

Uitspraak Commissie van Beroep financiële dienstverlening 2020-033

(mr. C.A. Joustra, voorzitter, mr. A. Bus, mr. G.C.C. Lewin, mr. F.R. Salomons, F.R. Valkenburg AAG RBA, leden en mr. H.C. Dobbelaar-ten Cate, secretaris)

Beroepschrift ontvangen op : 9 april 2020
Ingediend door : Consument
Wederpartij : Boks Beijer & Co B.V., gevestigd te Holten, verder te noemen Tussenpersoon
Datum uitspraak : 2 november 2020

Samenvatting

Verjaring; nazorgplicht; wezenlijke wijziging. In 1991 heeft Consument een spaarkasverzekering afgesloten door advisering en bemiddeling van Tussenpersoon. In 2012 is de verzekering afgekocht. In 2015 klaagt Consument dat Tussenpersoon (na)zorgplichten heeft geschonden. Commissie van Beroep. 1. Verjaring. De gestelde gedragingen (daaronder begrepen: nalaten) van Tussenpersoon moeten worden aangemerkt als gebeurtenissen waardoor de verjaringstermijn van twintig jaren telkens is gaan lopen. 2. Nazorgplicht. De (na)zorgplicht van Tussenpersoon in de periode 1995-2012 bracht niet mee dat zij de door Consument verlangde actie moest ondernemen naar aanleiding van de door Consument genoemde gebeurtenissen. 3. Wezenlijke wijziging. Consument heeft onvoldoende toegelicht waarom zou moeten worden aangenomen dat Tussenpersoon in 2007 uit hoofde van artikel 4.20 lid 3 Wft aan Consument zou hebben moeten mededelen dat binnenkort het product banksparen/beleggen op de markt zou komen.

[Klik hier voor de uitspraak bij de Geschillencommissie](#)

1. De procedure in beroep

- 1.1 Bij een op 9 april 2020 gedateerd beroepschrift met bijlagen heeft Consument bij de Commissie van Beroep financiële dienstverlening (hierna: de Commissie van Beroep) beroep ingesteld tegen een uitspraak van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (hierna: de Geschillencommissie) van 28 februari 2020 (dossiernummer [nummer], gepubliceerd onder nummer 2020-180).
- 1.2 Tussenpersoon heeft een op 14 mei 2020 gedateerd verweerschrift ingediend. Op 23 september 2020 heeft Tussenpersoon nadere bewijsstukken (waardeoverzichten) ingediend.
- 1.3 De mondelinge behandeling heeft plaatsgehad op 5 oktober 2020. Partijen zijn aldaar verschenen. De gemachtigde van Consument heeft een pleitnota voorgedragen en overgelegd. Partijen hebben hun standpunten toegelicht en vragen van de Commissie van Beroep beantwoord.

2. De procedure bij de Geschillencommissie

Voor het verloop van de procedure bij de Geschillencommissie verwijst de Commissie van Beroep naar de uitspraak van de Geschillencommissie.

3. Feiten

- 3.1 De Geschillencommissie heeft in haar uitspraak onder 2.1-2.9 de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Consument heeft in het beroepschrift gesteld dat Tussenpersoon het certificaat uit 1992 niet naar haar heeft doorgestuurd. De Geschillencommissie heeft dat onder 2.5 van haar uitspraak in het midden gelaten. De Commissie van Beroep zal dat ook in het midden laten. Verder heeft Consument in het beroepschrift geklaagd dat de Geschillencommissie onder 2.6 van haar uitspraak niet is ingegaan op het certificaat uit 1997. Daarmee heeft zij de juistheid van de door de Geschillencommissie vastgestelde feiten als zodanig niet betwist. Daarom gaat ook de Commissie van Beroep van die feiten uit. Aangevuld met andere vaststaande feiten komen de feiten op het volgende neer.
- 3.2 Door advisering en bemiddeling van Tussenpersoon heeft Consument een verzekering (hierna: de Verzekering) afgesloten bij Tiel Utrecht Verzekerd Sparen N.V., rechtsvoorgangster van De Goudse Levensverzekeringen N.V. De Verzekering is een spaarkasproduct met de naam Verzekerd-Beleggings-Plan. De Verzekering heeft als ingangsdatum 19 december 1991 en als einddatum 19 december 2016.
- 3.3 De Verzekering kent een overlijdensrisicodekking en kapitaalopbouw op basis van beleggen. Premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid is meeverzekerd. Het beleggingsrisico komt geheel voor rekening van Consument.
- 3.4 Bij in leven zijn van Consument op de einddatum van de Verzekering ontvangt Consument een uitkering ter grootte van haar aandeel in de beleggingskas. Bij overlijden van Consument voor de einddatum van de Verzekering wordt een bedrag ter grootte van de som van de betaalde spaarstortingen en premies uitgekeerd aan de begunstigten.
- 3.5 Op het aanvraagformulier staat vermeld (hetgeen is ingevuld, wordt hieronder vet weergegeven):

