagd van 110% naar 90%.

2.7 Bij e-mailbericht van 5 februari 2016 heeft Consument Tussenpersoon verzocht een hersteladvies te verschaffen. In voornoemd e-mailbericht schrijft Consument – voor zover hier relevant – het volgende:

"(…)

Wanneer is een hersteladvies geslaagd?

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.

(uit: AFM Stappenplan-adviseurs hersteladvisering, Meeus bekend)
Dit hersteladvies is dus voor mij geheel gratis. Dat geldt dus ook voor adviezen over alternatieve producten. Dat is alleen anders bij daadwerkelijke transactiekosten indien bijvoorbeeld voor een alternatief van derden wordt gekozen.

Mijn aanvankelijke uitgangspunten zijn:

- Ik wens over de volle breedte in aanmerking te komen voor de in de Productkaart Allianz Beleggingsverzekering Kwetsbare klant genoemde alternatieven. De publicaties Brochure Allianz Beleggersrekening en Allianz Modelportefeuilles zijn mij bekend, waarop ik verwacht – waar nodig – in het kader van dit hersteladviestraject een toelichting te ontvangen, ook in de vorm van een effectentypisch beleggingsadvies;

- Gelet op de resterende beleggingshorizon valt de Modelportefeuille Allianz zeer offensief misschien af, maar daar staat tegenover dat mijn huidige belegging in het Allianz Holland Fonds (in 2014 zonder dat ik daarvan de essentie begreep omgezet naar het Allianz Europa Fonds) te weinig rendement oplevert om van economisch nut te zijn, vermoedelijk vanwege de te hoge kosten en het concentratierisico waaraan dit fonds is blootgesteld.

(…)

Ik wens dan ook nu voor het eerst sinds ik aan de bel trok een transparante vergelijking te zien tussen meerdere alternatieven op basis van ***volledig WfT-conforme formele offertes*** (sic!):

- Selectie uit de Productkaart Allianz Beleggingsverzekering Kwetsbare klant, uitgaande van verschillende voor mijn lijfrentekapitaaldoelstellingen *inkomensgetoetste* alternatieven bij *aan mijn huidige bruto maandpremie gelijke* investeringspremie uitgaande van de door mij reeds naar 90% verlaagde overlijdensrisicodekking;

- Idem bij premieverhoging en/of extra bijstortingen als nodig is om aan de inkomensgetoetste lijfrentekapitaaldoelstellingen te voldoen;

- Mocht de kostenstructuur van de Allianz alternatieven te ongunstig afsteken bij alternatieven elders dan wens ik een keuze te maken op basis van een volledig transparante vergelijking met producten van derden; van mijn mede-lotgenoten heb ik inmiddels begrepen dat de productalternatieven Kwetsbare klant ook in mijn geval neerkomen op 'lood om oud ijzer'; ik zie daarvan gaarne uw beredeneerde en volstrekt kostentransparante bevestiging, waarbij zowel verzekeringstechnische als fondsbeheerstechnische kosten samenhangend worden meegenomen;

- Voor zover die alternatieven mijn huidige fiscale vrijstelling box 1 veilig stellen (dus binnen de daarvoor geldende fiscale regels)

- In de vergelijking van alle alternatieven wens ik varianten te zien meegenomen waarbij wordt uitgegaan van een meer bij mijn lijfrentekapitaaldoelstellingen passende fondsmix, waarin zaken als concentratierisico en het alternatief van index-beleggen nadrukkelijk aan bod komen;

- Ten slotte vergezeld van een effectentypisch beleggingsadvies waarmee ik mijn fondskeuzes kan funderen in de nog resterende beleggingshorizon tot aan 2033.

(…)"

2.8 Bij e-mailbericht van 18 februari 2016 heeft Consument het e-mailbericht van 5 februari 2016 nogmaals verzonden aan Tussenpersoon, omdat de adressering van de eerdere e-mail niet geheel juist was.

2.9 Bij e-mailbericht van 25 mei 2016 heeft de gemachtigde van Consument een klacht ingediend bij Tussenpersoon.

2.10 Bij e-mailbericht van 7 juni 2016 heeft Tussenpersoon in reactie daarop laten weten dat het verzoek om een hersteladvies van 5 februari 2016 niet door hem is ontvangen. Tussenpersoon heeft zich bereid verklaard een hersteladvies aan Consument te verstrekken. Hij heeft Consument daartoe verzocht een vragenlijst in te vullen op zijn website op basis waarvan een klantrisicoprofiel kon worden bepaald. Ook heeft Tussenpersoon gevraagd om persoonlijk (telefonisch) contact met Consument om een aantal gegevens door te nemen, waarna een schriftelijk advies zou volgen.

