

Tussenuitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2023-0433A

(mr. dr. S.O.H. Bakkerus, voorzitter, drs. J.W. Janse, mr. dr. ing. A.J. Verdaas, leden en mr. E. Jacobs, secretaris)

Datum uitspraak	5 juni 2023
Klacht van	De heer [naam 1] en mevrouw [naam 2], verder te noemen de consumenten
Tegen	Berends & Slump B.V., gevestigd te Twello, verder te noemen de tussenpersoon
Aard uitspraak	Bindend advies
Uitkomst	Vordering gedeeltelijk toegewezen

Samenvatting

Beleggingsverzekering. Zorgplicht tussenpersoon. De consument heeft na advisering en bemiddeling van een andere assurantietussenpersoon dan de aangesproken tussenpersoon een beleggingsverzekering afgesloten. De consument houdt de tussenpersoon aansprakelijk voor de adviezen die voor het afsluiten van de verzekering en tijdens de looptijd van de verzekering zijn gegeven. Het is de commissie niet gebleken dat de assurantieportefeuille, waartoe de verzekering van de consument behoorde, door contractovername op de tussenpersoon is overgegaan. Hij is daarom niet aansprakelijk voor de eventuele fouten van de vorige assurantietussenpersonen. De commissie oordeelt dat de tussenpersoon in 2008 voldoende aanleiding had om contact op te nemen met de consument over de ongewijzigde voortzetting van de verzekering. De tussenpersoon heeft echter verzuimd dit te doen en hij is aansprakelijk voor de schade die de consument hierdoor heeft geleden. De commissie geeft partijen de gelegenheid om in te gaan op wat de schade van de consument is geweest door het verzuim in 2008 tot aan de wijziging in de overlijdensrisicodekking in 2013. Voor het overige wijst de commissie de vorderingen af.

I. De procedure

I.1 De commissie beslist op basis van het Reglement Ombudsman en Geschillencommissie Financiële Dienstverlening dat geldig was tot 1 oktober 2014 (hierna: het reglement) en op basis van de door partijen aan Kifid ingestuurde documenten inclusief bijlagen. Het gaat om:

- het door de Ombudsman Financiële Dienstverlening overgelegde dossier;
- het klachtformulier van de consument;
- de aanvullende stukken van de consument;
- het door de consument ingediende 'Informatieformulier beleggingsverzekering';
- het verweerschrift van de tussenpersoon;

- de repliek van de consument;
- de dupliek van de tussenpersoon;
- de e-mail van 4 februari 2021 van de gemachtigde van de consument;
- de reactie van 12 maart 2021 van de tussenpersoon;
- de reactie van 22 maart 2021 van de gemachtigde van consument op de reactie van de tussenpersoon;
- de reactie van de consument op de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad;
- de reactie van de tussenpersoon op de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad.

1.2 Nadat de consument zijn klacht bij Kifid had ingediend, heeft de Commissie van Beroep financiële dienstverlening (hierna: CvB) een aantal uitspraken gedaan in min of meer vergelijkbare zaken over beleggingsverzekeringen. Partijen zijn in de gelegenheid gesteld om te reageren op vijf uitspraken van de CvB die de commissie richtinggevend acht voor de beoordeling van klachten over beleggingsverzekeringen. Deze uitspraken zijn bekend en terug te vinden als: CvB 2017-023A, CvB 2017-035, CvB 2017-036, CvB 2017-043 en CvB 2018-019. De consument heeft een reactie op die uitspraken ingediend.

1.3 De consument is in deze zaak vertegenwoordigd door de heer M. van Rossum, professioneel vertegenwoordiger. De tussenpersoon is in deze zaak vertegenwoordigd door de heer mr. R. Bosman, V&A Advocaten.

1.4 De commissie is van oordeel dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak wordt daarom op grond van de stukken beslist.

1.5 De consument en de tussenpersoon 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 De consument had na advisering en bemiddeling van de assurantietussenpersoon Heidinga & Partners B.V. met ingang van 24 mei 1996 een beleggingsverzekering, een Royal Future Spaarverzekering (de verzekering) bij een rechtsvoorganger van Allianz Nederland Levensverzekering N.V. (de verzekeraar). Bij de verzekering was sprake van een overlijdensrisicodekking en van kapitaalopbouw op basis van beleggen met het beleggingsrisico geheel voor rekening van de consument. De verzekering was gekoppeld aan de hypotheek van de consument.

