



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Geschillencommissie) (nr. 2011/238: beleggingsverzekering; advisering door assurantietussenpersoon; 'ken uw klant'-beginsel; precontractuele informatieverstrekking over kosten)

Kalkman, W.M.A.

Publication date

2012

Document Version

Final published version

Published in

Pensioen Jurisprudentie

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Kalkman, W. M. A. (2012). Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Geschillencommissie) (nr. 2011/238: beleggingsverzekering; advisering door assurantietussenpersoon; 'ken uw klant'-beginsel; precontractuele informatieverstrekking over kosten). 5. Case note on: Klachteninstituut Financiële Dienstverlening, 6/10/11 *Pensioen Jurisprudentie*, 2012(1), 22-30.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (<https://dare.uva.nl>)

risico kon worden afgeleid. De Commissie is van oordeel dat het destijds door Aangeslotene aangeboden informatiemateriaal verwarrend en onduidelijk is en dat bij Consument de gerechtvaardigde verwachting heeft kunnen ontstaan dat de gesloten overeenkomsten uitsluitend betrekking hadden op een spaarproduct. Op grond hiervan, het onder 4.3 overwogene, alsmede de redelijkheid en billijkheid is de Commissie van oordeel dat de vordering van Consument moet worden toegewezen.

4.5 Het voorgaande leidt de Commissie tot het oordeel dat Aangeslotene gehouden is de betaalde premies aan Consument te restitueren. Daarbij acht de Commissie – nu Consument in de veronderstelling mocht verkeren dat spaarproducten waren aangegaan – vergoeding van de door Consument gederfde rente gerechtvaardigd. De Commissie stelt deze rente vast op een gemiddelde van de geldende wettelijke rente van 5% per jaar, ingaande op de dag van betaling van de premie tot de dag van de afwikkeling van de restituties.

5. Beslissing

De Commissie beslist, als bindend advies, dat Aangeslotene aan Consument de door hem betaalde premies restitueert vermeerderd met de door Consument gederfde rente, door de Commissie vastgesteld op een gemiddelde van de geldende wettelijke rente van 5% per jaar, ingaande op de dag van betaling van de premie tot de dag van de afwikkeling van de restituties.

Aangeslotene zal voorts als in het ongelijk gestelde partij aan Consument diens eigen bijdrage aan de behandeling van dit geschil, zijnde € 50, dienen te voldoen.

PJ 2012/5

KLACHTENINSTITUUT FINANCIËLE DIENSTVERLENING (GESCHILLENCOMMISSIE)

6 oktober 2011, nr. 2011/238

(Mrs. R.J. Verschoof, J.C. Buitter, prof. M.L. Hendrikse, drs. A.I.M. Kool, drs. L.B. Lauwaars, prof. C.E. du Perron, J. Wortel)

m.nt. Prof. dr. W.M.A. Kalkman

Wet financiële dienstverlening art. 32; Besluit financiële bijsluiter art. 2 en 3; Nadere Regeling financiële bijsluiter art. 15 en 17

Beleggingsverzekering. Advisering door assurantietussenpersoon. 'Ken uw klant'-beginsel. Precontractuele informatieverstrekking over kosten.

Beleggingsverzekering. Assurantietussenpersoon (bank) adviseert een consument ter zake van een beleggingsverzekering die als pensioenvoorziening is bedoeld. Assurantietussenpersoon had haar advies te beleggen in een fonds met meer risico moeten bespreken tegen de achtergrond van een nieuw gemaakt beleggersprofiel, of minst genomen van het een jaar eerder gemaakte beleggersprofiel. Assurantietussenpersoon kon als professionele, ter zake kundige, tussenpersoon niet volstaan met het verschaffen van informatie over het redelijkerwijs te verwachten bruto- en nettorendement van dat beleggingsfonds. Hij had ook duidelijk moeten maken welke kosten aan de verzekering verbonden waren en wat, ten minste bij benadering, de omvang van die kosten zou zijn.