Tussenpersoon heeft toegelicht wat Consument van het advies mag verwachten:

"(…)
Ten aanzien van uw opmerkingen over het te verwachten beleggingsadvies lichten wij als volgt toe wat u van Meeùs kunt verwachten. In onze advisering is inbegrepen advisering over producten met een beleggingscomponent. Als de keuze van de klant valt op een product met beleggingscomponent, volgt op basis van het risicoprofiel van de klant een advies over een aantal mogelijke beleggingsfondsen die passen binnen het risicoprofiel. Dit advies is gebaseerd op de "labels" die de aanbiedende verzekeraar aan het fonds heeft gehangen (neutraal, defensief, offensief, etc.). De aanbieder heeft deze labels toegepast op haar fondsen op basis van de beleggingscategorieën waaruit deze fondsen zijn samengesteld (aandelen, obligaties, rente, liquiditeiten, etc.). De verzekeraar verstrekt over elk fonds informatie over deze mix, de kostenstructuur, etc. Op basis van ons advies en de door verzekeraar over de geadviseerde beleggingsfondsen verstrekte informatie maakt de klant vervolgens zelf zijn keus. Het is mogelijk dat de klant bereid is om meer risico (of juist minder) te nemen dan volgt uit het risicoprofiel. De klant bepaalt zelf de fondsen waarin wordt belegd en kan dus afwijken van ons advies.

(…)"

2.11 Bij e-mailbericht van 7 juni 2016 heeft de gemachtigde van Consument Tussenpersoon laten weten niet akkoord te gaan met de door hem voorgestelde werkwijze. De gemachtigde van Consument schrijft – voor zover hier relevant – het volgende:

"(…)
Het door u genoemde online risicoprofiel is in strijd met de aanwijzingen zoals de AFM die verstrekt voor een deugdelijk beleggingsadvies.
U bent ongetwijfeld bekend met de AFM Leidraad "Klant in beeld". Consument heeft zich daarover ook ondubbelzinnig uitgelaten.

Ook overigens begrijp ik uit uw reactie dat Meeus zich niet geroepen dan wel deskundig acht om een AFM- & WfT conform beleggingsadvies te verstrekken.

(…)
Mocht u evenwel alsnog op de termen van Consument bereid zijn het hersteladviestraject te doorlopen, dan zie ik gaarne binnen 5 werkdagen een schriftelijk concept-advies tegemoet dat in mijn aanwezigheid met Consument kan worden besproken. De uitgangspunten zijn door Consument op klare wijze onder woorden gebracht.

(…)"

2.12 Hierop heeft Tussenpersoon bij e-mailbericht van 10 juni 2016 – voor zover hier relevant – als volgt gereageerd:

"(…)

Op basis van de ons op dit moment beschikbare gegevens is het niet mogelijk een hersteladvies af te geven. Als uw cliënt gebruik wil maken van de door ons geboden mogelijkheid voor hersteladvies, vragen wij nogmaals om de daarvoor bestemde vragenlijst op onze website door te lopen. Aan de hand hiervan en aan de hand van de overige in de klachtomschrijving omschreven uitgangspunten kunnen vervolgens de volgende stappen worden gezet voor een passend hersteladvies.

We lichten onze procedure hieronder toe.

Stap 1: De klant meldt de polis aan via onze site. Hierbij vult de klant ook een klant en risicoprofiel in. Hiermee kunnen we onder andere toetsen of de huidige beleggingsfondsen nog passen bij het huidige risicoprofiel van de klant. Dit is voor ons het signaal om alle relevante polisgegevens te verzamelen, o.a. kopiepolis, model de ruiter, huidige waarde, fiscaliteiten.

Stap 2: Adviseur voert de verzamelde gegevens in en analyseert deze. Adviseur bekijkt waar de pijnpunten zitten in de polis, dan kan een mismatch zijn tussen fondskeuze en risicoprofiel, een grote overlijdensrisicodekking en/of premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid (mogelijk inteereffect).

Stap 3: Adviseur neemt telefonisch contact met de klant, hierin wordt een kennis- en ervaringstoets doorgenomen en is er een vraaggesprek over de doelstelling van de polis:

- Waar is de polis voor bedoeld
- is de doelstelling haalbaar
- is er een tekort
- afhankelijkheid van behalen oorspronkelijke doelstelling
- wat zijn de gevolgen van een mogelijk tekort
- zijn alle dekkingen nog nodig
- passen de fondsen bij het risicoprofiel

etc.

Op basis van de antwoorden en bevindingen worden mogelijke oplossingen aangeboden, o.a. aanpassingen op de polis w.o. fondswijzigingen, fiscaal geruisloze overvoer bij de verzekeraar, eventuele aanvullende regelingen om tekorten aan te vullen.

De klant heeft de mogelijkheid om diverse aanbieders mee te nemen in een vergelijking, dit kunnen zij aangeven op de opdracht tot dienstverlening, echter aanvullende werkzaamheden zijn niet langer kosteloos. Ook is het mogelijk om het hersteladvies voor de polis uit te breiden naar integraal advies (bijvoorbeeld hypotheekadvies). Ook hier worden kosten voor in rekening gebracht.