- 2.2 Heidinga en Partners heeft de assurantieportefeuille waarvan de verzekering deel uitmaakte, in 2000 overgedragen aan assurantietussenpersoon Barelds en Pasmaan B.V. Die assurantietussenpersoon heeft de verkregen assurantieportefeuille verpand aan ASAM. Barelds en Pasmaan B.V. is in 2001 failliet gegaan. Op enig moment heeft de tussenpersoon de assurantieportefeuille verkregen, waarschijnlijk omdat ASAM haar pandrecht heeft uitgeoefend.
- 2.3 Per 1 februari 2007 is het pandrecht op de verzekering van de consument komen te vervallen doordat de verzekering is losgekoppeld van de hypotheek. Dit betreft het pandrecht dat betrekking heeft op de verzekering in het kader van de financiering van de woning van de consument en is een ander pandrecht dan het pandrecht van ASAM op de assurantieportefeuille.
- 2.4 De verzekering is beëindigd per 11 december 2018.
- 2.5 In de precontractuele fase, dan wel bij of rond de totstandkoming van de verzekering is de volgende productdocumentatie aan de consument verstrekt:
- een offerte d.d. 15 maart 1996;
 - een polisblad d.d. 24 mei 1996;
 - de algemene voorwaarden Royal Future Model 9403.
- 2.6 Op 5 maart 2008 heeft de consument aan de tussenpersoon een brief gestuurd waarin het volgende staat:
- “(...) In verband met de zgn. “woekerpolisaffaire”, waarover de Ombudsman Financiële Dienstverlening een dezer dagen uitspraak heeft gedaan, verzoeken wij u beleefd de bijgevoegde inventarisatieformulieren aan ons ingevuld te retourneren. Wat betreft de beleggingsverzekering bij Allianz, betreft het oorspronkelijk een product van Royal Nederland, dat ons indertijd door uw vroeger collega-kantoor Heidinga & Partners is verkocht, maar waarover u nu het dossier voert. (...)”*
- 2.7 Per brief van 26 juni 2013 heeft de verzekeraar de consument als volgt geïnformeerd:
- “(...) Naar aanleiding van uw brief van 17 juni, berichten wij u het volgende.*
- De premiestelling waar u in uw brief aan refereert geldt voor “nieuwe” verzekeringen waarvoor gezondheidswaarborgen worden gevraagd. Hierbij delen wij u mee dat wij dit tarief kunnen aanbieden zonder dat u daarvoor nadere gezondheidswaarborgen hoeft te leveren. De risicodekking kan daarmee worden “ontsleuteld” uit uw beleggingsverzekering.*
- (...)*
- Gaarne vernemen wij van u of het door u verzochte nu geconcretiseerd dient te worden.*

Uw switchverzoek is, zoals eerder aangegeven door ons in goede orde ontvangen en zal gelijk met de eventuele andere wijzigingen worden verwerkt. (...)

- 2.8 Per brief van 2 augustus 2013 heeft de verzekeraar de consument als volgt geïnformeerd:

“(...) Graag willen we ingaan op uw brief van 28 juli, waarin u aangeeft de overlijdensdekking van bovengenoemde verzekering apart te willen laten registreren.

Om mogelijke inteereffecten te voorkomen hebben wij u een risicodekking aangeboden die door ons apart geregistreerd zal gaan worden. Tegelijkertijd zullen wij deze dekking uit uw beleggingsverzekering verwijderen. Om u motiverende redenen verzoekt u ons deze “ontsluiting” per begin september te effectueren. Ook pas dan dienen wij uw verzoek tot fondswisseling op te pakken. Vanzelfsprekend willen wij hier gehoor aan geven. Zonder tegenbericht uwerzijds zullen wij deze wijzigingen dan ook begin september voor u gaan verwerken. (...)

- 2.9 Op 26 november 2013 heeft de verzekeraar aan de consument een wijzigingsvoorstel gestuurd. In de begeleidende brief bij dit wijzigingsvoorstel staat onder andere:

“(...) Hiermee bevestigen wij de ontvangst van het verzoek tot (gedeeltelijke) afkoop c.q. opgave van de afkoopwaarde van uw levensverzekering onder het bovengenoemde polisnummer. (...) Voordat wij het verzoek uitvoeren, zien wij het als onze plicht om u te wijzen op de mogelijke nadelige gevolgen.

DE ROL VAN DE ASSURANTIETUSSENPERSOON

Het wijzigen of (gedeeltelijk) afkopen van een levensverzekering kan financiële, juridische en/of fiscale gevolgen hebben. Allianz Nederland is een intermediairmaatschappij en adviseert zelf niet. De bemiddeling en advisering met betrekking tot onze verzekeringsproducten is voorbehouden aan professionele assurantiëtussenpersonen. Wij hebben uw tussenpersoon daarom van uw voornemen op de hoogte gebracht met het verzoek om een en ander met u af te stemmen en u hieromtrent te adviseren (...).

