



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

**Niet-bindende uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening
nr. 2012-62 d.d. 28 februari 2012**

(mr. C.E. du Perron, voorzitter, mr. R.J. Verschoof en mr. A.W.H. Vink, leden, en
mr. E.E. Ribbers, secretaris)

Samenvatting

Beleggingsverzekering. Consument verwijt tussenpersoon schending van zijn zorgplicht door het geven van een niet passend advies en onjuiste en misleidende informatieverstrekking. Commissie: gaat uit van doelstelling van Consument bij sluiten verzekering en toetst advies tussenpersoon daaraan. De Commissie concludeert dat het advies niet bij de doelstelling past. Schadevergoedingsplicht tussenpersoon verminderd omdat Consument geen kennis heeft genomen van de offerte.

I. Procedure

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

- het door de Ombudsman Financiële Dienstverlening overgelegde dossier;
- het ingevulde en door Consument op 28 oktober 2010 ondertekende vragenformulier met bijlagen;
- de brief van Consument van 10 november 2010 met bijlagen;
- het antwoord van Aangeslotene van 10 mei 2011 met bijlagen;
- de repliek van Consument van 27 mei 2011 met bijlage;
- de dupliek van Aangeslotene van 8 juli 2011;
- de brief van Consument gedateerd 30 november 2011 met bijlagen;
- het e-mailbericht namens Aangeslotene van 1 december 2011 met bijlage.

De Commissie heeft vastgesteld dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft geleid.

Hiernaast heeft de Commissie vastgesteld dat de aansluiting van Aangeslotene bij het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening per 30 juni 2010 is beëindigd en dat Aangeslotene op grond van artikel 47 van het Reglement van de Commissie in de onderhavige procedure is betrokken.

Voorts heeft de Commissie vastgesteld dat Aangeslotene heeft verklaard het advies niet als bindend te aanvaarden. Op grond van artikel 33 lid 2 van haar Reglement betekent dit dat de Commissie een niet-bindende uitspraak zal doen.

De Commissie heeft partijen opgeroepen voor een mondelinge behandeling te Den Haag op 14 november 2011.



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

De Commissie heeft na de mondelinge behandeling haar beslissing aangehouden en Aangeslotene verzocht nadere informatie te verschaffen inzake de overdracht van de verzekeringsportefeuille waarvan de verzekering van Consument deel uitmaakt en de bij de overdracht gemaakte afspraken over de aansprakelijkheid voor gegeven adviezen. Aangeslotene heeft hierop bij emailbericht van 1 december 2011 gereageerd. Aan Consument heeft de Commissie verzocht stukken te overleggen waaruit de waarde blijkt van de verzekering ten tijde van de omzetting in 2009 in een garantieproduct. Consument heeft hierop bij brief van 30 november 2011 gereageerd.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 2.1 In 2005 heeft Consument een zogenoemde gouden handdruk (€75.000,-) ontvangen bij de beëindiging van zijn dienstverband bij zijn toenmalige werkgever.
- 2.2 Consument heeft door de advisering en bemiddeling van Aangeslotene het bedrag van de gouden handdruk gebruikt als koopsom voor een beleggingsverzekering met stamrechtclausule (hierna: de "Verzekering"). De ingangsdatum van de Verzekering was 2 juni 2005, Consument was toen 54 jaar oud. De einddatum was 2 januari 2016. De koopsom is in het Xt (hierna: het "X") gestort. De door de verzekeraar afgegeven polis gedateerd 9 juni 2005 vermeldt omtrent de uitkering bij in leven zijn het volgende:
"Verzekerd kapitaal bij in leven zijn van de verzekerde op 02-01-2016, de waarde van het X."
- 2.3 De naam van het X is later gewijzigd in Y en daarna in Z.
- 2.4 Consument heeft de door Aangeslotene gehanteerde "Inventarislijst bij beëindiging dienstverband" ingevuld. In deze lijst verstrekt Consument informatie over zijn financiële positie.
- 2.5 In het door Aangeslotene aan Consument gegeven advies gedateerd 24 maart 2005 staat onder meer:
"In het financieel overzicht (...) ben ik uitgegaan van een netto besteedbaar inkomen van 80% van uw huidige inkomen. Hiervoor heeft u de eerste drie jaar een aanvulling nodig van €2.200,-. Deze uitkering is verwerkt in de offerte direct ingaande lijfrente en hiervoor is een koopsom nodig van €6.975,-. Het overige gedeelte ad €68.025,- stort u dan in een stamrechtverzekering waarbij u de mogelijkheid heeft om tussentijds bedragen te onttrekken. In het financieel overzicht kunt u zien welke bedragen u dient te onttrekken om op een netto besteedbaar inkomen van 80% te blijven. Voor de stamrechtverzekering treft u offertes aan van het A en het B."