“Aanvraag Verzekerd-Beleggings-Plan

(...)

Deelnemer

a. Naam (...):

a. [naam Consument]

(...)

Verzekerde (...)

a. Naam (...):

a. [naam Consument]

(...)

Resultaten Verzekerd-Beleggings-Plan

a. Beleggingskas:

a. [] (...)

[x] Vredenburg Aandelenfonds

[Onleesbaar] is:

Switch-mogelijkheid; flexibele einddatum; flexibele storting.

b. Uitkering bij overlijden:

b. [x] som spaarstortingen en premies

[] som spaarstortingen en premies

+ 5% samengestelde interest per jaar.
[] vast kapitaal

(...)

h. Vrijstelling bij arbeidsongeschiktheid: h. [] niet meeverzekeren [x] wel meeverzekeren voor:
[x] verzekerde of [] verzorger

Storting

a. [Onleesbaar] a. f214,-- per [] (...) [x] maand.
(...)

x Handtekening rekeninghouder: **[handtekening]**

Begunstiging

1. de deelnemer; 2 diens echtgeno(o)t(e); 3. diens kinderen; 4. diens erfgenamen.

(...)

Hengelo, de 19-12 - 1991.

Handtekening deelnemer:

[handtekening]

(...)"

Handtekening verzekerde:

[handtekening]

3.6 Partijen hebben een certificaat van 21 januari 1992 overgelegd. Daarop staat vermeld:

"(...)

Tiel Utrecht Verzekerd Sparen N.V. verklaart dat de deelnemer, op grond van een aanvraag, vanaf onderstaande ingangsdatum tot einddatum deelneemt in bovengenoemde beleggingskas en verbindt zich de hierna te noemen uitkeringen aan de begunstigde(n) te doen, een en ander overeenkomstig de Algemene voorwaarden Verzekerd-Beleggings-Plan 1990 en Clauseblad Vrijstelling bij arbeidsongeschiktheid 1990.

(...)

Ingangsdatum : 19 december 1991

Einddatum : 19 december 2016

(...)

Storting(en):

Spaarstorting : f 167,00

Premie : f 36,80

Opslag voor vrijstelling
bij arbeidsongeschiktheid : f 10,20

Totale storting : f214,00 per maand

(...)

Uitkeringen:

- bij in leven zijn van de verzekerde op de einddatum het aandeel in de beleggingskas;
- terstond na overlijden van de verzekerde voor de einddatum de som van de betaalde spaarstortingen en premies.

Begunstigden:

1. *Deelnemer*
 2. *Echtgenoot (echtgenote) van de deelnemer*
 3. *Kinderen van de deelnemer*
 4. *Erfgenamen van de deelnemer*
- (...)”