1. Procedure

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

- de brieven van 9 maart 2009 van de Ombudsman Financiële Dienstverlening aan partijen;
- het door Consument ingevulde en ondertekende vragenformulier met bijlagen, ontvangen op 30 maart 2009;
- het antwoord van Aangeslotene van 14 januari 2010 met bijlagen;
- de repliek van Consument van 27 januari 2010;
- de dupliek van Aangeslotene van 17 februari 2010;
- de door Aangeslotene in de hierna te noemen zitting overhandigde financiële bijsluiter.

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

De Commissie heeft voorts vastgesteld dat beide partijen het advies als bindend zullen aanvaarden.

De Commissie heeft partijen opgeroepen voor een mondelinge behandeling te Den Haag op woensdag 21 april 2010.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1 Consument, die in 1975 is geboren, heeft door bemiddeling van Aangeslotene, een bank, bij een aan Aangeslotene gelieerde verzekeraar een beleggingsverzekering gesloten met als ingangsdatum 1 oktober 2006 en als einddatum 1 december 2040. Bij Aangeslotene verliep het feitelijke contact met Consument via de directeur van de plaatselijke vestiging van Aangeslotene (hierna: de directeur).

2.2 Het polisblad vermeldt, voor zover thans van belang, dat:

- de premie € 250 per maand bedraagt;
- de verzekering in een uitkering ingaande 1 december 2040 van een lijfrentekapitaal bij leven van Consument, en bij haar eerder overlijden voorziet;
- in iedere betaalde premie een lijfrentepremie is begrepen van € 250;
- tegen een premie van € 14,15 per maand premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid van Consument meeverzekerd is;
- volledig in een beleggings(mix)fonds wordt belegd.

Dit mixfonds past bij een 'neutrale portefeuille', volgens de indeling van Aangeslotene.

2.3 In oktober 2005 hebben Consument en haar partner in verband met het afsluiten van een hypotheek een formulier van Aangeslotene ingevuld ter bepaling van hun beleggersprofiel; de uitkomst ervan bedroeg 21 punten, hetgeen bij Aangeslotene overeenkomt met een 'voorzichtige portefeuille' en met het portefeuillemodel 'Liquiditeiten ca. 50%, Obligaties ca. 50%'.

3. Geschil

3.1 Consument vordert: primair nietigverklaring van de gesloten overeenkomst en volledige schadevergoeding (de Commissie begrijpt: volledige terugbetaling van alle bedragen die Consument uit hoofde van de overeenkomst heeft voldaan), subsidiair afkoop van de verzekering per 1 mei 2008 (twee weken na haar eerste e-mail aan Aangeslotene) en restitutie van de vanaf die datum betaalde premies.

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen.

- Naar aanleiding van een van de verzekeraar ontvangen jaaroverzicht over 2007 heeft Consument op 18 april 2008 aan de directeur enkele vragen gesteld over de kosten van de ten behoeve van haar pensioenvoorziening gesloten verzekering. De directeur heeft de vragen aan (het hoofdkantoor van) Aangeslotene doorgezonden. Pas na vier maanden heeft Consument antwoord op de gestelde vragen gekregen en werd haar duidelijk dat van haar jaarlijkse inleg van € 3.000 circa € 800 aan kosten werd ingehouden.
- Vervolgens had Consument op 29 augustus 2008 een gesprek met de directeur. Zij heeft daarbij aangegeven dat zij de verzekering wilde stoppen en wilde gaan banksparen. Hij heeft haar toen dringend geadviseerd om de verzekering uit kosten oogpunt niet af te kopen maar premievrij te maken. Op 4 september 2008 ontving zij van hem een voorstel voor banksparen. Het bleek echter geen gewoon sparen te betreffen maar een lijfrentebankproduct op basis van beleggen met, nota bene, een neutraal beleggersprofiel. De in de offerte verwerkte waarde van de verzekering bij het premievrij maken van haar beleggingsverzekering was voorts lager dan eerder was voorgespiegeld.
- Het vertrouwen van Consument in de directeur was nu geheel verdwenen. Verder onderzoek door haar wees uit dat het risico van het mixfonds waarin zij via de beleggingsverzekering had belegd, zeer hoog was. Dit hoewel zij blijkens het in 2005 vastgestelde beleggersprofiel een zeer voorzichtige belegger was. Zij heeft op 16 oktober 2008 nog een brief aan de directeur gezonden, maar die werd door hem aan (het hoofdkantoor van) Aangeslotene doorgezonden. Het antwoord van Aangeslotene op de brief heeft Consument geëmotioneerd.