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Naar aanleiding van een adviesgesprek op 21 april 2005 heeft Consument gekozen het gehele bedrag van de gouden handdruk in de stamrechtverzekering in te brengen.

In het advies van 24 maart 2005 en in het na bespreking met Consument aangepaste advies gedateerd 22 april 2005 wordt Consument de keuze geboden uit een tweetal offertes, te weten voor een A met een gegarandeerd opbrengst en voor het B (hierna ook wel: B) waarbij de inleg in een door Consument te kiezen depot zal worden belegd. In beide adviezen is onder het kopje “Offerte B” onder meer vermeld: “Om de beleggingsrisico’s te beperken kunt u kiezen voor het X. Dit depot heeft als doelstelling het beschermen van het kapitaal tegen koersdalingen en het tegelijkertijd openhouden van rendementskansen.”

- 2.6 In de door de verzekeraar voor het B verstrekte offerte gedateerd 21 april 2005 wordt over het X onder meer het volgende gezegd:
“Het gekozen depot belegt (deels) in aandelen(fondsen). Dit brengt een neerwaarts risico met zich mee, maar kan ook leiden tot een hoger resultaat. U dient zich hiervan goed bewust te zijn bij het maken van uw keuze.”

Bij de in deze offerte opgenomen informatie over het X staat onder meer het volgende:

“Indien u kiest voor het X, dan kiest u voor een depot dat zich ten doel stelt met actief beleggingsbeleid een veilig beleggingsrendement te behalen. (...) De samenstelling van het depot dient aan de beleggingsrestrictie “beschermd beleggen met groeikansen” te blijven voldoen.”

- 2.7 In een door een adviseur van Aangeslotene opgestelde bezoekennotitie gedateerd 11 mei 2005 staat het volgende:
“Ze kiezen voor het B met X. Alles goed uitgelegd. Ze zijn zich ervan bewust dat ze beleggingsrisico lopen, maar dat dit beperkt is in X. Indien men kiest voor garantie, weten ze zeker dat ze tekort komen.”
- 2.8 De waarde van het X van Consument bedroeg per 1 januari 2008 € 80.661,62. Per 24 januari 2009 bedroeg de waarde € 57.821,-.
- 2.9 Aangeslotene heeft per 1 januari 2010 haar verzekeringsportfeuille overgedragen aan een derde. Uit de betreffende overeenkomst volgt -voor zover in de onderhavige kwestie van belang- dat Aangeslotene aansprakelijk is gebleven voor de door haar vóór de portefeuilleoverdracht gegeven adviezen.
- 2.10 Uit de brief met bijlagen van Consument gedateerd 30 november 2011 blijkt dat Consument met zijn beleggingen uit hoofde van de Verzekering per 24 juli 2009 is overgestapt naar het Z van dezelfde verzekeraar.



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

3. Geschil

3.1 Consument vordert van Aangeslotene vergoeding van de door hem geleden financiële schade, door hem begroot op een bedrag van tenminste €23.000,-. Dit bedrag betreft de inmiddels opgetreden waardedaling van zijn belegging in het X.