- 3.7 In 1997 heeft Consument een vervangend certificaat van 5 september 1997 ontvangen. De daarop vermelde informatie komt overeen met de informatie op het certificaat van 21 januari 1992, zij het dat als "storting" wordt vermeld: "f 203,80" zonder dat dit bedrag is opgesplitst in een spaarstorting van f 167,00 en een premie van f 36,80.
- 3.8 In 2012 heeft Consument de Verzekering afgekocht. De afkoopwaarde bedroeg € 25.473,27.
- 3.9 Bij brief van 27 januari 2015 heeft Consument Tussenpersoon aansprakelijk gesteld wegens schendingen van de (na)zorgplicht bij de totstandkoming van de Verzekering en gedurende de looptijd ervan.
- 3.10 Bij brief van 1 april 2015 heeft de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van Tussenpersoon een beroep gedaan op verjaring als bedoeld in artikel 3:310 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW).

4. Klacht en uitspraak Geschillencommissie

- 4.1 Consument vordert (na vermeerdering van eis) € 45.818,- aan vergoeding van schade en € 2.178,- inclusief btw aan vergoeding van kosten van bijstand van de gemachtigde. Volgens Consument heeft Tussenpersoon gebrekkig geadviseerd en heeft zij de zorg- en informatieplichten geschonden die voorafgaand aan en gedurende de looptijd van de Verzekering op haar rustten.
- 4.2 De Geschillencommissie heeft de vordering afgewezen. Daartoe heeft zij, verkort weergegeven, als volgt overwogen. Voor zover de vorderingen en klachten strekken tot vergoeding van schade als gevolg van de gestelde schending van zorg- en informatieplichten voorafgaand aan en bij het afsluiten van de Verzekering, zijn zij verjaard. Voor zover de vorderingen en klachten strekken tot vergoeding van schade als gevolg van de gestelde schendingen van (na)zorgverplichtingen gedurende de looptijd van de Verzekering, is niet gebleken of aannemelijk gemaakt dat sprake is van enige tekortkoming, laat staan dat dit tot schade heeft geleid.

5. Beoordeling van het beroep

- 5.1 Consument stelt zich op het standpunt dat haar vordering niet is verjaard. Hiertoe heeft zij aangevoerd dat de schadeveroorzakende gebeurtenissen hebben plaatsgevonden gedurende de looptijd van de verzekering.

Daarom is de verjaringstermijn van twintig jaar pas beginnen te lopen zodra de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt, is opgehouden te bestaan, aldus Consument. Consument heeft daarbij verwezen naar HR 22 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:412.

- 5.2 Dit standpunt is niet juist. In het door Consument aangehaalde arrest heeft de Hoge Raad als volgt overwogen. De bezitter van een opstal die gevaar oplevert voor personen of zaken doordat deze niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, is op grond van artikel 6:174 lid 1 BW aansprakelijk indien dat gevaar zich verwezenlijkt. Het aannemen van deze aansprakelijkheid is dus niet verbonden aan een schadeveroorzakende gedraging, maar aan de schadeveroorzakende toestand waarop artikel 6:174 BW ziet. Het doet niet ter zake of die toestand is veroorzaakt door enige gedraging. Daarom is er wat deze aansprakelijkheid betreft geen reden om een gedraging aan te merken als schadeveroorzakende gebeurtenis waardoor de verjaringstermijn gaat lopen. Anders dan in het arrest van de Hoge Raad aan de orde was, is het aannemen van de in deze zaak gestelde aansprakelijkheid van Tussenpersoon wel verbonden aan gestelde schadeveroorzakende gedragingen, namelijk gestelde schendingen van advies-, zorg- en informatieplichten (de term 'gedragingen' omvat zowel handelen als nalaten). Daarom moeten de gestelde gedragingen van Tussenpersoon worden aangemerkt als gebeurtenissen waardoor de verjaringstermijn van twintig jaren telkens is gaan lopen. De rechtsopvatting dat Tussenpersoon een schadeveroorzakende toestand in het leven heeft geroepen, dat haar aansprakelijkheid daaraan verbonden is en dat de verjaringstermijn van twintig jaren pas begint te lopen zodra de schadeveroorzakende gebeurtenis of toestand is opgehouden te bestaan, kan niet als juist worden aanvaard.
- 5.3 Consument heeft Tussenpersoon voor het eerst aansprakelijk gesteld bij brief van 27 januari 2015. De vordering van Consument is dus verjaard voor zover die ziet op gestelde gedragingen (daaronder begrepen: nalaten) van Tussenpersoon van vóór 27 januari 1995.
- 5.4 Ter beoordeling staat daarom nog slechts of Tussenpersoon zich in de periode vanaf 27 januari 1995 tot aan de datum van afkoop van de verzekering in 2012 door handelen of nalaten schuldig heeft gemaakt aan schending van een op haar rustende zorgplicht. Bij die beoordeling stelt de Commissie van Beroep het volgende voorop.
- 5.5 Het is de taak van de assurantietussenpersoon te waken voor de belangen van de verzekeringnemers bij de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen. Tot deze taak behoort in beginsel dat – kort gezegd – de assurantietussenpersoon de verzekeringnemer tijdig opmerkzaam maakt op de gevolgen die hem bekend geworden feiten voor de dekking van de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen kunnen hebben. Zo moet – blijkens rechtspraak van de Hoge Raad – de assurantietussenpersoon actie ondernemen wanneer hij kennis krijgt van het overlijden van de verzekeringnemer (HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2537, NJ 1998/586 m.nt. M.M. Mendel (Erven Van Dam/Rabobank)) en ook wanneer hij kennis krijgt van een omstandigheid die mogelijk aanleiding kan geven tot een beroep op risicoverzwaren (HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0122,

