

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2020-135
(mr. R.J. Verschoof, voorzitter, prof. mr. M.L. Hendrikse, mr. G.R.B. van Peurseem,
leden en mr. M.J. Vlasveld, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 20 juli 2017
Ingediend door : Consument
Tegen : Atsurance B.V., gevestigd te Rotterdam, verder te noemen de Adviseur
Datum uitspraak : 12 februari 2020
Aard uitspraak : Niet-bindend advies

Samenvatting

Consument verwijt haar adviseur dat hij haar ten onrechte een WIA-verzekering heeft geadviseerd. Ook heeft hij gedurende de looptijd geen contact met consument opgenomen over haar situatie. Door de Belastingdienst wordt consument aangemerkt als zelfstandige. Consument is van mening dat de adviseur haar een AOV had moeten adviseren en dat de WIA-verzekering bij arbeidsongeschiktheid geen dekking had geboden. Consument vordert de premie van de WIA-verzekering van haar adviseur. De Commissie is van oordeel dat consument geen schade heeft geleden. Wanneer consument namelijk wel een AOV had afgesloten, dan had haar premie hoger geweest. De Commissie komt niet toe aan de vraag of de adviseur zijn zorgplicht heeft geschonden. De vordering van consument wordt afgewezen.

I. Procesverloop

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

- het door Consument digitaal ingediende klachtformulier;
- de aanvullende stukken van Consument;
- het verweer;
- de repliek;
- de dupliek;
- de brief van de Belastingdienst van 1 juni 2016, welke door de Adviseur op de zitting van 2 april 2019 is ingebracht;
- de e-mail van Consument van 31 augustus 2019;
- de aanvullende reactie van Consument van 13 september 2019, met bijlage;
- de e-mail van de Adviseur van 1 oktober 2019.

De Commissie stelt vast dat Consument heeft gekozen voor bindend advies en dat de Adviseur bij zijn aansluiting bij Kifid heeft gekozen voor een niet-bindend advies. De uitspraak is daardoor voor beide partijen niet-bindend.

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 2 april 2019 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

- 2.1 Consument heeft door bemiddeling van '[naam bedrijf 1]' (hierna te noemen [naam bedrijf 1]) bij verzekeraar Delta Lloyd ingaande 1 januari 2009 een WIA Werknemers Individueel afgesloten (hierna WIA-verzekering). In deze verzekering is een IVA Excedent en WGA Excedent dekking overeengekomen. In de zomer van 2016 is de verzekering door Consument beëindigd. Consument heeft daarna een arbeidsongeschiktheidsverzekering (AOV) afgesloten.
- 2.2 Per 31 juli 2009 heeft [naam bedrijf 1] de portefeuille verkocht aan de Adviseur. In de koopovereenkomst staat vermeld: "*Verkoper blijft aansprakelijk op basis van relevante wettelijke bepalingen, voor handelingen die zijn verricht in de periode vóór overname datum (...).*".
- 2.3 Op 9 april 2019 heeft de heer [naam medewerker], [functie] van de Belastingdienst de volgende e-mail aan de accountant van Consument verzonden:
"Naar aanleiding van mijn brief van 1 juni 2016 over de dienstbetrekking van mevrouw [naam consument], echtgenote van de heer [X], heeft u met het emailbericht van 3 april 2019 mij verzocht de dienstbetrekking van mevrouw [naam consument] te beoordelen over de periode 2009 tot en met 2016. De beoordeelde dienstbetrekking van mevrouw [naam consument] in 2016 heeft betrekking op de volgende uitgangspunten. Mevrouw [naam consument] had en heeft geen aandelen van [naam bedrijf 2] BV en ze is daar geen bestuurder. Ze legt geen verantwoording af en is zelf verantwoordelijk voor haar opdrachten en deelt zelf haar tijd in. Zij is op bijzondere arbeidvoorwaarden werkzaam zodat ik geen dienstbetrekking aanwezig acht gezien de overheersende familierelatie met de heer [X]. Er van uitgaande dat de werkzaamheden in de jaren 2009 tot en met 2015 hetzelfde waren en onder de zelfde omstandigheden zijn verricht ben ik van mening dat er vanaf 2009 geen dienstbetrekking heeft bestaan tussen mevrouw [naam consument] en [naam bedrijf 2] BV."
- 2.4 Consument heeft een klacht ingediend over haar WIA-verzekering bij de Adviseur. Partijen hebben geen oplossing bereikt, wat heeft geleid tot dit geschil.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

3.1 Consument vordert de door haar betaalde premie van de WIA-verzekering terug.

Grondslagen en argumenten daarvoor

3.2 Ter ondersteuning van haar vordering stelt Consument zich op het standpunt dat de Adviseur een verzekering heeft geadviseerd die bij arbeidsongeschiktheid geen dekking zou hebben geboden, omdat Consument sinds 2004 nooit meer werknemer is geweest. Consument heeft derhalve jarenlang ten onrechte premie voor deze verzekering betaald.

