

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2021-0070  
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, mr. E.L.A. van Emden, mr. S.W.A. Kelterman,  
leden en mr. P. van Haastrecht-van Kuilenburg, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 30 januari 2020  
Ingediend door : Consument  
Tegen : Zuid West Financiële Diensten B.V., gevestigd te Raamsdonkveer, verder te noemen  
de adviseur  
Datum uitspraak : 27 januari 2021  
Aard uitspraak : Bindend advies  
Uitkomst : Vordering afgewezen

## **Samenvatting**

Zorgplicht assurantietussenpersoon. Geen schade. De adviseur is niet aansprakelijk voor het advies van de voormalig adviseur uit 2012; van contractovername of een andere grond voor overgang van de aansprakelijkheid is namelijk geen sprake c.q. is niet gebleken. Ten aanzien van het advies uit 2015 heeft de adviseur – door na te laten de gespreksnotities te bewaren – niet gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur mocht worden verwacht. Deze tekortkoming leidt echter niet tot een schadevergoedingsverplichting aan de zijde van de adviseur. Reden hiervoor is dat de consument er niet in is geslaagd aannemelijk te maken dat zij en haar echtgenoot andere keuzes hadden gemaakt indien (de dekkingen van) de verzekeringen uitdrukkelijk ter sprake zouden zijn gekomen. Van enig nadeel is dan ook geen sprake. De vordering van de consument wordt afgewezen.

## **I. De procedure**

- I.1 De commissie beslist op basis van haar reglement en op basis van de door partijen aan Kifid ingestuurde documenten inclusief bijlagen. Het gaat om: 1) het klachtformulier van de consument; 2) het verweerschrift van de adviseur; 3) de repliek van de consument en 4) de dupliek van de adviseur.
- I.2 Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 2 oktober 2020 en zijn aldaar verschenen.
- I.3 De consument en de adviseur hebben gekozen voor een bindend advies. Dit betekent dat partijen elkaar aan de uitspraak kunnen houden.

## 2. Het geschil

*Wat is er gebeurd?*

2.1 In oktober 2012 hebben de consument en haar echtgenoot zich tot een adviseur (hierna: 'voormalig adviseur') gewend en hem gevraagd hen van een (herstel)advies te voorzien ten aanzien van hun beleggingsverzekering bij ASR. Deze verzekering voorzag – naast een uitkering van de beleggingswaarde op de einddatum – in een uitkering ter hoogte van 110% respectievelijk 90% van de betaalde premies bij het overlijden van verzekerde (de echtgenoot van de consument) tijdens de eerste respectievelijk tweede helft van de looptijd van de verzekering. Op advies van de voormalig adviseur is de beleggingsverzekering omgezet in een tweetal verzekeringen bij Nationale-Nederlanden (hierna: 'NN'). Hiertoe hebben de consument en haar echtgenoot een aanvraagformulier ingevuld waarop zij de verzekeringsconstructie *verzekering bij leven met winst* hebben aangevinkt. Dit aanvraagformulier hebben de consument en haar echtgenoot op 19 oktober 2012 ondertekend.

2.2 De verzekeringen voorzien zodoende in een verzekerd kapitaal van respectievelijk € 67.255,- en € 52.535,- indien de verzekerde (de echtgenoot van de consument) in leven is op 1 maart 2023. Daarnaast voorziet één van de verzekeringen in een uitkering van 110% van de betaalde netto-premie indien de verzekerde tijdens de eerste helft van de (looptijd van de) verzekering overlijdt. De andere verzekering voorziet niet in restitutie van de premie bij overlijden. Op de polisbladen van beide verzekeringen staat bovendien het volgende vermeld:

*“De verzekering dekt geen overlijdensrisico.”*

2.3 In 2014 is de voormalig adviseur overleden en heeft de adviseur de portefeuille overgenomen. In de betreffende koopovereenkomst is de volgende bepaling opgenomen:

***‘Artikel 9 Schulden, vorderingen claims***

*De koper neemt geen schulden of vorderingen over van de verkoper, tenzij uitdrukkelijk anders is overeengekomen. Alle kosten, crediteuren en terugboekingen, geboekt in een rekening-courant tot het overnametijdstip komen voor rekening van de verkoper en na het overnametijdstip voor rekening van de koper.*

*De koper is op geen enkele wijze aansprakelijk voor claims van derden betreffende de ondernemingsuitoefening van de verkoper voor het overnametijdstip. Eventuele claims worden door de koper doorgestuurd naar de verkoper.*