NJ 2003/375 m.nt. M.M. Mendel (Octant)). Beide arresten hebben betrekking op een opstalverzekering.

- 5.6 Bij elektronische nieuwsbrief van 29 november 2011 (te raadplegen op de website van de AFM, <http://afm.m13.mailplus.nl/archief/ mailing-362100.html>) heeft de AFM aandacht besteed aan de manier waarop financieel adviseurs naar het oordeel van de AFM zouden moeten omgaan met hun adviezen over lopende beleggingsverzekeringen. Deze nieuwsbrief vermeldt onder meer:

"De AFM krijgt vragen van financieel dienstverleners over de 'woekerpolisaffaire'. Niet voor iedere adviseur is duidelijk wat van hem wordt verwacht. In deze speciale nieuwsbrief beantwoordt de AFM de belangrijkste vragen.

De meeste consumenten met een beleggingsverzekering hebben bericht gekregen van hun verzekeraar over de compensatie waar zij mogelijk voor in aanmerking komen, of zullen dit bericht naar verwachting voor het einde van dit jaar nog krijgen. Daarnaast zullen verzekeraars hun klanten een alternatief bieden in de vorm van een ander product of een aanpassing van het huidige product. Voor verreweg de meeste consumenten met een beleggingsverzekering is dit product een belangrijk bestanddeel van hun totale financiële positie, bijvoorbeeld omdat de beleggingsverzekering dient ter aflossing van de hypotheek of als aanvullende pensioenvoorziening. Voordat de klant een beslissing neemt, is het daarom verstandig dat hij hierover deskundig advies inwint. Hier zit bij uitstek uw toegevoegde waarde als financieel adviseur.

Waar moet een hersteladvies aan voldoen?

Veel beleggingsverzekeringen zijn destijds aan de klant verkocht via een adviseur. Als u klanten in het verleden heeft geadviseerd bij het afsluiten van een beleggingsverzekering, bent u de eerst aangewezen om de klant weer te adviseren. Dit geldt ook als u beleggingsverzekeringen in portefeuille heeft die zijn overgenomen van andere adviseurs. In beide situaties is er in feite sprake van een hersteladvies. Een hersteladvies is een advies aan een klant met een beleggingsverzekering en is er op gericht om de klant te adviseren of en hoe hij alsnog zijn oorspronkelijke doel kan bereiken."