Naar onze mening zouden we op basis van voorgaande procedure tot een passend maatwerk advies voor de heer [redacted] moeten kunnen komen.

(…)"

2.13 Bij e-mailbericht van 11 juni 2016 heeft de gemachtigde van Consument Tussenpersoon als volgt bericht:

"(…)

Consument noch ondergetekende als zijn gemachtigde laten ons tot een eindeloze herhaling van zetten verleiden.

Er is Meeuws duidelijk gemaakt waaraan een hersteladviestraject dient te voldoen.

De door u *dwingend* voorgestelde aanpak deugt niet (niet AFM- & WfT conform) en wordt derhalve door Consument ondubbelzinnig afgewezen.

Ik heb u nu een paar keer uitgenodigd uw standpunt te herzien, maar u geeft daarvan geen blijk.

(…)"

2.14 Consument had zich op dat moment al tot Kifid gewend met een klacht over het uitblijven van een hersteladvies tegen zowel Tussenpersoon als de verzekeraar. De klacht tegen de verzekeraar is inmiddels ingetrokken nadat een schikking tussen partijen is bereikt.

2.15 Uit de aanvullende uitlatingen van Consument volgt dat Consument de Verzekering fiscaal geruisloos heeft omgezet naar een beleggingsrekening van Brand New Day.

3. Klacht, vordering en verweer

Klacht en vordering Consument

3.1 De klacht van Consument valt in twee onderdelen uiteen. De klacht ziet enerzijds op het verzuim een (deugdelijk) hersteladvies te verstrekken en anderzijds op de uitoefening van de zorgplicht vanaf (in ieder geval) 2004.

Uitblijven (deugdelijk) hersteladvies

3.2 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. Consument verwijst onder meer naar de nieuwsbrief van 2 februari 2016 van de AFM.

3.3 Dit onderdeel van de klacht van Consument gaat enerzijds om de rechtmatigheid van de weigering een hersteladvies uit te brengen en anderzijds om de maatstaven om van deugdelijkheid te kunnen spreken.

3.4 Consument benadrukt dat hij Tussenpersoon niet alleen op 5 februari 2016, maar ook op 18 februari 2016 heeft gemaild met het verzoek om een hersteladvies uit te brengen. Tussenpersoon kwam pas in actie toen een procedure bij Kifid dat onvermijdelijk maakte. Tussenpersoon was niet van plan mee te werken aan een deugdelijk hersteladvies. Dat geen hersteladvies is verstrekt, maakt nog niet dat Tussenpersoon zich aan een oordeel kan onttrekken.

3.5 Het door Tussenpersoon beschreven hersteladviestraject kwalificeert niet als deugdelijk. Consument voert in dit kader de volgende argumenten aan:

- Het enkel ‘activeren’ van de klant is niet hetzelfde als hersteladvies. De AFM heeft er geen misverstand over laten bestaan dat advisering meer inhoudt dan activering en dat adviseren verder gaat dan het voorleggen van verschillende opties. De adviseur dient een concrete aanbeveling te geven die, wat hem of haar betreft, de best passende oplossing is voor de klant en dit advies dient “inkomensgetoetst” te zijn.

Dit betekent dat de adviseur alle aspecten dient te bespreken die voor het maken van een keuze van belang zijn, zoals gedefinieerd in het vigerende wettelijke en regelgevende kader.

- Tussen Consument en Tussenpersoon bestond een beleggingsadviesrelatie, zodat Tussenpersoon verplicht is Consument van een deugdelijk, effectentypisch beleggingsadvies te voorzien. Indien Tussenpersoon zich daartoe niet bekwaam achtte, had het op zijn weg gelegen Consument op zijn kosten naar een wel competente adviseur te verwijzen. Het door Tussenpersoon gebruikte online klantrisicoprofiel is in strijd met de aanwijzingen zoals de AFM die verstrekt voor een deugdelijk beleggingsadvies.
- Een adviseur van een beleggingsverzekering dient zich rekenschap te geven van het achterliggende doel, zoals in het geval van Consument, het opbouwen van een lijfrentekapitaal. Tussenpersoon had zich op grond van het bij hem bekende doel behoren te realiseren dat ernstig moest worden betwijfeld of de onderhavige Verzekering, gelet op het koersrisico en de kostenbedragen passend was voor Consument.
- Tussenpersoon is niet competent gebleken een kostentransparante vergelijking van verschillende opties ten aanzien van ongewijzigde dan wel gewijzigde voortzetting van de Verzekering aan Consument te overleggen, met daarbij bijpassende Wft-conforme offertes (met kostentransparantie zowel met betrekking tot de verzekeringstechnische als fondsbeheerstechnische kosten).
- 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.