*Verkoper beschikt ten tijde van de overdracht over een beroepsaansprakelijkheidsverzekering. Een afschrift van deze verzekering dient aan koper ter hand gesteld te worden.*

*Verkoper garandeert dat deze beroepsaansprakelijkheidsverzekering een zogenaamd ‘uitlooprisico’ tot aan 5 jaar na de overdrachtsdatum kent.’*

- 2.4 In 2015 hebben de consument en haar echtgenoot zich – naar aanleiding van het aflopen van de rentevast periode van hun hypothecaire geldlening – tot de adviseur gewend voor een (hypotheek)adviesgesprek. Op advies van de adviseur hebben de consument en haar echtgenoot besloten hun huidige hypothecaire geldlening over te sluiten. Aan de eerdergenoemde verzekeringen zijn geen wijzigingen aangebracht.
- 2.5 In [maand] 2018 is de echtgenoot van de consument overleden.

#### *De klacht en vordering*

- 2.6 Ten tijde van de omzetting in 2012 gingen de consument en haar echtgenoot ervan uit dat de beleggingsverzekering bij ASR – conform hun wensen – was omgezet in een tweetal verzekeringen bij NN met dezelfde kenmerken (restitutie van de premie bij overlijden). De voormalig adviseur heeft de consument en haar echtgenoot – zonder hen hierover te informeren – echter producten met een hoog risico geadviseerd. Dit terwijl de consument en haar echtgenoot juist een product met een laag risico wensten. Ook heeft de voormalig adviseur nagelaten om de consument en haar echtgenoot te informeren over de mogelijkheid om de verzekeringen op beide namen af te sluiten. De voormalig adviseur heeft dan ook niet de zorg betracht die van een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur mocht worden verwacht. De adviseur is – als opvolgend adviseur – aansprakelijk voor dit advies.

Bovendien had de adviseur – na de portefeuille-overdracht en het hypotheekadvies in 2015 – zelf moeten constateren dat de verzekeringen niet voldeden aan de wensen van consument en haar echtgenoot en hen moeten adviseren de verzekeringen aan te passen. Door dit na te laten, heeft de adviseur zijn zorgplicht geschonden. De consument acht de adviseur dan ook aansprakelijk voor de door haar geleden schade, door de consument begroot op € 61.567,20.

#### *Het verweer*

- 2.7 De adviseur heeft verweer gevoerd tegen de stellingen van de consument. Voor zover relevant zal de commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

### **3. De beoordeling**

- 3.1 De commissie dient in dezen te oordelen of er sprake is van een zorgplichtschending aan de zijde van de adviseur.

- 3.2 Daarbij zal de commissie allereerst ingaan op de vraag of de adviseur – als opvolgend adviseur - aansprakelijk kan worden gehouden voor het advies van de voormalig adviseur (in 2012). Daarna zal de commissie stilstaan bij het door de adviseur gegeven advies in 2015.

#### *Advies 2012*

- 3.3 De consument stelt dat de voormalig adviseur consument en haar echtgenoot producten heeft geadviseerd die niet aansloten bij hun wensen en hen daarmee van een ondeugdelijk advies heeft voorzien. Nu de adviseur de volledige verzekeringsportefeuille van de voormalig adviseur heeft overgenomen, kan de adviseur aansprakelijk worden gehouden voor dit advies.
- 3.4 De commissie overweegt met betrekking tot de door consument in 3.3 ingenomen stelling dat de adviseur enkel aansprakelijk kan worden gehouden voor het doen en laten van de voormalig adviseur indien de adviseur de gehele rechtsverhouding van de voormalig adviseur heeft overgenomen. Artikel 6:159 lid I van het Burgerlijk Wetboek ('BW') bepaalt dat een *partij bij een overeenkomst haar rechtsverhouding tot de wederpartij met medewerking van deze wederpartij kan overdragen aan een derde bij een tussen haar en de derde opgemaakte akte*. In de akte moet zijn omschreven welke contracten worden overgenomen. Vgl. Geschillencommissie Kifid 2017-805.
- 3.5 De adviseur heeft de koopovereenkomst d.d. 17 april 2014 overgelegd. Uit artikel 9 van deze overeenkomst volgt dat *de koper geen schulden of vorderingen overneemt van de verkoper – tenzij anders overeengekomen – en koper op geen enkele wijze aansprakelijk is voor claims van derden betreffende de ondernemingsuitoefening van de verkoper voor het overnametijdstip*. Van overname van de gehele rechtsverhouding – en daarmee contractovername – is dan ook geen sprake. Ook is niet gebleken dat consument betrokken was bij de koopovereenkomst zodat tevens niet is voldaan aan het in het art. 6:159 lid I BW genoemde vereiste dat de wederpartij in de rechtsverhouding zijn medewerking moet verlenen aan de overdracht. De consequentie daarvan is dat de consument de adviseur niet kan aanspreken voor de (gestelde) tekortkomingen van de voormalig adviseur nu ook niet op andere gronden is gebleken dat de aansprakelijkheid van de verkoper in dezen op de koper is overgegaan.