In vervolg op de nieuwsbrief van 29 november 2011 heeft de AFM op 12 oktober 2012 het "Stappenplan kosteloos hersteladvies beleggingsverzekeringen" gepubliceerd. Hierover vermeldt de website van de AFM onder meer het volgende:

"Nazorg beleggingsverzekeringen

Adviseurs en bemiddelaars hebben een belangrijke rol bij het herstel van het vertrouwen in de financiële sector in het algemeen en in het bijzonder bij de ondersteuning van klanten met een beleggingsverzekering. Ook na de afronding van het activeringstraject moet u ervoor zorgen dat u uw klanten met een beleggingsverzekering helpt bewuste keuzes te maken en de mogelijkheid biedt de verzekering aan te passen.

(...)

Rol adviseur is cruciaal

U moet uw klanten met een beleggingsverzekering doorlopend de mogelijkheid bieden om hun beleggingsverzekering aan te passen.

De vraag of een klant zijn beleggingsverzekering moet aanpassen en zo ja hoe, is niet gemakkelijk te beantwoorden. U speelt als adviseur een cruciale rol: u bent namelijk op de hoogte van de totale financiële situatie van uw klant. De AFM verwacht dat u uw klanten doorlopend informeert over de beleggingsverzekering en als gewenst inzicht geeft in de mogelijkheden tot aanpassing van de beleggingsverzekering. Dit is bij uitstek de mogelijkheid om uw toegevoegde waarde als financieel adviseur te laten zien en een belangrijke bijdrage te leveren aan het herstel van vertrouwen in de financiële sector."

- 5.7 Met de hiervoor in 5.5 genoemde arresten heeft de Hoge Raad inhoud en richting gegeven aan de zorgplicht van de assurantietussenpersoon. De precieze reikwijdte van de zorgplicht van assurantietussenpersonen in verband met lopende beleggingsverzekeringen in de periode 1995-2012 is daarmee echter niet gegeven (vergelijk: conclusie advocaat-generaal T. Hartlief onder 3.10 voor HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2385). Met de nieuwsbrief van 29 november 2011 en het Stappenplan van 12 oktober 2012 heeft de AFM inhoud en richting gegeven aan hetgeen de AFM voortaan verwacht van financieel adviseurs van beleggingsverzekeringen. Ook daarmee is de precieze reikwijdte van de zorgplicht van assurantietussenpersonen in verband met lopende beleggingsverzekeringen in de periode 1995-2012 niet gegeven.
- Consument heeft een beroep gedaan op een passage uit Kamerstukken I 1951/1952, 870, nr. 11a, p. 10. Die passage komt uit de memorie van antwoord van de regering bij de parlementaire behandeling van een voorstel van wet, houdende regeling van het assurantiebemiddelingsbedrijf. Hieruit kan weliswaar worden afgeleid dat de tussenpersoon naar de toenmalige opvatting van de regering een zekere nazorgplicht had, maar de toenmalige opvatting van de regering kan niet zonder meer gelijkgesteld worden met geldend recht. De rechtens aan te nemen reikwijdte van de toenmalige nazorgplicht kan daaruit niet worden afgeleid, laat staan met precisie. Nog minder kan daaruit iets worden afgeleid voor de periode 1995-2012.
- 5.8 In het beroepschrift heeft Consument betoogd dat Tussenpersoon Consument regelmatig diende te bezoeken en/of haar regelmatig diende uit te nodigen voor een gesprek op kantoor. Dit betoog wordt verworpen. De nazorgplicht van tussenpersonen strekt niet zo ver dat daaruit dergelijke plichten kunnen worden afgeleid voor alle gevallen in het algemeen of voor dit geval in het bijzonder.
- 5.9 Verder heeft Consument in het beroepschrift gesteld dat Tussenpersoon op de volgende momenten actie had moeten ondernemen om te onderzoeken of de Verzekering nog wel geschikt was voor Consument:
- in 1997 naar aanleiding van de ontvangst van het vervangende certificaat van 5 september 1997;
 - begin jaren 2000 naar aanleiding van de toenmalige beursdaling;
 - in 2008 naar aanleiding van de toenmalige beursdaling.
- 5.10 Onbetwist staat vast:
- a. Consument heeft het aanvraagformulier met de hiervoor weergegeven inhoud ondertekend;
 - b. Consument heeft het vervangende certificaat van 5 september 1997 ontvangen;