Zorgplicht tijdens de looptijd

3.6 Daarnaast beklaagt Consument zich erover dat Tussenpersoon is tekortgeschoten in zijn zorgplicht jegens Consument tijdens de looptijd van de Verzekering. Consument voert hiertoe de volgende argumenten aan:

- Tussenpersoon heeft de Verzekering vanaf 1999 in beheer en had Consument op dat moment, en zeker op het moment dat de Wet Financieel Toezicht van kracht werd – te weten op 1 januari 2007 – moeten adviseren over de passendheid van het product en de noodzaak tot aanpassing ervan;
- Consument heeft vanaf 2004 aan de bel getrokken bij Tussenpersoon. Tussenpersoon heeft zich in die periode uiterst lijdzaam en passief opgesteld en in feite enkel gefungeerd als doorgeefluik voor de informatiewisseling met de verzekeraar, terwijl ook aan Tussenpersoon vragen werden gesteld. Dit is in strijd met ECLI:NL:GHDHA:2014:3108 en ECLI:NL:HR:2003:AF0122. Tussenpersoon had Consument van advies moeten voorzien.

- Het bericht van Tussenpersoon van 5 februari 2007 is cruciaal, omdat Tussenpersoon hierin vastlegt geen rol te kunnen spelen "omdat de overeenkomst niet door bemiddeling van [Tussenpersoon] tot stand is gekomen". Consument is hierdoor op het verkeerde been gezet voor wat betreft de verantwoordelijkheid van Tussenpersoon. Ook heeft Tussenpersoon door zijn uitlatingen in de brief van 13 maart 2007 Consument op het verkeerde spoor van schadebeperking gezet.
- Tussenpersoon heeft verzuimd Consument proactief te adviseren het opbouwend karakter van de overeenkomst te versterken of voor een alternatief product van derden te kiezen dat aantoonbaar meer economisch nut zou hebben.

3.7 Consument heeft ten aanzien van dit klachtonderdeel in zijn repliek nog het volgende naar voren gebracht. Een vrijblijvend aanbod tot gesprek in 2007 was onvoldoende. Tussenpersoon had op drie zaken concreet moeten inspringen:

i. de mogelijkheid het opbouwend vermogen van de lijfrentepolis te versterken door de dekking te verlagen van 110% naar 90%;
ii. de mogelijkheid het opbouwend vermogen van de lijfrentepolis te versterken door een betere beleggingsstrategie; en
iii. de onmogelijkheid de schade van de excessief hoge "allocatiekosten" nog in te halen, maar hiervoor wel een schadeprocedure tegen verzekeraar te kunnen starten.

Het verjaringsverweer van Tussenpersoon kan niet opgaan, omdat Tussenpersoon er zelf alles aan heeft gedaan om "onzichtbaar" te blijven, zodat hij Consument nu niet kan aanrekenen dat deze wegens gebrek aan inzicht en deskundigheid de zorgplichtschending niet onderkend heeft.

3.8 Consument stelt dat hij ten gevolge van voornoemd handelen van Tussenpersoon nadeel ondervindt. Het maximale materiele belang is volgens Consument EUR 168.024,- zijnde het oorspronkelijk beoogde lijfrentekapitaal.

Consument vordert – blijkens onder meer de aanvullende uitlatingen van 18 februari 2019 – dat Tussenpersoon gehouden wordt 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 zorgplicht-schendingen in de periode van 2006 – 2015 op grond van artikel 7:401 BW (civiele zorgplicht) en artikel 4:20 lid 3 Wft (publiekrechtelijke zorgplicht). Het vermogensverlies als gevolg van de niet tijdige omzetting naar een beleggingsrekening van Brand New Day wordt vooralsnog geschat op circa € 3.000,-.