#### *Advies 2015*

- 3.6 De consument stelt dat de adviseur tijdens het (hypotheek)adviesgesprek in 2015 had moeten constateren dat de verzekeringen niet voldeden aan de wensen van de consument en haar echtgenoot en had moeten adviseren de verzekeringen aan te passen. Zeker nu de betreffende verzekeringen zijn meegenomen in het hypotheekadvies. Door dit na te laten, heeft de adviseur zijn zorgplicht geschonden.

De adviseur geeft aan dat de consument en haar echtgenoot hem verzocht hebben te bemiddelen bij het verkrijgen van een goedkopere hypothecaire geldlening en het niet zozeer hun wens was om een hele nieuwe financieringsconstructie op te zetten. Dit was immers twee jaar eerder al gedaan. Nu met de constructie bovendien weinig mis was, was er ook niet meteen reden voor een diepgravend onderzoek.

- 3.7 De commissie stelt voorop dat de rechtsverhouding tussen de adviseur en de consument moet worden gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 van het Burgerlijk Wetboek ('BW'). Op de adviseur rust als opdrachtnemer een zorgplicht in die zin dat de adviseur tegenover zijn opdrachtgever (de consument en haar echtgenoot) de zorg moet betrachten die van een redelijk bekwaam en een redelijk handelend assurantietussenpersoon mag worden (zie overweging 3.4.I in Hoge Raad 10 januari 2003, NJ 2003, 375 en ECLI:NL:HR:2003:AF0122, te vinden op [rechtspraak.nl](https://rechtspraak.nl)). De algemene zorgplicht uit dit arrest van de Hoge Raad is ingevuld in de jurisprudentie. Als uitgangspunt geldt dat van een redelijk bekwaam en redelijk handelend assurantietussenpersoon mag worden verwacht dat hij beschikt over de nodige deskundigheid en vakkennis, dat hij de financiële belangen van zijn klanten naar beste weten en kunnen behartigt en dat hij zijn klant op zorgvuldige wijze adviseert. Neemt de adviseur niet de vereiste zorg in acht, dan is hij aansprakelijk voor de schade die de consument als gevolg daarvan lijdt.
- 3.8 De commissie overweegt dat op de adviseur een verzwaarde motiveringsplicht rust. In het onderhavige geval draait het immers om het al dan niet aanwezig zijn van gespreksnotities en dergelijke notities bevinden zich in het domein van de adviseur. Vergelijk HR 20 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0058, NJ 1988, 500, HR 15 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1083, NJ 2007, 203, CvB Kifid 2010-382, GC Kifid 2019-347 en GC Kifid 2020-683. In het onderhavige geval betekent deze verzwaarde motiveringsplicht dat de adviseur, voor zover hij de stelling betwist dat hij zijn zorgplicht heeft geschonden, ter motivering van deze betwisting voldoende feitelijke gegevens – in dit geval de gespreksnotities van het adviesgesprek – dient te verstrekken teneinde de consument aanknopingspunten te verschaffen voor eventuele bewijslevering.
- 3.9 De adviseur heeft ter zitting aangegeven dat hij niet beschikt over gespreksnotities van de (hypotheek)adviesgesprekken uit 2015. Hierdoor kan niet meer worden vastgesteld of en in welke mate (de dekkingen van) de verzekeringen tijdens de adviesgesprekken ter sprake zijn gekomen. Gelet op de in 3.8 genoemde verzwaarde motiveringsplicht van de adviseur en het gegeven dat de adviseur op grond van artikel 32a BGfo verplicht is gespreksnotities voor een periode van minstens vijf jaar na het moment van de advisering te bewaren en de adviseur – door dit na te laten – dan ook niet heeft gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur mag worden verwacht, zijn de gevolgen van het ontbreken van de gespreksnotities voor zijn rekening.