In het wijzigingsvoorstel staat onder andere:

<i>“(...) Wijzigingsreden Tussenpersoon (...) Einddatum (...) Verzekerd bedrag bij leven Uitkering bij overlijden</i>	<i>Gedeeltelijke afkoop Berends & Slump 24-05-2019 De waarde van de toegewezen participaties. 90% van de op het moment van overlijden aanwezige poliswaarde, uit te keren na overlijden van verzekerde I.</i>
---	---

<i>Uitkering bij overlijden</i>	<i>90% van de op het moment van overlijden aanwezige poliswaarde, uit te keren na overlijden van verzekerde 2.</i>
<i>(...) Minimum uitkering bij overlijden</i>	<i>Indien de waarde van de verzekerde uitkering(en) bij overlijden minder is dan 90% van de gezamenlijke participatiewaarde, dan wordt de waarde van de verzekerde uitkering(en) zodanig verhoogd dat deze waarde wordt bereikt.</i>

Van de opgebouwde waarde zal, gerekend met de koers van 25-11-2013, EUR 2.000,00 worden uitgekeerd. Hierbij is geen rekening gehouden met de verrekening van eventuele kosten. (...)

<i>(...) Premie (Euro)</i>	<i>[naam 1]</i>		
	<i>Van</i>	<i>tot</i>	<i>per</i>
	<i>25-11-2013</i>	<i>24-05-2019</i>	<i>51,72 maand</i>

<i>[naam 2]</i>		
<i>Van</i>	<i>tot</i>	<i>per</i>
<i>25-11-2013</i>	<i>24-05-2019</i>	<i>122,08 maand</i>

<i>Investing</i>	<i>Premie van</i>	<i>tot</i>	<i>bedrag per</i>
	<i>25-11-2013</i>	<i>24-05-2019</i>	<i>173,80 maand</i>

(...)

Kosten *Maandelijks wordt EUR 5,67 aan administratievergoeding in rekening gebracht.*

Voorbeeldrendementen *De gebruikelijke voorbeeldrendementen zijn*

3,00% 4,00%

Voorbeeldkapitaal per 25-05-2019 35.120,00 36.745,00 (...)

2.10 Op 26 november 2013 heeft de verzekeraar voorgenoemd wijzigingsvoorstel ook aan de tussenpersoon gestuurd. In de begeleidende brief bij dit wijzigingsvoorstel staat onder andere:

“(...) Wij verzoeken u, uw cliënt over dit wijzigingsvoorstel te adviseren. (...)”

- 2.11 De tussenpersoon heeft de consument vervolgens op 3 december 2013 een brief gestuurd, waarin onder andere het volgende staat:

“(...) Hierbij bevestigen wij de ontvangst van een brief van Allianz Nederland Levensverzekering N.V. met betrekking tot uw verzoek tot gedeeltelijke afkoop van bovengenoemde verzekering.

Wij benadrukken dat u zelf dit verzoek bij de maatschappij hebt ingediend en dat wij u niet daarover hebben geadviseerd. Daarom delen wij u mede daarom ook niet verantwoordelijk te zijn voor eventuele financiële, juridische en/of fiscale gevolgen hiervan.

Indien u nog vragen heeft, kunt u uiteraard contact met ons opnemen. (...)”

- 2.12 Op 24 maart 2014 heeft de consument een klacht ingediend bij de tussenpersoon en gevraagd om een minnelijke oplossing. De tussenpersoon heeft de klacht afgewezen. Daarop heeft de consument op 26 mei 2014 een klacht ingediend bij Kifid.

- 2.13 Op 27 augustus 2014 heeft er een telefoongesprek tussen de consument en de tussenpersoon plaatsgevonden. In het gespreksverslag dat de tussenpersoon van het telefoongesprek heeft gemaakt staat:

“(...) In de brief van Kifid werden verzocht contact op te nemen met de heer [naam 1]. Ik heb hem 27 augustus gebeld om hem uit te nodigen voor een gesprek. Hij reageerde hierop dat hij geen gesprek wilde, maar alleen een compensatie. Volgens hem loopt er een claim rechtstreeks tegen Allianz en is op verzoek van zijn adviseur later ook een claim tegen het advieskantoor ingediend. Hij gaf aan dat dit niet Berends & Slump is, maar Heidinga & Partners. Omdat dat kantoor niet meer bestaat en de polis nu in het agentschap van Berends & Slump loopt, is hij geadviseerd om dat kantoor aansprakelijk te stellen.

Ik heb de heer [naam 1] gewezen op onze correspondentie (vanaf 2008) naar hem, waarin wij hem verzochten contact op te nemen om een afspraak te maken. Daar heeft hij niet of zelfs afwijzend op gereageerd. Nu ik de heer [naam 1] daarop attendeer geeft hij aan dat hij daar geen heil in zag. Hij geeft nu ook aan dat hij ons niets verwijt.

Tenslotte heb ik de heer [naam 1] aangegeven dat wij Kifid zullen antwoorden en verwijzen naar dit telefoongesprek. (...)”