Verweer Tussenpersoon

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

- Het oorspronkelijke verzoek om een hersteladvies van Consument heeft Tussenpersoon niet ontvangen. Toen Tussenpersoon op de hoogte raakte van het verzoek van Consument, heeft hij direct aangeboden alsnog een hersteladviestraject in gang te zetten. De gemachtigde van Consument heeft toen laten weten daarmee niet akkoord te zijn en een klacht bij Kifid te hebben ingediend. Tussenpersoon is dan ook niet in staat geweest een hersteladvies uit te brengen.
- Consument heeft in 2004 en 2005 gevraagd om een opgave van de waarde en de kosteninhoudingen. Deze vragen zijn doorgestuurd naar de verzekeraar. Deze heeft daarop gereageerd. Nergens blijkt uit dat de toen verstrekte informatie voor Consument aanleiding was aanpassingen in zijn Verzekering te laten doen.
- Begin 2007 heeft Consument opnieuw gevraagd om informatie. Ook die verzoeken zijn aan de verzekeraar voorgelegd, die daarop heeft gereageerd. Tussenpersoon heeft Consument toen een vrijblijvend adviesgesprek aangeboden. Consument heeft verzekeraar nadien een aansprakelijkstelling gestuurd. Het dossier van Tussenpersoon bevat geen andere contacten van een latere datum met betrekking tot de kosteninhoudingen. Na 2007 heeft Consument geen actie meer ondernomen richting de verzekeraar of Tussenpersoon om aanpassingen in zijn Verzekering of anderszins. Per 15 oktober 2013 heeft Consument de overlijdensrisicodekking verlaagd van 110% naar 90%. Ook toen is hij niet teruggekomen op de aansprakelijkstelling uit 2007. Voor zover de klacht van Consument is gebaseerd op niet-nakoming van de zorgplicht, is deze vordering verjaard.
- Tussenpersoon is begin 2014 gestart met het actief benaderen van polishouders met een beleggingsverzekering. Het was voor Tussenpersoon onmogelijk om alle polishouders tegelijkertijd te activeren. Tussenpersoon heeft afhankelijk van de risicoclassificatie de polishouders schriftelijk benaderd.
- In de uitspraken van de Geschillencommissie van 21 september 2016 is onder meer geoordeeld dat het startpunt van het hersteladvies is het realiseren, althans benaderen van het oorspronkelijke doel. Daarbij dienen volgens de Geschillencommissie de volgende mogelijkheden aan bod te komen; ongewijzigd voortzetten, aanpassing van de bestaande overeenkomst, afkopen of het kiezen van een passend alternatief. De door de Geschillencommissie in voormelde uitspraken aangegeven mogelijkheden komen allen aan bod en worden weergegeven in het advies dat de klant van Tussenpersoon ontvangt.
- Tussenpersoon is nog steeds bereid een hersteladvies aan Consument te verstrekken, mits partijen mede op basis van het oordeel van de Geschillencommissie tot overeenstemming komen over de eisen waaraan dit hersteladvies moet voldoen.

Aanvullende uitlatingen Consument

3.10 De gemachtigde van Consument gaat in zijn aanvullende uitlating van 18 februari 2019 in op de uitspraken van de Geschillencommissie van 21 september 2016. Consument voert in dit kader onder meer nog het volgende aan.

- Nu ook de Geschillencommissie in haar uitspraken van 21 september 2016 aanneemt dat toch wel enigermate sprake van kostentransparantie moet zijn, houdt de stelling van Tussenpersoon dat hij in het geheel niet gehouden is tot kostentransparantie van de aangeboden producten, geen stand. Zelfs binnen het door de Geschillencommissie beperkte kader heeft Tussenpersoon onrechtmatig gehandeld en zijn hersteladvies-procedures 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;
- Consument heeft bij Tussenpersoon aangedrongen op een volledig hersteladvies conform de regels op de voet van artikel 4:20 Wft voor impactvolle producten. Tussenpersoon is er slechts op uit dat Consument binnen de bestaande Verzekering op basis van uiterst summiere informatie in een telefonisch 'adviesgesprek' van 15 minuten zo snel mogelijk zelf een keuze maakt. Het is volledig legitiem dat Consument eerst een degelijke schriftelijke voorbereiding van Tussenpersoon verlangde, alvorens een gesprek aan te gaan. Tussenpersoon doet het in haar verweer voorkomen dat slechts telefonisch contact werd gezocht "ter toelichting", maar alle feiten en omstandigheden wijzen er op dat Tussenpersoon er op uit was het gevraagde hersteladvies slechts mondeling te verstrekken in een telefoongesprek van 15 minuten. Vast staat dat het hersteladvies-proces niet op gang is gekomen omdat Tussenpersoon zich niet verplicht voelde te voldoen aan de regels voor een regulier advies, zoals Consument als voorwaarde stelde;

- De door de Geschillencommissie in haar uitspraken van 21 september 2016 beschreven "zeer specifieke eisen" die Consument stelt aan de aard, inhoud en omvang van het hersteladvies behelzen niets meer of minder dan de informatie en advisering waarop Consument op voet van de Wft recht had, waaronder kostentransparant inzicht in de oorzaken van de achterblijvende waardeontwikkeling van de huidige overeenkomst en kostentransparante vergelijking met productalternatieven, vergezeld van deugdelijke advisering over de te kiezen beleggingsmixen, gelet op het impactvolle karakter van de betreffende 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;
- Voor wat betreft het vereiste beleggingsadvies is leidend dat informatie bij consumenten wordt ingewonnen welke van dien aard is dat de consumenten, gelet op hun ervaring en kennis, kunnen begrijpen welke beleggingsrisico's aan de transactie of aan het beheer van hun portefeuille verbonden zijn.