Dit leidt echter niet tot een schadevergoedingsverplichting. Reden hiervoor is dat de consument er niet in is geslaagd om aannemelijk te maken dat zij en haar echtgenoot in 2015 andere keuzes hadden gemaakt indien (de dekkingen van) de verzekeringen uitdrukkelijk ter sprake zouden zijn gekomen. Hierbij is van belang dat de consument en haar echtgenoot de betreffende verzekeringen pas twee jaar voor het bewuste adviesgesprek hebben afgesloten en zij daarbij – blijkens het aanvraagformulier – uitdrukkelijk hebben gekozen voor een verzekering *bij leven* en niet voor een verzekering *bij leven, met restitutie bij overlijden*. Deze keuze blijkt ook duidelijk uit beide polisbladen, waarin is opgenomen dat de verzekering *geen overlijdensrisico dekt*. Indien de consument en haar echtgenoot in 2015 (toch) niet tevreden waren met de verzekeringen die zij twee jaar eerder hadden afgesloten, dan wel vragen hadden over de dekking, had het voor de hand gelegen indien zij dit tijdens het adviesgesprek in 2015 kenbaar hadden gemaakt. Gesteld noch gebleken is dat dit is gebeurd. Daar komt bij dat – blijkens het opgestelde adviesrapport – het oversluiten van de hypothecaire geldlening de opdracht was en hier bij beide partijen dan ook de nadruk op lag. De commissie acht het – gelet op het bovengenoemde – dan ook niet aannemelijk dat de consument en haar echtgenoot ten aanzien van de verzekeringen andere keuzes hadden gemaakt indien de verzekeringen uitdrukkelijk tijdens het adviesgesprek ter sprake zouden zijn gekomen. Van enige schade aan de zijde van de consument is dan ook geen sprake.

- 3.10 De stelling van de consument – dat de adviseur zelf had moeten constateren dat de verzekeringen niet voldeden aan de wensen van haar en haar echtgenoot en hen had moeten adviseren de verzekeringen aan te passen – kan de commissie niet volgen. Hoewel de onder 3.7. omschreven zorgplicht meebrengt dat de adviseur niet stil mag 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, is hiervoor redelijkerwijs wel van belang dat de adviseur door zijn opdrachtgevers wordt geïnformeerd over wijzigingen die in hun persoonlijke situatie plaatsvinden en die van belang kunnen zijn voor de lopende verzekeringen. Vgl. GC Kifid 2019-103. Zoals onder 3.9 reeds opgemerkt is echter gesteld noch gebleken dat de adviseur van de consument en haar echtgenoot signalen heeft ontvangen waaruit hij redelijkerwijs had kunnen en moeten opmaken dat de verzekeringen niet (meer) voldeden aan de wensen van de consument en haar echtgenoot. Van de adviseur kan gelet hierop dan ook niet worden verlangd dat hij uit eigen beweging onderzoekt of de verzekeringen (nog) passend waren. Van enig nalaten aan de zijde van de adviseur is op dit punt dan ook geen sprake.

#### *Conclusie*

- 3.11 De conclusie is dat de adviseur – door na te laten de gespreksnotities te bewaren – niet heeft gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur mocht worden verwacht. Deze tekortkoming leidt echter niet tot een schadevergoedingsverplichting aan de zijde van de adviseur.

Reden hiervoor is dat de consument er niet in is geslaagd aannemelijk te maken dat zij en haar echtgenoot andere keuzes hadden gemaakt indien (de dekkingen van) de verzekeringen uitdrukkelijk ter sprake zouden zijn gekomen. Van enig nadeel is dan ook geen sprake. De vordering van de consument wordt afgewezen.

#### **4. De beslissing**

De commissie wijst de vordering af.

*Deze uitspraak is een bindend advies. Tegen deze uitspraak kunt u beroep instellen bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening als wordt voldaan aan de vereisten van artikel 2 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Voor het instellen van beroep geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak. Het reglement van de commissie van beroep en meer informatie over het instellen van beroep kunt u vinden op de website [www.kifid.nl/in-beroep-gaan-bij-kifid](http://www.kifid.nl/in-beroep-gaan-bij-kifid).*

*Binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen tot herstel van vergissingen in de uitspraak zoals schrijffouten, een verkeerde naam/datum of rekenfouten. De beslissing van de geschillencommissie in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Binnen een maand na de verzenddatum van de uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen om de uitspraak aan te vullen als u vindt dat de geschillencommissie niet heeft beslist over alle onderdelen van uw vordering. Dit ziet niet op de situatie waarin u meent dat de geschillencommissie in haar uitspraak niet uitdrukkelijk al uw argumenten, ter onderbouwing van uw vordering, heeft behandeld. Meer informatie hierover staat in artikel 40 van het reglement van de geschillencommissie, te vinden op de website [www.kifid.nl/reglementen-en-statuten](http://www.kifid.nl/reglementen-en-statuten).*