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen. Consument stelt dat Aangeslotene toerekenbaar tekort is geschoten in haar zorgplicht jegens hem door hem in de precontractuele fase onvoldoende en misleidende informatie over de kenmerken en risico's van de Verzekering te verschaffen en door hem een niet passend advies te geven. Consument voert in dit kader het volgende aan:

- Consument heeft in de precontractuele fase en ook daarna niet de verplichte Financiële Bijsluiter van Aangeslotene ontvangen;
- volgens de adviezen van 24 maart 2005 en 22 april 2005 had het X als doelstelling het beschermen van het kapitaal tegen koersdalingen en het tegelijkertijd openhouden van rendementskansen; op grond van de naam van het fonds en deze omschrijving is Consument er van uitgegaan dat zijn risico's beperkt waren;
- in tegenstelling tot wat de adviseur van Aangeslotene in de notitie gedateerd 11 mei 2005 schrijft, is Consument zich niet bewust geweest van de risico's van een belegging in het X;
- Aangeslotene heeft Consument niet gewezen op de risico's uit hoofde van de belegging in het X en Consument heeft juist op advies van Aangeslotene voor het X gekozen;
- Aangeslotene heeft nagelaten een risicoprofiel van Consument op te stellen respectievelijk had Consument moeten vragen in hoeverre hij bereid was financiële risico's te nemen en wat zijn kennis en ervaring met beleggen was;
- het aanvraagformulier voor de Verzekering is ingevuld door Aangeslotene en ondertekend door Consument;
- het was Aangeslotene bekend dat Consument geen risico's kon en wilde nemen.

3.3 Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd. Aangeslotene bestrijdt dat zij Consument in de precontractuele fase onvoldoende en misleidende informatie over de kenmerken en risico's van de Verzekering heeft gegeven en dat zij toerekenbaar tekort is geschoten in haar zorgplicht jegens Consument. Zij voert daarbij het volgende aan:

- Consument is in woord en geschrift nadrukkelijk gewezen op de risico's van de Verzekering en de belegging in het X. Aangeslotene verwijst in dit verband onder meer naar de offertes;
- Aangeslotene heeft Consument geen Financiële Bijsluiter verstrekt maar heeft hem daarvoor wel naar de site van de verzekeraar verwezen;



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

- het opstellen van een risicoprofiel was ten tijde van de totstandkoming van de Verzekering niet verplicht;
- Consument is in de precontractuele fase gewezen op de mogelijkheid om voor een garantieproduct te kiezen. Aangeslotene heeft Consument zowel een offerte voor een gewoon garantieproduct als voor een product op beleggingsbasis maar met ingebouwde garantie gezonden. Consument heeft vanwege het te lage rendement van dit garantieproduct gekozen voor de Verzekering;
- de naam van het X mag weliswaar X zijn, maar daaruit vloeit niet voort dat er geen sprake van risico's is;
- na het sluiten van de Verzekering is Consument regelmatig geïnformeerd over het verloop van zijn beleggingen door de verzekeraar en via de door Aangeslotene beschikbaar gestelde nieuwsbrief.

4. Zitting

4.1 Ter zitting hebben Consument en Aangeslotene hun standpunten nader toegelicht. Consument geeft aan dat hij de term “veilig” van het X zo heeft opgevat dat in ieder geval het voor de Verzekering gebruikte bedrag van de gouden handdruk (€75.000,-) in stand zou blijven. Verder geeft Consument aan dat de opmerking van de adviseur van Aangeslotene in haar bezoeknotitie van 11 mei 2005 dat indien Consument zou kiezen voor het geoffreerde garantieproduct, Consument en zijn echtgenote dan zeker zouden weten dat ze “tekort komen”, onjuist is. Volgens Consument heeft de adviseur gezegd dat het garantieproduct te weinig zou opleveren en heeft zij geadviseerd de Verzekering te sluiten. Consument is daarop afgegaan. Ten slotte geeft Consument aan de adviesbrieven van 24 maart 2005 en 22 april 2005 van Aangeslotene wel te hebben gelezen maar niet de offerte voor de Verzekering gedateerd 21 april 2005.