3.11 Tegen de achtergrond van de met verzekeraar bereikte minnelijke regeling resteren volgens Consument nog de volgende verwijten jegens Tussenpersoon:
- Tussenpersoon heeft nagelaten Consument er (al) vanaf 1 januari 2007 op te wijzen dat de Verzekering vanwege de hoge verzekeringstechnische en met name ook de hoge beleggingskosten niet langer passend was en dat er goedkopere alternatieven bestonden;
- Tussenpersoon heeft nagelaten Consument er op het eerst daarvoor in aanmerking komende moment op te 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;
- Tussenpersoon heeft nagelaten Consument er op het eerst daarvoor in aanmerking komende moment op te wijzen dat de productalternatieven van de verzekeraar neerkwamen op lood om oud ijzer;
- Tussenpersoon heeft provisie ontvangen uit de door verzekeraar ingehouden beleggingskosten zonder daar melding van te maken of zonder daarvoor een tegenprestatie te leveren die deze voor Consument onbekende provisie zou rechtvaardigen;
- Tussenpersoon heeft geweigerd een deugdelijk beleggingsadvies te verstrekken waardoor Consument noodgedwongen moest volstaan met een belegging neutrale omzetting, hetgeen des te bedroevender is nu blijkt dat Tussenpersoon provisie heeft ontvangen uit de door de verzekeraar inhouden beleggingskosten.

Slotreactie Tussenpersoon

3.12 Bij brief van 4 juli 2019 heeft Tussenpersoon gereageerd op de namens Consument ingediende aanvullende akte. Hij heeft – voor zover hier relevant – aanvullend nog het volgende aangevoerd:

- In de uitspraken van de Geschillencommissie van 21 september 2016 is door de Geschillencommissie onder meer bepaald dat het niet noodzakelijk of verplicht is dat een adviseur een volledige uitsplitsing van de kosten van het afgesloten product dan wel van de besproken opties opneemt in het hersteladvies.
- Consument heeft in zijn aanvullende uitlatingen argumenten opgesomd waarom volgens hem de uitspraken van de Geschillencommissie van 21 september 2016 niet juist zijn. Daarmee wordt buiten de kaders getreden van de onderhavige kwestie.
- De zorgplicht van Tussenpersoon gaat niet zover dat Tussenpersoon continu voor iedere klant dient te monitoren of er op enig moment een beter alternatief beschikbaar is in de markt en dit dan direct aan te bieden.
- Consument heeft geen hersteladvies afgenomen, zodat Tussenpersoon niet verweten kan worden dat hij geen vergelijking heeft gemaakt van de beschikbare productalternatieven van de verzekeraar.
- De volgens Consument in de TER begrepen provisie voor Tussenpersoon is bedoeld als (financiering van de) door Tussenpersoon bij aanvang van de Verzekering ontvangen vergoeding voor het administreren van de Verzekering, het beantwoorden van vragen van de klant over zijn Verzekering en eventueel doorvoeren van wijzigingen. Deze werkzaamheden zijn door Tussenpersoon uitgevoerd. Deze kosten zijn niet bedoeld als vergoeding voor het verstrekken van beleggingsadvies;
- Nu Tussenpersoon niet in staat is gesteld een hersteladvies te verstrekken, kan Tussenpersoon niet worden verweten dat hij in het kader van het hersteladvies geen beleggingsadvies heeft gegeven. Bovendien behoort het geven van beleggingsadvies op de wijze zoals door Consument wordt gevraagd, niet tot de werkzaamheden van Tussenpersoon;
- Tussenpersoon betwijfelt of het alsnog uitvoeren van een hersteladvies zinvol is, gezien het feit dat de Verzekering inmiddels is omgezet naar een product van Brand New Day;
- Consument claimt een bedrag van € 2.500,- voor de kosten van het inschakelen van een adviseur. Deze kosten dienen voor rekening van Consument te blijven nu het zijn keuze is geweest om geen (kosteloos) advies van Tussenpersoon af te nemen en een eigen adviseur in te schakelen.
- Tussenpersoon is niet aansprakelijk voor het niet aanpassen van de Verzekering. Tussenpersoon heeft aangeboden te adviseren over andere mogelijkheden, van dit aanbod heeft Consument geen gebruik gemaakt.
- Het door Consument geclaimde bedrag van € 3.000,- is op geen enkele wijze door Consument onderbouwd. Om die reden dient deze vordering te worden afgewezen.