- 2.14 In de brief van de consument van 9 september 2014 aan de Ombudsman Financiële Dienstverlening van Kifid staat over dit telefoongesprek het volgende:

“(...) Echter woensdag 27 augustus werden wij geheel onverwachts, door de heer [naam 3], namens Berends & Slump, gebeld. Het daarop volgende telefoongesprek werd door ondergetekende, [naam 1], verder Belanghebbende te noemen, met Aangeslotene gevoerd en is als volgt samen te vatten.

Aangeslotene gaf aan,

- dat Aangeslotene de polis niet had verkocht en pas later bij dit dossier is betrokken geraakt;
- dat in verband met onze claim tegen Aangeslotene, deze ons uitnodigde voor een gesprek, om nog eens uit te leggen waarom Aangeslotene van mening was niet de zorgplicht te hebben geschonden;
- dat Aangeslotene ons in het verleden immers diverse keren had uitgenodigd voor een gesprek om de verzekeringsportefeuille door te lichten en zo nodig aan te passen;
- dat de brief van de Ombudsman Aangeslotene pas veertien dagen geleden zou hebben bereikt, maar wegens vakanties was blijven liggen.

Belanghebbende heeft daarop geantwoord,

- dat Aangeslotene zijns inziens juridisch wel degelijk verantwoordelijk is voor de geleden schade, omdat eerstgenoemde de portefeuille heeft overgenomen met alle daaraan verbonden rechten en plichten;
- dat een gesprek met Aangeslotene alleen zin zou hebben als het schrijven d.d. als uitgangspunt wordt genomen, waarin de claim is geformuleerd en toegelicht, en waarbij er een reëel uitzicht op het honoreren van deze claim moet zijn;
- dat Belanghebbenden geen enkel gesprek zouden aangaan zonder aanwezigheid van hun claimexperts;
- dat Belanghebbenden het aan de Geschillencommissie overlaten, in welke verhouding respectievelijk de Verzekeraar en de Intermediair aansprakelijk zijn;
- dat hij vaststelde, dat het telefoongesprek voor beide partijen in feite neerkwam op het herhalen van eerder ingenomen standpunten en een gesprek daar verder niets meer aan zou kunnen bijdragen;
- dat bemiddeling geen optie is en het dossier naar de GC kan worden gezonden om gevoegd te worden bij het andere dossier

Aangeslotene gaf daarop aan,

- verrast te zijn over het feit, dat het onderhavige Allianz Future dossier ([nummer]) al bijna een jaar bij de Geschillencommissie ligt, zonder dat Aangeslotene door de Verzekeraar daarvan op de hoogte was gesteld.
- de Ombudsman per omgaande schriftelijk te antwoorden. Einde telefoongesprek. (...)"

- 2.15 De consument heeft zich vervolgens tot de Geschillencommissie gewend met een klacht tegen zowel de tussenpersoon als de verzekeraar. De klachtprocedure tegen de verzekeraar is inmiddels geëindigd.

De klacht en vordering

- 2.16 De consument vordert € 81.774,-. Daar is eveneens een vergoeding voor de juridische bijstand van € 5.000,- bij inbegrepen.

Volgens de consument moet de tussenpersoon de schade vergoeden omdat hij is tekortgeschoten in zijn zorgplicht. Hij voert daartoe aan dat de tussenpersoon onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld. De omvang van deze schade moet volgens de consument worden vastgesteld in een schadestaat-procedure.

Als deze vordering niet wordt toegewezen, moet de tussenpersoon volgens de consument de schade vergoeden die hij heeft geleden, omdat de tussenpersoon heeft verzuimd tijdig actie te ondernemen en een alternatief product aan te bieden, te weten een beleggingsverzekering met 90 % restitutedekking en een offensieve beleggingskeuze met meer uitzicht op het rationeel gewenste doelrendement.

Volgens de consument zou in het uiterste geval, ter bepaling van de omvang van de schadeloosstelling, de door de consument getroffen schadebeperkende maatregel met terugwerkende kracht in kunnen gaan. Deze moet dan ingaan op de ingangsdatum van de overeenkomst of op elke datum dat voor de tussenpersoon kenbaar was of had dienen te zijn dat de overeenkomst niet langer passend was voor de doelstellingen van de consument.

- 2.17 Volgens de consument is de tussenpersoon om de volgende redenen verplicht om zijn schade te vergoeden.
- De tussenpersoon heeft de adviesrelatie van de consument met Barelds & Pasman in 2001 voortgezet en daarmee ook de adviesrelatie met Heidinga & Partners die Barelds & Pasman in 2000 had overgenomen. De consument heeft de overname van de relatie aanvaard. Dit was niet in 2001, omdat toen geen sprake was van stilzwijgende toestemming van de consument, maar wel in 2007. Dit blijkt ook uit de gewijzigde overeenkomst van 1 februari 2007. Daaruit mocht de consument afleiden dat de tussenpersoon de portefeuille had overgenomen, dus met alle rechten en plichten. Ook als niet is voldaan aan alle vereisten van artikel 6:159 van het Burgerlijk Wetboek (BW) is de tussenpersoon aansprakelijk voor de (advies)fouten van de voorgaande assurantietussenpersonen. Alle mutaties zijn de consument gepresenteerd als continuïteit en niet als portefeuilleoverdracht. De consument heeft deze situatie geaccepteerd. Hiermee is de tussenpersoon niet alleen aansprakelijk voor de handelingen tijdens de looptijd van de verzekering, maar ook voor de handelingen van Heidinga & Partners rondom het afsluiten van de verzekering.