3.3 Consument voert hiertoe de volgende argumenten aan.

- Uit de verklaringen van de Belastingdienst is gebleken dat Consument is aan te merken als zelfstandig ondernemer. Voor dekking bij arbeidsongeschiktheid diende zij dan ook een AOV af te sluiten in plaats van de aan haar geadviseerde WIA-verzekering.
- Omdat Consument niet valt aan te merken als werknemer zou de WIA-verzekering niet hebben uitgekeerd. Als Consument gedurende die periode arbeidsongeschikt was geworden dan had zij met lege handen gestaan. Dat was nu juist een risico dat Consument wilde afdekken en waarvoor zij een adviseur had ingeschakeld.
- Dat het advies voor de WIA-verzekering toentertijd door [naam bedrijf 1] is gegeven, ontslaat de Adviseur niet van zijn zorgplicht. Dit volgt uit artikel 4:23 Wet op het financieel toezicht (Wft). Het klakkeloos overnemen van de verzekeringsportefeuille is in strijd met artikel 4:24a Wft.
- Na de overname door de Adviseur heeft deze nimmer contact met Consument opgenomen. Pas nadat de pensioenadviseur van Consument en haar echtgenoot contact had opgenomen met Delta Lloyd over de WIA-verzekering, heeft de Adviseur telefonisch contact met Consument opgenomen. In het kader van de zorgplicht had de Adviseur regelmatig contact met Consument moeten opnemen. Consument had geen reden om zelf tussentijds contact op te nemen met de Adviseur omdat haar situatie sinds 2004 niet meer is gewijzigd.
- Als gevolg van het niet nakomen van de zorgplicht door de Adviseur heeft Consument schade geleden. Zij heeft premie betaald voor de WIA-verzekering terwijl zij bij arbeidsongeschiktheid niets aan deze verzekering zou hebben gehad. Daarnaast heeft de Adviseur al die jaren doorlopende provisie ontvangen, terwijl hij geen passend advies heeft gegeven en tussentijds geen contact met Consument heeft opgenomen.

Verweer van de Adviseur

3.4 De Adviseur heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

- 4.1 Tussen partijen is in geschil of de Adviseur zijn zorgplicht heeft geschonden door een onjuist advies van zijn rechtsvoorganger [naam bedrijf I] en door niet na de overname van de portefeuille nazorg te verlenen. De Adviseur heeft gemotiveerd betwist dat de zorgplicht is geschonden.
- 4.2 Allereerst stelt de Commissie vast dat het risico van arbeidsongeschiktheid zich niet heeft verwezenlijkt. Om die reden gaat de Commissie niet in op de stelling van Consument dat zij bij arbeidsongeschiktheid geen recht zou hebben gehad op een uitkering. De eis van Consument tot terugbetaling van premie, houdt met die stelling ook geen verband.
- 4.3 Consument eist haar premie terug. Daarvoor bestaat een speciaal wetsartikel (artikel 7:938 lid 1 Burgerlijk Wetboek): De premie kan worden teruggevorderd als Consument en Delta Lloyd geen enkel risico hebben gelopen. Maar dat artikel is alleen van toepassing tussen Consument en Delta Lloyd. Bovendien is volgens dat artikel nodig dat ook Consument geen enkel risico heeft gelopen. Dat heeft zij wel, namelijk het risico dat zij arbeidsongeschikt zou worden. Daarom kan de eis van Consument tot terugbetaling van de premie alleen worden toegewezen als die eis wordt opgevat als een eis tot schadevergoeding. Dan is nodig dat Consument schade heeft geleden. Om dat vast te stellen moet een vergelijking worden gemaakt tussen de werkelijke situatie waarin zij premie betaalde voor de WIA-verzekering en de hypothetische situatie waarin zij zich had bevonden als haar een ander advies was gegeven. Die hypothetische situatie is dat Consument – die naar haar eigen zeggen dekking wenste tegen arbeidsongeschiktheid – een arbeidsongeschiktheids-verzekering voor zelfstandigen (AOV) had afgesloten. De premie voor de AOV zou, gezien het verzekerde risico, hoger dan de premie voor de WIA-verzekering zijn geweest. Althans dit wordt door Consument niet betwist. Ook heeft Consument op de zitting aangevoerd dat zij de premie voor de WIA-verzekering als aftrekpost voor de Inkomstenbelasting heeft opgevoerd. Hieruit volgt dat wanneer wel (tussentijds) een AOV in plaats van een WIA-verzekering was geadviseerd, Consument meer premie kwijt zou zijn geweest. Daarom heeft Consument als gevolg van de door haar veronderstelde zorgplichtschending geen schade geleden. De Commissie komt daarom niet toe aan een inhoudelijke beoordeling op de vraag of de Adviseur zijn zorgplicht heeft geschonden, omdat Consument niet in een financieel nadeliger positie is geraakt. Zij laat hetgeen over en weer op dit punt is aangevoerd daarom onbesproken.
- 4.4 De conclusie is dat Consument geen schade heeft geleden. De vordering van Consument wordt daarom afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering 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.

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 40 van het Reglement.