- Zij heeft naar achteraf blijkt ten onrechte veel vertrouwen in de directeur gesteld en is daardoor veel geld kwijt geraakt. De directeur is ernstig te kort geschoten in zijn zorgplicht jegens Consument en heeft misbruik gemaakt van haar onervarenheid. Hij is afgeweken van het vastgestelde voorzichtige beleggersprofiel. De kosten van de verzekering zijn nauwelijks besproken en op gestelde vragen is pas met veel vertraging ingegaan. Deze trage reactie heeft haar schade nog vergroot. Als zij vooraf goed was geïnformeerd, dan had zij de verzekering niet gesloten.
- 3.3 Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd.
 - Consument heeft op 22 augustus 2006 het aanvraagformulier voor de beleggingsverzekering ondertekend. De maandpremie kwam uit op € 335 op basis van de berekende jaarruimte.
 - Er is toen geen beleggersprofiel ingevuld omdat niet lang daarvoor al een beleggersprofiel was vastgesteld, dat uitkwam op 'voorzichtig'.
 - In samenspraak met en op advies van haar partner besloot Consument een lijfrenteverzekering te sluiten op basis van het mixfonds. Dit fonds hield weliswaar een hoger risico in, maar bood anderzijds de kans op een hoger rendement. Vervolgens zijn de polisbescheiden aan haar uitgereikt.
 - In september 2006 gaf Consument aan dat zij slechts € 250 per maand wilde betalen. Op basis daarvan zijn zijn nieuwe polisbescheiden aan haar uitgereikt.
 - De directeur heeft verklaard dat hij met Consument heeft gesproken over het bruto en netto rendement van de verzekering, zonder specifiek in te gaan op de hoogte van afzonderlijke kostencomponenten. Dat was toen ook niet gebruikelijk. Voor de kosten werd verwezen naar de financiële bijsluiter.
 - Het aanvraagformulier vermeldt dat de klant een financiële bijsluiter ontvangt waarin de belangrijkste kenmerken van de verzekering en informatie over de kosten, het rendement en het risico vermeld staan.
 - Consument heeft tweemaal de gelegenheid gehad de verzekering binnen twee weken na ontvangst van de polis op te zeggen, maar heeft dat niet gedaan.
 - De directeur heeft het door Consument aangedragen probleem van het ontbreken van een goede pensioenvoorziening en de voorgestelde lijfrenteverzekering op beleggingsbasis uitvoerig met haar besproken. Haar is een goed advies gegeven, waarbij de nadruk lag op het te verwachten eindresultaat op basis van historisch rendement en op basis van de kosten van de verzekeraar.
 - Wat betreft de hoogte van de kosten volgt de verzekeraar de aanbeveling van de Ombudsman Financiële Dienstverlening, waardoor Consument te zijner tijd gecompenseerd wordt indien blijkt dat haar bovenmatige kosten in rekening zijn gebracht.
 - Consument heeft in totaal € 7.750 aan premie betaald. Bij een schadeberekening moet voorts rekening worden gehouden met het fiscale voordeel van aftrekbare premies en met de afkoopwaarde.

4. Zitting

Ter zitting hebben partijen hun standpunten nader toegelicht.