- Er is sprake van een onrechtmatige daad dan wel een oneerlijke handelspraktijk omdat de consument nooit is geïnformeerd over de overname van de portefeuille. Er kan geen twijfel over bestaan dat het niet informeren van de consument over transacties met betrekking tot zijn portefeuille in strijd is met de vereisten van professionele zorg. Hierdoor is het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen beperkt.
- De tussenpersoon is aansprakelijk tegenover de consument omdat Heidinga & Partners bij het afsluiten van de verzekering is tekort geschoten in de advisering en de daarbij op haar rustende zorgplicht om de consument van juiste en volledige informatie te voorzien, na te gaan of het product voor de consument passend zou zijn om het door hem gewenste doel te behalen, alsmede te waarschuwen voor aan het product verbonden risico's.
- De tussenpersoon heeft tijdens de looptijd van de verzekering niet aan zijn zorgplicht voldaan. Hij heeft nagelaten contact op te nemen om te bezien of de verzekering nog passend was. De tussenpersoon heeft ook nagelaten om de consument te wijzen op de negatieve effecten van de hefboomwerking in de verzekering en te adviseren over een remedie daartegen. De voorgaande assurantietussenpersonen hebben dit eveneens niet gedaan en ook daarvoor is de tussenpersoon aansprakelijk.
- De tussenpersoon kan niet als betwisting van de overeenkomst tussen hem en de consument aanvoeren dat de consument zelf de overlijdensrisicodekking uit de verzekering heeft verwijderd. Het is er een bewijs van dat de tussenpersoon na de brief van de consument van 5 maart 2008 de consument meer dan 5 jaar in de steek heeft gelaten. Het had immers in de rede gelegen dergelijke schadebeperking aan de consument al in 2008 voor te houden als remedie tegen de negatieve effecten van de hefboomwerking door de overlijdensrisicodekking, die de consument op dat moment nog niet onderkende, maar de tussenpersoon geacht werd wel bekend te zijn.
- De tussenpersoon laat na bewijs aan te leveren voor zijn standpunt dat de portefeuille is overgenomen van de pandhouder. Deze bewijslast rust op de tussenpersoon, zo blijkt uit de uitspraken van de Geschillencommissie Kifid, te weten de nummers 2017-199, 2017- 805, 2020-978, 2019-674 en 2021-0070. Het is uiterst onaannemelijk dat een agentuurovereenkomst met AMEV ook het agentschap voor Royal Nederland verzekeringsproducten zou omvatten. De uitspraak van de Hoge Raad op 6 december 2019 (ECLI:NL:HR:2019:1909) is wel degelijk van toepassing, anders dan de tussenpersoon beweert. De portefeuille waartoe de verzekering van de consument behoorde kan niet, ook niet tijdelijk, in het bezit zijn gekomen van ASAM door uitoefening van het pandrecht. Het is veel aannemelijker dat de portefeuille van de consument al (deels) tot de eigenaren van de tussenpersoon behoorde (de commissie leest: toen zij nog werkzaam waren bij de failliete voorgaande assurantietussenpersoon) die deze zo hebben verkocht aan de tussenpersoon. Het vermoeden van paulianeus handelen is dan ook niet ver weg.