5. Beoordeling

5.1 De door Consument aan de Commissie voorgelegde vraag is of Aangeslotene in het onderhavige geval bij de door haar verstrekte adviezen toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar zorgplicht jegens Consument. Bij de beantwoording van deze vraag gaat de Commissie uit van de hierboven onder 2 genoemde feiten.

5.2 De Commissie stelt allereerst vast dat de rechtsverhouding tussen Consument en Aangeslotene moet worden gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 BW en dat op Aangeslotene als opdrachtnemer een zorgplicht rust. In de jurisprudentie is die zorgplicht voor assurantietussenpersonen nader uitgewerkt in die zin dat een assurantietussenpersoon tegenover zijn opdrachtgever



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

de zorg moet betrachten die van een redelijk bekwaam en een redelijk handelend assurantietussenpersoon mag worden verwacht.

- 5.3 Daarbij neemt de Commissie tot uitgangspunt dat van een redelijk bekwaam en redelijk handelend assurantietussenpersoon de nodige deskundigheid en vakkennis mag worden verwacht, dat hij de financiële belangen van zijn cliënten naar beste weten en kunnen behartigt en dat hij zorgvuldigheid betracht in de advisering van zijn cliënten. Voorts mag van een redelijk bekwaam en redelijk handelend assurantietussenpersoon worden verwacht dat hij zijn cliënten zodanig informeert over de risico's van hun keuze dat zij een afgewogen beslissing kunnen nemen.
- 5.4 Ten aanzien van het door Aangeslotene verstrekte advies overweegt de Commissie als volgt. Uit de schriftelijke adviezen en de gewisselde stukken blijkt dat Aangeslotene wist dat Consument:
- 54 jaar oud was;
 - gehuwd was, twee jongvolwassen kinderen had;
 - recentelijk was ontslagen en een ontslagvergoeding van € 75.000,00 had ontvangen;
 - met het afsluiten van de Verzekering de bedoeling had daaraan tussentijds gelden te kunnen onttrekken ter aanvulling op zijn werkloosheidsuitkering respectievelijk zijn pre-pensioenuitkering;
 - bij in leven zijn op de einddatum van de Verzekering de dan resterende uitkering wilde gebruiken voor aankoop van een periodieke uitkering als aanvulling op zijn ouderdomspensioen.
- 5.5 Vaststaat vervolgens dat Aangeslotene om fiscale redenen heeft geadviseerd de ontslagvergoeding in te brengen in een verzekering en in dat kader aan Consument een tweetal mogelijkheden heeft voorgelegd, te weten het A met een gegarandeerd rendement en het B met het X. Over de vraag of Consument daarbij (voldoende) is gewezen op de risico's van het X verschillen partijen evenwel van mening. Consument betoogt dat Aangeslotene hem niet op de risico's van het X heeft gewezen en dat hij afgaande op de in het advies en de offerte opgenomen teksten over het beschermen van het kapitaal tegen koersdalingen en beschermd beleggen met groeikansen, ervan uit is gegaan dat hij de hoofdsom nooit zou verliezen. Aangeslotene betoogt dat zij Consument op de risico's van beleggen heeft gewezen en dat desondanks is gekozen voor het X, omdat men anders de beoogde onttrekkingen niet zou kunnen realiseren.