- Consument heeft aangevoerd dat het haar niet gaat om de vraag of sprake is van een woekerpolis, maar om de vertrouwensrelatie die zij met de directeur had en die door hem door een gebrekkige voorlichting is geschaad. Consument heeft geen verstand van verzekeren en vertrouwde hem blindelings. Bij het sluiten van de beleggingsverzekering presenteerde hij het mixfonds als passend voor haar. Een nieuw beleggersprofiel is toen niet vastgesteld. De aan de verzekering verbonden kosten kwamen slechts zeer globaal aan de orde. Het was een informeel gesprek op basis van vertrouwen. Ook de partner van Consument ging geheel af op de adviezen van de directeur. Consument neemt aan dat zij destijds een offerte en een financiële bijsluiter heeft ontvangen.
- Aangeslotene heeft aangevoerd dat de directeur wel heeft gesproken over het bruto en het netto rendement, maar niet over de kosten. Ook is met Consument gesproken over met meer risico beleggen wegens de kans op een hogere opbrengst voor het pensioen. Aantekeningen omtrent het gesprek zijn niet opgemaakt. Aangeslotene is er voorts vanuit gegaan dat de financiële bijsluiter, die door de verzekeraar is opgesteld, aan de gestelde eisen voldoet.

5. Beoordeling

5.1 Ingeval een verzekering (met een beleggingsrisico) door de bemiddeling van een tussenpersoon wordt gesloten, rust ook op die tussenpersoon een zelfstandige verplichting tot het verschaffen van volledige en begrijpelijke informatie omtrent de eigenschappen van de verzekering en de daaraan verbonden kosten. Het behoort immers tot diens taken als professionele, ter zake kundige, dienstverlener alle relevante informatie te verstrekken aan degene die zijn deskundig advies of deskundige bijstand inroept. Ingeval de tussenpersoon in de vervulling van deze taak toerekenbaar tekortschiet, is hij in beginsel zelfstandig aansprakelijk voor het nadeel dat de Consument ondervindt door het tot stand komen van een voor hem niet-passende overeenkomst.

5.2 Kern van het geschil vormt de vraag of Aangeslotene toerekenbaar is tekort geschoten, doordat de directeur – met wie Consument stelt een vertrouwensrelatie te hebben opgebouwd – naar de stellingen van Consument geen of onvoldoende rekening heeft gehouden met het in oktober 2005 door Aangeslotene zelf vastgestelde beleggersprofiel van Consument en haar partner, aan Consument onvoldoende informatie heeft verstrekt omtrent de onderhavige beleggingsverzekering en de eraan verbonden kosten, en onvoldoende voortvarend heeft gereageerd op de e-mails van Consument.

5.3 De Commissie heeft het geschil te beoordelen op basis van de wet- en regelgeving, alsmede de binnen de branche algemeen gehuldigde inzichten, ten tijde van het tot stand komen van de overeenkomst. Dienaangaande stelt zij het volgende vast.

5.4 Ingevolge artikel 32.1 van de ten tijde van het tot stand komen van de onderhavige beleggingsverzekering geldende Wet financiële dienstverlening was Aangeslotene gehouden om in het belang van Consument informatie in te winnen over haar financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid, voor zover dit redelijkerwijs relevant is voor het door hem te geven advies en er voor zorg te dragen dat zijn advies, voor zover redelijkerwijs mogelijk, rekening hield met deze informatie.

5.5 Uit de stukken en het ter zitting verhandelde komt naar voren dat de directeur bij het tot stand komen van de onderhavige beleggingsverzekering geen beleggersprofiel van Consument heeft vervaardigd en is afgeweken van het in oktober 2005 in verband met het afsluiten van een hypotheek wél opgestelde beleggersprofiel van Consument en haar partner, welk beleggersprofiel een 'voorzichtige portefeuille' inhield.