Het verweer

2.18 De tussenpersoon heeft de volgende verweren gevoerd.

- Van contractoverneming is geen sprake. De tussenpersoon weet niet hoe de vorige assurantietussenpersoon de portefeuille had overgenomen, maar uit de gedragingen van de consument is af te leiden dat hij daarmee niet akkoord was. Dit is wel vereist volgens artikel 6:159 BW. Daar komt bij dat de tussenpersoon uitsluitend de provisie- en beheerrechten heeft overgenomen van pandhouder ASAM, die zijn pandrecht heeft uitgeoefend op het moment dat de vorige assurantietussenpersoon failliet ging. Meer dan de provisie- en beheerrechten kon de pandhouder ook niet overdragen. Het faillissement heeft er zodoende voor gezorgd dat de aansprakelijkheid voor eventuele fouten van eerdere assurantietussenpersonen niet op de tussenpersoon is overgegaan. De tussenpersoon is dus niet aansprakelijk voor fouten van de vorige assurantietussenpersonen.
- Enkel op instructie van zijn gemachtigde veinst de consument in deze kwestie dat de tussenpersoon als zijn adviseur moet worden aangemerkt. De consument heeft nooit ingestemd met een contractovername door de tussenpersoon. De consument is nooit ingegaan op de initiatieven van de tussenpersoon tot contact voor een gesprek. In de loop van de jaren heeft de consument van de tussenpersoon diverse checklists ontvangen waarop kon worden aangegeven of er veranderingen zijn in de persoonlijke situatie, er vragen zijn over lopende producten en/of de consument een afspraak wenste te maken om zaken te bespreken. De checklists kwamen altijd retour met het antwoord dat dit niet het geval was.
- De consument heeft juist buiten de tussenpersoon om, rechtstreeks of via andere adviseurs, wijzigingen in zijn verzekering laten doorvoeren. De consument wenste geen contact met of bemoeienis van de tussenpersoon en hij zag de tussenpersoon duidelijk niet als zijn tussenpersoon.
- De klachten van de consument zien op het kostenaspect, het hefboom- en inteereffect en het beleggingskarakter van de verzekering. De consument is in het voorstel van 15 maart 1996 en het polisblad van 24 mei 1996 in heldere taal gewezen op de concrete en/of absolute kosten en risicopremies. De kosten zijn begrijpelijk geformuleerd en aan de consument bekend gemaakt op een zodanig tijdstip dat hij zich nog aan de overeenkomst kon onttrekken. De kosten waren kennelijk acceptabel voor de consument. De consument heeft de polis gehouden en daarmee de kosten aanvaard.
- Voor zover mocht blijken van kosten waarover de consument bij de totstandkoming niet door de verzekeraar is geïnformeerd en derhalve ten aanzien van deze kosten geen wilsovereenstemming is bereikt, dient de verzekeraar deze kosten te compenseren.

- De zorgplicht van de tussenpersoon dient te worden beoordeeld naar de ten tijde van het sluiten (1996) geldende maatstaven. Met het hefboom- en inteereffect behoefde te tussenpersoon destijds niet bekend te zijn. Zie hiervoor onder andere uitspraak GC 2012-175. Als al zou kunnen worden aangenomen dat de tussenpersoon de consument over dit effect had moeten informeren, zou dit de consument in 1996 niet tot een andere keuze hebben gebracht. Of aan het hefboomeffect een positief of negatief effect op de ontwikkeling van het kapitaal in de polis wordt toegedacht, hangt af van de vraag of rendementen in de polis mee- of tegenvallen. De keuze van de consument voor een beleggingsverzekering doet vermoeden dat de consument eerder van een meevallend dan van een tegenvallend rendement is uitgegaan, in welk geval het hefboomeffect eerder een voordeel dan een nadeel is. Bovendien is de consument reeds door de verzekeraar gecompenseerd voor het hefboom- en inteereffect. Derhalve is van schade geen sprake meer.
- Uit de offerte en het polisblad volgt dat sprake is van een verzekering op basis van beleggen. Het was ten tijde van het tot stand komen van de verzekering van algemene bekendheid dat aan beleggen het risico van de koersdaling kleeft. Op grond van de offerte, polisbladen en voorbeeldberekeningen was het onmiskenbaar voor de consument duidelijk dat het daadwerkelijk te ontvangen kapitaal afhankelijk was van de daadwerkelijke rendementen en dat dit derhalve onzeker was.
- De consument was gehouden om kennis te nemen van de door hem ontvangen stukken en zichzelf redelijke inspanningen te getroosten teneinde de betekenis van het in de overeenkomst bepaalde, met inbegrip van de daartoe eventuele behorende voorwaarden, te doorgronden en de voor hem uit de overeenkomst volgende verplichtingen en risico's te begrijpen.
- De consument laat na concreet te onderbouwen welke informatie omtrent zijn beleggingsdoelstellingen, financiële positie en kennis en ervaring de tussenpersoon had moeten inwinnen. Uit de van de verzekeraar ontvangen stukken blijkt dat de consument de verzekering bewust voortzet. Daarmee staat vast dat de verzekering vanaf 1996 al de juiste is geweest. De consument laat tevens na om een causaal verband aan te tonen tussen de advisering en de mogelijk geleden schade. Zo zegt de consument dat hij, indien hij vooraf juist was geïnformeerd, voor een offensiever profiel zou hebben gekozen. De consument heeft echter niet aangetoond dat hij daarmee op dit moment in een financieel voordeligere positie zou zijn gekomen. Daar komt bij dat met offensiever beleggen ook meer risico's gemoeid zijn. De consument had dus ook dan geconfronteerd kunnen worden met een tegenvallend rendement.

3. De beoordeling

Waar gaat het om?