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

- 5.6 De Commissie is van oordeel dat het voor Aangeslotene op grond van de bij haar bekende financiële situatie en doelstellingen van Consument, zonder meer duidelijk had moeten zijn dat Consument zich niet zou kunnen veroorloven de in de Verzekering te beleggen hoofdsom - en daarmee de na zijn ontslag benodigde aanvulling op zijn inkomen - (deels) te verliezen en dat hij, gelet op de voor het dagelijks levensonderhoud telkens benodigde onttrekkingen, eventuele koersschommelingen niet, althans zeer slecht, zou kunnen opvangen. Onder deze omstandigheden heeft te gelden dat een belegging in een koersgevoelig product met een niet onaanzienlijk hoofdsomrisico, zoals het X, niet past bij de ook bij Aangeslotene bekende persoonlijke omstandigheden en doelstellingen van Consument.
- 5.7 Het voorgaande brengt mee dat Aangeslotene verplicht was Consument uitdrukkelijk en in niet mis te verstane woorden op genoemde nadelige aspecten van de Verzekering te wijzen en zich ervan te vergewissen dat Consument zich daarvan ook bewust was voordat hij besloot de Verzekering met een belegging in het X al dan niet af te sluiten. Gelet op het feit dat deze belegging niet passend moet worden geacht, is het aan Aangeslotene om aan te tonen dat zij Consument nadrukkelijk heeft gewezen op de nadelige aspecten van het door haar geadviseerde Verzekering met X en dat Consument er desalniettemin voor heeft gekozen de Verzekering af te sluiten. Dit geldt temeer nu, zoals Consument terecht betoogt, uit de omtrent het X verstrekte informatie bij minder diepgaande lezing de indruk kan ontstaan dat daarbij geen neerwaarts koersrisico wordt gelopen. De Commissie is van oordeel dat Aangeslotene niet in het door haar te leveren bewijs is geslaagd. Aangeslotene heeft immers geen documenten overgelegd waaruit blijkt dat en, zo ja, hoe zij Consument op de nadelige aspecten van de Verzekering met X heeft gewezen. De enkele verklaring van Aangeslotene levert tegenover de gemotiveerde betwisting door Consument onvoldoende bewijs op om de juistheid van de stellingen van Aangeslotene te kunnen aannemen.
- 5.8 Nu aldus niet is komen vast te staan dat Aangeslotene Consument afdoende heeft geïnformeerd over de voor hem nadelige aspecten van de Verzekering en evenmin kan worden aangenomen dat Consument desondanks willens en wetens voor dit niet bij hem passende product heeft gekozen, gaat de Commissie ervan uit dat Consument onvoldoende is geadviseerd en dat hij bij een juist advies niet voor de Verzekering met X zou hebben gekozen, maar voor een product waarbij de hoofdsom zou zijn gegarandeerd. Dit brengt mee dat Aangeslotene niet heeft voldaan aan de onder 5.2 omschreven verplichtingen en dat zij daarmee tekort is geschoten in



KiFiD

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

haar zorgplicht jegens Consument. De Commissie begroot de schade die Consument daardoor heeft geleden op het verschil tussen de waarde van de ingelegde hoofdsom minus de onttrekkingen en de waarde van het depot op het moment dat Consument op 24 juli 2009 besloot over te stappen naar het Z, vermeerderd de wettelijke rente vanaf 24 juli 2009 tot aan de dag van algehele vergoeding.

- 5.9 Deze schade is echter mede een gevolg van een aan Consument toe te rekenen omstandigheid. Hij had bij nauwkeuriger lezing van de hem verstrekte informatie kunnen begrijpen dat hij in het X indirect belegde in aandelen en dat hij dus ook het daaraan inherente koersrisico zou lopen. Daarin ziet de Commissie aanleiding te bepalen dat Consument een derde deel en Aangeslotene twee derde deel van de geleden schade zal moeten dragen. Aldus wordt de schade tussen partijen verdeeld in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden aan die schade hebben bijgedragen. Tevens dient Aangeslotene over te gaan tot vergoeding van de eigen bijdrage van Consument voor de behandeling van dit geschil.
- 5.10 Het voorgaande leidt tot het oordeel dat de vordering van Consument als na te noemen zal worden toegewezen. Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven.

6. Beslissing

De Commissie beslist, bij wijze van niet bindend advies, dat Aangeslotene aan Consument binnen een termijn van drie weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd aan Consument dient te vergoeden 66,67% van het verschil tussen de waarde van de ingelegde hoofdsom minus de onttrekkingen en de waarde van het depot op 24 juli 2009, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf die dag tot aan de dag van algehele vergoeding. Tevens dient Aangeslotene € 50 aan Consument te vergoeden, zijnde de eigen bijdrage van Consument voor de behandeling van dit geschil.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening 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.