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 deugdelijk 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 (te vinden op www.kifid.nl onder nummer ECLI:NL:HR:2003:AF0122). 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 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 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 overlijdensrisico-verzekering 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 hypotheek-schuld, 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 vast-gesteld:

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 GC 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. Consument vindt dat het hersteladviesproces niet op gang is gekomen omdat Tussenpersoon heeft geweigerd zorg te dragen voor een deugdelijk en gratis AFM- en Wft-conform hersteladvies. Tussenpersoon voelde zich niet verplicht te voldoen aan de aanwijzigingen van de AFM en de in de Wft neergelegde regels, zoals door Consument als voorwaarde gesteld. Tussenpersoon stelt dat hem het uitblijven van het hersteladvies niet verweten kan worden. Het feit dat geen hersteladvies is verstrekt, is uitsluitend het gevolg van de door Consument gekozen manier van optreden. Consument heeft meer eisen en voorwaarden gesteld aan het hersteladvies dan uit de zorgplicht van Tussenpersoon voortvloeit. Tussenpersoon heeft die niet geaccepteerd (omdat deze naar zijn overtuiging niet juist zijn). Daarom kan het uitblijven van het hersteladvies niet aan hem worden tegengeworpen.

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 in februari 2016 tot Tussenpersoon gewend voor hersteladvies. Vervolgens heeft de gemachtigde van Consument bij e-mailbericht van 25 mei 2016 een klacht ingediend bij Tussenpersoon. Tussenpersoon heeft daarop bij e-mailbericht van 7 juni gereageerd met de mededeling dat het verzoek om hersteladvies van 5 februari 2016 niet door hem is ontvangen en zich bereid verklaard alsnog een hersteladvies aan Consument te verstrekken. Hij heeft Consument daartoe verzocht een vragenlijst in te vullen op zijn website op basis waarvan een klantrisicoprofiel kon worden bepaald. Ook heeft Tussenpersoon gevraagd om persoonlijk (telefonisch) contact met Consument, waarna een schriftelijk advies zou volgen. Tot slot heeft Tussenpersoon toegelicht wat Consument van het advies mag verwachten. Diezelfde dag heeft de gemachtigde van Consument Tussenpersoon laten weten niet akkoord te gaan met zijn voorstel. De door Tussenpersoon voorgestelde aanpak strookt volgens hem niet met de eisen die aan een hersteladvies gesteld mogen worden. De gemachtigde van Consument geeft verder aan dat indien Tussenpersoon alsnog bereid is het hersteladviestraject op de termen van Consument te doorlopen, hij graag binnen vijf werkdagen een schriftelijk conceptadvies tegemoet ziet dat vervolgens in zijn aanwezigheid met Consument kan worden besproken. Tussenpersoon heeft de gemachtigde van Consument hierop bij e-mailbericht van 10 juni 2016 laten weten dat het op basis van de op dit moment beschikbare gegevens niet mogelijk is een hersteladvies af te geven. Tussenpersoon heeft Consument nogmaals verzocht de vragenlijst op zijn website te doorlopen. Aan de hand daarvan en de in de klachtomschrijving beschreven uitgangspunten kunnen vervolgens de volgende stappen worden gezet voor een passend hersteladvies. Ook heeft Tussenpersoon zijn procedure voor een hersteladvies nader toegelicht.

De gemachtigde van Consument heeft hierop bij e-mailbericht van 11 juni 2016 gereageerd met de mededeling dat de door Tussenpersoon voorgestelde aanpak niet deugt en derhalve door Consument wordt afgewezen. Consument had zich op dat moment al gemeld bij het Kifid met een klacht over het hersteladvies.

4.10 Naar het oordeel van de Commissie mocht Tussenpersoon in de gegeven omstandigheden van Consument verlangen dat voorafgaand aan het uitbrengen van een (schriftelijk) herstel-advies een vragenlijst op de website werd ingevuld op basis waarvan een klantrisicoprofiel kon worden bepaald en er (vervolgens) persoonlijk (telefonisch) contact zou plaatsvinden. De risicobereidheid van de verzekeringnemer is immers een belangrijk onderdeel van de 'inventarisatiefase' in het adviesproces. Het lag dan ook op de weg van Tussenpersoon hierover nadere informatie van Consument te verkrijgen. Een vragenlijst op zijn website was daartoe een voor de hand liggende keuze.

4.11 De zeer specifieke eisen die 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 verplichting tot het geven van een hersteladvies. 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.

4.12 De hiervoor 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 hersteladvies-plicht geen verwijt. Voor de gevolgen van het uitblijven van dit hersteladvies is Tussen-persoon dus ook niet aansprakelijk.

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

4.13 Consument stelt dat Tussenpersoon tijdens de looptijd van de Verzekering is tekort-geschoten in zijn zorgplicht jegens hem.

Hij voert hiertoe aan dat (1) Tussenpersoon de Verzekering al vanaf 1999 in beheer had en Consument op dat moment, en zeker op het moment dat de Wet Financieel Toezicht van kracht werd (1 januari 2007), had moeten adviseren over de passendheid van het product en de noodzaak tot aanpassing ervan; (2) hij vanaf 2004 aan de bel heeft getrokken bij Tussenpersoon, echter dat Tussenpersoon zich in die periode uiterst lijdzaam en passief heeft opgesteld en in feite enkel heeft gefungeerd als doorgeefluik voor de informatiewisseling met de verzekeraar; en (3) ook andere aangelegenheden niet door Tussenpersoon zijn aangegrepen om Consument proactief te adviseren om het opbouwend karakter van de overeenkomst te versterken (of voor een alternatief product van derden te kiezen dat aantoonbaar meer economisch nut zou hebben).