- 3.1 De commissie moet de vraag beantwoorden of de tussenpersoon tegenover de consument aansprakelijk is voor (eventuele) adviesfouten van zijn voorgangers en of de tussenpersoon zelf zijn nazorgplicht jegens de consument heeft geschonden. De commissie oordeelt dat de tussenpersoon niet aansprakelijk is voor (eventuele) adviesfouten van zijn voorgangers. De commissie oordeelt dat de tussenpersoon wel zijn nazorgplicht jegens de consument heeft geschonden.

Aan welke regels moet de commissie toetsen?

- 3.2 Bij de beoordeling moet vooropgesteld worden dat een tussenpersoon op grond van artikel 7:401 BW tegenover zijn opdrachtgever verplicht is om bij zijn werkzaamheden de zorg te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgeenoot verwacht mag worden.¹ Als uitgangspunt geldt dat van de assurantietussenpersoon mag worden verwacht dat hij beschikt over de nodige deskundigheid en vakkennis, dat hij de financiële belangen van zijn cliënten naar bewust weten en kunnen behartigt en dat hij zorgvuldigheid betracht in de advisering.² Deze algemene zorgplicht is ingevuld in de jurisprudentie. In dat kader is onder meer bepaald dat de assurantietussenpersoon moet waken voor de belangen van de verzekeringnemers bij de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen. Daarbij hoort ook dat de assurantietussenpersoon 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 assurantietussenpersoon bekend zijn of hem redelijkerwijs bekend behoorden te zijn.³ De zorgplicht van de assurantietussenpersoon geldt niet alleen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst maar vergt een voortdurende bemoeienis door de assurantietussenpersoon met de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen. Een assurantietussenpersoon mag dus in beginsel niet stil blijven zitten wanneer hij tijdens de looptijd van de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen kennisneemt van feiten of omstandigheden die meebrengen dat de door hem beheerde verzekeringen mogelijk aanpassing behoeven. De assurantietussenpersoon is evenwel niet gehouden de consument uit eigener beweging te informeren over algemene marktontwikkelingen.⁴

¹ Zie overweging 3.4.1. van het arrest van de Hoge Raad van 10 januari 2003, NJ 2003, 375.

² Zie GC Kifid 2017-631 en GC Kifid 2018-709.

³ Zie Hoge Raad 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0122, NJ 2003, 375, rov. 3.4.1.

⁴ Zie CvB 2020-020.

Is de tussenpersoon aansprakelijk voor eventuele gemaakte adviesfouten door Heidinga en Partners?

- 3.3 De consument stelt dat de tussenpersoon zijn schade moet vergoeden, omdat Heidinga & Partners voor het afsluiten van de verzekering informatieverplichtingen heeft geschonden, omdat geen wilsovereenstemming bestond over de door de verzekeraar in rekening gebrachte kosten en omdat de consument bij het aangaan van de verzekering niet op de hoogte is gebracht van de risico's van het product, waaronder de hefboomwerking. Ook zou een deugdelijk advies bij het aangaan van de verzekering hebben ontbroken. De tussenpersoon betwist de aansprakelijkheid, omdat hij de dienstverleningsovereenkomst met de consument niet heeft overgenomen.
- 3.4 Vaststaat dat de assurantieportefeuille waartoe de verzekering van de consument behoorde op enig moment in 2000 van Heidinga & Partners is overgegaan op Barelds & Pasman. De commissie heeft geen informatie over de overeenkomst tussen Heidinga & Partners en Barelds & Pasman. De commissie kan dus niet beoordelen op welke manier de assurantieportefeuille op Barelds & Pasman is overgegaan, maar gesteld dat de aansprakelijkheid voor eventuele adviesfouten door Heidinga & Partners is overgegaan op Barelds & Pasman heeft het volgende te gelden voor de overgang van de assurantieportefeuille naar de tussenpersoon.
- 3.5 De tussenpersoon stelt dat hij de assurantieportefeuille, waarvan de verzekering van de consument deel uitmaakte, in 2001 van de pandhouder ASAM heeft overgenomen. De consument heeft die stelling onvoldoende gemotiveerd betwist, waardoor dit vaststaat. Een assurantieportefeuille kan niet worden verpand, vatbaar voor verpanding zijn slechts de rechten daaruit.⁵ De uitoefening van een pandrecht op dergelijke rechten leidt niet tot een contractoverneming. De executerende pandhouder draagt alleen de verpande rechten van de pandgever over aan de koper. Welke rechten ASAM aan de tussenpersoon heeft overgedragen kan in het midden blijven. Van belang is vast te stellen dat in elk geval niet de contractuele relatie tussen Barelds & Pasman (de pandgever) en de consument op de tussenpersoon is overgegaan.
- 3.6 Dit betekent dat tussen de consument en de tussenpersoon een nieuwe contractuele relatie is ontstaan. De tussenpersoon lijkt nog te stellen dat er in het geheel geen contractuele relatie is ontstaan tussen de consument en de tussenpersoon, omdat zij geen overeenkomst hebben gesloten. De commissie gaat hierin niet mee. Uit de gedragingen van beide partijen blijkt dat zij beiden ervan uit gingen dat er een contractuele relatie bestond tussen de partijen.
- 3.7 De conclusie uit het voorgaande is dat de tussenpersoon niet aansprakelijk is voor eventuele adviesfouten van voorgaande tussenpersonen.