- c. Consument heeft (in elk geval) waardeoverzichten ontvangen van:
16 september 1996, 25 november 1997, 20 december 1999, 22 december 2000,
4 januari 2002, 23 december 2002, 18 december 2003, 27 december 2004,
27 december 2005, 27 december 2006, 12 maart 2008, 29 december 2008,
28 december 2009, 29 december 2010, 29 augustus 2011 en 28 december 2011.

Gelet daarop mocht Tussenpersoon redelijkerwijs aannemen dat Consument op de hoogte was van de inhoud van de Verzekering, voor zover die blijkt uit het aanvraagformulier en het vervangende certificaat en ook dat zij op de hoogte was van de waardeontwikkeling van de Verzekering. Onder die omstandigheden reikte de (na)zorgplicht van Tussenpersoon in de periode 1995-2012 naar het oordeel van de Commissie van Beroep niet zo ver dat deze meebracht dat zij de door Consument verlangde actie moest ondernemen naar aanleiding van de ontvangst van het vervangende certificaat in 1997 of naar aanleiding van de beursdalingen begin jaren 2000 en in 2008.

- 5.11 Bij pleitnota in hoger beroep heeft Consument nog aangevoerd dat Tussenpersoon actie had moeten ondernemen op de volgende momenten:
- in 1996 na ontvangst van het waardeoverzicht van 16 september 1996;
 - in 2007 toen bekend werd dat in 2008 het nieuwe product banksparen/beleggen op de markt zou komen. Dit was volgens Consument een wezenlijke wijziging in de zin van artikel 4.20 lid 3 van de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft).

- 5.12 Deze stellingen zijn niet in het beroepschrift terug te vinden. Zij zijn dus te laat naar voren gebracht. Tussenpersoon heeft zich er onvoldoende tegen kunnen verweren. Daarom kunnen deze stellingen Consument niet baten.
- Ten overvloede overweegt de Commissie van Beroep als volgt. Gelet op de hiervoor onder 5.10 genoemde omstandigheden reikt de (na)zorgplicht van Tussenpersoon niet zo ver dat deze meebracht dat Tussenpersoon de door Consument verlangde actie moest ondernemen naar aanleiding van de ontvangst van het waardeoverzicht van 16 september 1996 of naar aanleiding van de omstandigheid dat bekend werd dat het product banksparen/beleggen binnenkort op de markt zou komen. Dat laatste (wat er zij van de vraag welk product of welke producten Consument precies bedoelt, wanneer dat product of die producten precies op de markt is/zijn gekomen en wanneer dat bekend werd) kan niet worden aangemerkt als een wezenlijke wijziging van de informatie als bedoeld in artikel 4.20 lid 3 Wft. Die wetsbepaling verwijst naar artikel 4.20 lid 1 Wft. Daarover zijn nadere regels opgenomen in het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo Wft) en in de van de AFM afkomstige Nadere Regeling Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (NRGfo Wft). Tegen de achtergrond van die nadere regels heeft Consument onvoldoende toegelicht waarom zou moeten worden aangenomen dat Tussenpersoon in 2007 uit hoofde van artikel 4.20 lid 3 Wft (of uit hoofde van de nazorgplicht) aan Consument zou hebben moeten mededelen dat binnenkort het product banksparen/beleggen op de markt zou komen.

5.13 Het voorgaande leidt tot de slotsom dat niet kan worden aangenomen dat Tussenpersoon zich in de periode na 27 januari 1995 tot aan de datum van afkoop van de verzekering in 2012 door handelen of nalaten schuldig heeft gemaakt aan schending van een op haar rustende zorgplicht. Dit leidt tot de volgende beslissing.

6. Beslissing

De Commissie van Beroep bevestigt de uitspraak van de Geschillencommissie van 28 februari 2020.