5.6 Aangeslotene heeft gesteld dat Consument in samenspraak en op advies van haar partner besloot een beleggingsverzekering op basis van het mixfonds te sluiten. Consument en haar partner weerspreken dit; haar partner heeft ter zitting gesteld dat de directeur bij het sluiten van de beleggingsverzekering het mixfonds presenteerde als passend voor haar en haar situatie, en dat Consument, gezien de vertrouwensrelatie, daarop is afgegaan. Aangeslotene heeft dit niet weersproken, en slechts aangegeven dat geen aantekeningen zijn gemaakt van de gesprekken van de directeur met Consument en haar partner. De Commissie acht aannemelijk dat Consument en haar partner, die onbetwist hebben gesteld dat zij bij het aangaan van de overeenkomst geen of nauwelijks inzicht hadden in financiële producten als de onderhavige en juist daarom de deskundige bijstand van de directeur hadden ingeroepen, bij de keuze van het (type) beleggingsfonds zijn afgegaan op hetgeen hen namens Aangeslotene is meegedeeld. Naar het oordeel van de Commissie had de directeur zijn advies te beleggen in een mixfonds moeten bespreken tegen de achtergrond van een nieuw gemaakt beleggersprofiel van Consument en haar partner, of minst genomen tegen de achtergrond van het in oktober 2005 gemaakte profiel. Dat dit is gebeurd, is niet gesteld of gebleken.

5.7 Uit het verweerschrift van Aangeslotene komt verder naar voren dat Consument voor de kosten werd verwezen naar de door de verzekeraar opgestelde financiële bijsluiter. Aangeslotene heeft ter zitting verklaard dat de directeur met Consument verder niet de aan de beleggingsverzekering verbonden kosten heeft besproken. In de omstandigheden van dit geval heeft Aangeslotene (in de persoon van de directeur) niet voldaan aan haar zelfstandige verplichting tot het verschaffen van volledige en begrijpelijke informatie aan Consument. Het bij de gedingstukken gevoegde exemplaar van de financiële bijsluiter verschaft slechts indirecte transparantie door de betaalde premie af te zetten tegen de geprognosticeerde voorbeeldkapitalen. Aangezien Aangeslotene bekend moet worden geacht met het één jaar tevoren door haarzelf opgemaakte beleggersprofiel van Consument (en haar partner) dat op de noodzaak van een voorzichtige vorm van beleggen wijst, Aangeslotene ook diende te beseffen dat de onderhavige overeenkomst de pensioenvoorziening van Consument zou moeten opleveren, en naar het oordeel van de Commissie vaststaat dat de advisering zo ver ging dat ook het soort beleggingsfonds is aanbevolen, kon Aangeslotene als professionele, ter zake kundige, tussenpersoon niet volstaan met het verschaffen van informatie over het redelijkerwijs te verwachten bruto en nettorendement van dat beleggingsfonds. Zij had ook duidelijk moeten maken welke kosten aan de verzekering verbonden waren

en wat, ten minste bij benadering, de omvang van die kosten zou zijn, omdat de hoogte van die kosten van groot belang was voor de uiteindelijke waarde van de door Consument gesloten beleggingsverzekering en deze, zoals hiervoor vermeld, voor haar pensioenvoorziening was bestemd. Daaraan doet onder deze omstandigheden niet af dat de (inhoud van de) in dit geval gebruikte financiële bijsluiter in algemene zin in overeenstemming kan zijn geweest met de (minimum)eisen in het Besluit financiële bijsluiter en de Nadere regeling financiële bijsluiter 2002, zoals deze voorschriften toen golden.

5.8 Hetgeen hierboven is overwogen brengt de Commissie tot het oordeel dat de wijze van adviseren door de directeur aan Consument niet aan de daaraan te stellen eisen voldoet. Dit kan echter niet leiden tot de door Consument gevorderde nietigverklaring van de – immers niet met Aangeslotene, maar met de verzekeraar – gesloten verzekeringsovereenkomst.

5.9 De Commissie stelt vast dat op basis van het voorhanden beleggersprofiel, en het daarmee overeenstemmende portefeuillemodel 'Liquiditeiten ca. 50%, Obligaties ca. 50%' van Aangeslotene, de directeur aan Consument niet het mixfonds, maar een pensioenvoorziening met minder risico had moeten adviseren.