4.14 Tussenpersoon heeft zich op het standpunt gesteld dat de vordering van Consument op dit punt is verjaard. Hij voert daartoe aan dat Consument de verzekeraar in 2007 aansprakelijk heeft gesteld. Na 2007 heeft Consument geen actie meer ondernomen richting de verzekeraar of Tussenpersoon om aanpassingen in zijn Verzekering of anderszins. Per 15 oktober 2013 heeft Consument de overlijdensrisicodekking verlaagd van 110% naar 90%. Ook toen is hij niet teruggekomen op de aansprakelijkstelling uit 2007, zodat de vordering inmiddels ruimschoots is verjaard, aldus Tussenpersoon. Dit beroep op verjaring wordt door de Commissie verworpen. Consument heeft in 2007 (enkel) de verzekeraar aansprakelijk gesteld, hieruit kan niet worden afgeleid dat Consument op dat moment ook met de (vermeende) aansprakelijkheid van Tussenpersoon bekend was. Van bekendheid met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon, zoals vereist in artikel 3:310 lid 1 BW, is dan ook geen sprake.

4.15 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.

4.16 Consument stelt dat er voor Tussenpersoon aanleiding bestond om op het moment dat hij de Verzekering in beheer kreeg, te weten in 1999, actie te ondernemen. De Commissie overweegt dat Consument onvoldoende heeft gesteld en onderbouwd dat er voor Tussen-persoon op dat moment al aanleiding bestond om contact op te nemen met Consument en de Verzekering met hem door te lopen.

4.17 Voor zover Consument zich op het standpunt stelt dat hij vanaf 2004 aan de bel heeft getrokken bij Tussenpersoon, maar dat Tussenpersoon zich in die periode uiterst lijdzaam en passief heeft opgesteld en in feite enkel heeft gefungeerd als doorgeefluik voor de informatiewisseling met de verzekeraar, overweegt de Commissie als volgt. Consument heeft in 2004 en 2005 gevraagd om uitleg over de waarde-opbouw van de Verzekering en de kosteninhoudingen aan Tussenpersoon. Deze vragen heeft Tussenpersoon doorgestuurd naar de verzekeraar, waarna de verzekeraar hierop heeft gereageerd. Dit mocht Tussenpersoon ook doen. Vaststaat dat Consument hierop vervolgens niet bij Tussenpersoon is teruggekomen, zodat er voor Tussenpersoon ook geen aanleiding bestond om verdere actie te ondernemen.

4.18 Begin 2007 heeft Consument opnieuw gevraagd om informatie over de kostenstructuur van de Verzekering. Tussenpersoon heeft deze verzoeken weer voorgelegd aan de verzekeraar, die daarop weer heeft gereageerd. Ook heeft Tussenpersoon Consument op dat moment een vrijblijvend adviesgesprek aangeboden. Omdat Consument daarop niet is ingegaan, hoefde Tussenpersoon ook geen nadere actie te ondernemen. Anders dan Consument lijkt te veronderstellen, is het onder deze omstandigheden dus voldoende dat Tussenpersoon aan Consument een vrijblijvend adviesgesprek heeft aangeboden.

4.19 Voor zover Consument stelt dat Tussenpersoon ook andere aangelegenheden niet heeft aangegrepen om Consument proactief te adviseren om het opbouwend karakter van de overeenkomst te versterken, overweegt de Commissie het volgende. De AFM heeft in haar nieuwsbrief van 29 november 2011 een verplichting voor verzekeraars en adviseurs 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 begin 2014 is gestart met het actief benaderen van verzekeringnemers met een beleggingsverzekering en dat het onmogelijk was om alle verzekeringnemers tegelijkertijd te activeren. Hij heeft afhankelijk van de risicoclassificatie de polishouders schriftelijk benaderd. De Commissie vindt deze uitleg van Tussenpersoon voldoende aannemelijk. Zoals hiervoor onder 4.12 overwogen is het niet aan Tussenpersoon te wijten dat hij geen hersteladvies aan Consument heeft verstrekt voor 31 december 2016. Consument heeft onvoldoende gesteld en onderbouwd dat Tussenpersoon ook andere aangelegenheden niet heeft aangegrepen om Consument proactief te adviseren.

Overige verwijten

4.20 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

4.21 De conclusie is dat Tussenpersoon zijn zorgplicht jegens Consument niet heeft geschonden en hij dus niet aansprakelijk is 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/consumenten/hoe-wordt-uw-klacht-behandeld.

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 4.