⁵ Zie HR 6 december 2012, ECLI:NL:2019:1909, NJ 2020, 357.

Gezien het voorgaande betreft dit niet alleen de eventuele adviesfouten voorafgaand aan het afsluiten van de verzekering, maar ook in de periode daarna tot aan het moment dat de tussenpersoon de assurantieportefeuille heeft overgenomen. De tussenpersoon kan wel aansprakelijk gesteld worden voor adviesfouten ontstaan na de overname van de assurantieportefeuille in 2001.

Heeft de tussenpersoon zijn zorgplicht tijdens de looptijd van de verzekering geschonden?

- 3.8 Volgens de consument heeft de tussenpersoon tijdens de looptijd van de verzekering zijn nazorgplicht geschonden omdat hij, zo begrijpt de commissie, in 2008 heeft verzuimd contact op te nemen met de consument en hem te adviseren over de 'ontsleuteling van de overlijdensrisicodekking' als remedie tegen de negatieve effecten van de hefboomwerking. De tussenpersoon bestrijdt dat hij in zijn zorgplicht tekort is geschoten.
- 3.9 Op 5 maart 2008 heeft de consument de tussenpersoon een brief gestuurd. Uit die brief blijkt duidelijk dat de consument zich zorgen maakt over de verzekering die hij had afgesloten. Dit was naar het oordeel van de commissie voldoende aanleiding voor de tussenpersoon om de verzekering door te nemen en contact op te nemen met de consument. Het is immers niet zo dat de tussenpersoon slechts een doorgeefluik is tussen de consument en de verzekeraar. Van hem mag een actieve houding verwacht worden als de consument uit eigen beweging contact opneemt.
- 3.10 Uit de klacht van de consument blijkt dat de verpanding van de verzekering is komen te vervallen per 1 februari 2007. Hierdoor komt de vraag op wat de consument dan nog wilde bereiken met de verzekering. Nauw met deze vraag verbonden is de vraag welke relevantie de overlijdensrisicodekking nog had. Had de tussenpersoon op het moment dat de consument op 5 maart 2008 de brief stuurde daadwerkelijk de verzekering doorgenomen en contact opgenomen met de consument dan zou hem deze wijziging in de verpanding zijn opgevallen en had hij de consument kunnen adviseren. Door dit niet te doen en zelfs niet te reageren op de brief van de consument, heeft de tussenpersoon zijn zorgplicht tegenover de consument geschonden.

Is er sprake van een oneerlijke handelspraktijk?

- 3.11 De commissie gaat niet na of bij het afsluiten van de verzekering sprake is van oneerlijke handelspraktijken, omdat de Wet oneerlijke handelspraktijken in 2008 in werking is getreden, terwijl de consument de verzekering in 1996 heeft afgesloten.

Conclusie

- 3.12 De tussenpersoon is niet aansprakelijk voor eventuele fouten van de vorige assurantie-tussenpersonen. De commissie constateert dat de tussenpersoon tijdens de looptijd van de verzekering zijn zorgplicht tegenover de consument wel heeft geschonden. De klacht is daarom ten dele gegrond.
- 3.13 De commissie heeft onvoldoende informatie om vast te kunnen stellen of de consument door de zorgplichtschending tijdens de looptijd van de verzekering schade heeft geleden en wat de hoogte van deze schade is. De procedure wordt daarom voortgezet. De consument krijgt de gelegenheid om zich - uitsluitend – uit te laten over de vraag of en zo ja welke schade de consument heeft geleden door de zorgplichtschending zoals genoemd onder randnummer 3.9. De consument krijgt hiervoor een termijn van twee weken vanaf de dag waarop deze beslissing is genomen. Op verzoek kan de consument twee weken uitstel worden gegeven. De reactie kan uitsluitend ingediend worden op de door Kifid aan de vertegenwoordiger van de consument gecommuniceerde wijze. De tussenpersoon kan daarna reageren op de uitlatingen van de consument en hij krijgt hiervoor dezelfde termijn als de consument.

4. De beslissing

De commissie:

- stelt partijen in de gelegenheid te reageren op de wijze zoals onder randnummer 3.13 is vermeld;
- houdt iedere verdere beslissing aan.

Aard uitspraak en beroepsmogelijkheden

In regel 7 van het Reglement Commissie van Beroep Kifid – vanaf 1 april 2022 is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van 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 <https://www.kifid.nl/consumenten/klacht-voor-1-oktober-2014-bij-kifid-ingediend>

Contactgegevens Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Telefoonnummer: 070 - 333 8 999

Website: www.kifid.nl