Achteraf is niet met volledige zekerheid vast te stellen wat de keus van Consument zou zijn geweest, indien Aangeslotene correct had geadviseerd. Die onzekerheid dient voor risico van Aangeslotene te komen. De Commissie oordeelt naar billijkheid dat Consument bij het aangaan van de overeenkomst, indien correct geadviseerd, zou hebben gekozen voor een belegging waarbij 50% zou worden belegd in obligaties, in de vorm van een obligatiebeleggingsfonds, en 50% in liquiditeiten, zodat de door Aangeslotene te vergoeden schade van Consument moet worden begroot op het verschil tussen de waarde van de polis op de datum waarop deze uitspraak zal worden tenuitvoergelegd (welke waarde moet worden bepaald op de afkoopsom zonder rekening te houden met boeteclausules of andere kosten in verband met voortijdige beëindiging) en de waarde die de door Consument gesloten verzekering op dezelfde datum zou hebben gehad indien bij aanvang was gekozen voor belegging van 50% in een gangbaar obligatiebeleggingsfonds en 50% in liquiditeiten, en conform deze keuze steeds op dezelfde boekdatum en in dezelfde omvang bedragen zouden zijn toegevoegd als in de werkelijk gekozen beleggingsvorm is geschied. Daarbij dient wat betreft de liquiditeiten te worden uitgegaan van een spaarrekening of deposito met (gelet op de einddatum van de overeenkomst) het hoogste rendement dat Aangeslotene Consument had kunnen aanbieden.

Aangezien als onweersproken vaststaat dat de verzekering is aangegaan omdat Consument nog niet over een gebruikelijke pensioenvoorziening beschikte, kan bij de schadeberekening worden voorbijgegaan aan de gevolgen voor belastingheffing bij Consument.

5.10 De Commissie zal Aangeslotene in de gelegenheid stellen alsnog – desgewenst tezamen met de verzekeraar – met Consument in overleg te treden om het geschil op deze basis onderling te regelen. Mochten partijen er onderling niet binnen redelijke termijn uitkomen, dan zal ieder van hen de Commissie kunnen verzoeken de behandeling op een nader te bepalen datum voort te zetten, eventueel met toepassing van artikel 16a van haar Reglement jegens de verzekeraar.

5.11 De Commissie bepaalt dat zij, onder verwijzing naar art. 5.6 van het reglement van de Commissie van Beroep, gelet op het belang van deze zaak, voor beide partijen beroep openstelt op de Commissie van Beroep.

6. Beslissing

De Commissie

- houdt de verdere beslissing van de zaak aan om partijen de gelegenheid te geven de kwestie onderling te regelen;
- bepaalt dat de meest gerede partij aan haar kan laten weten of dit overleg tot resultaat heeft geleid respectievelijk of behoefte bestaat aan een nieuwe zitting.

Noot

1. Inleiding

In deze zaak gaat het om een consument die via bemiddeling van een bank als assurantietussenpersoon een beleggingsverzekering in de lijfrentesfeer heeft gesloten bij een verzekeraar. De bank is gelieerd aan de verzekeraar. De ingangsdatum van de verzekering is 1 oktober 2006 en de einddatum is 1 december 2040. In oktober 2005 hebben de consument en haar partner in verband met het afsluiten van een hypotheek via dezelfde tussenpersoon een beleggersprofiel ingevuld. Daaruit kwam naar voren dat bij de

consument een 'voorzichtige portefeuille' behoort met een portefeuillemodel volgens de verdeling 'Liquiditeiten ca. 50%, Obligaties ca. 50%'. Medio 2006 spreekt de consument en haar partner met de assurantietussenpersoon over het sluiten van een beleggingsverzekering in de lijfrentesfeer. Uit de uitspraak blijkt dat bij het adviseren de kosten in de beleggingsverzekering nauwelijks zijn besproken. De assurantietussenpersoon adviseert om een beleggingsverzekering te sluiten waarbij de premie wordt aangewend voor de aankoop van participaties in een mixfonds. Het betreffende mixfonds heeft een hoger risico dan hoort bij een 'voorzichtige portefeuille'.

Een jaaroverzicht uit 2007 leidt ertoe dat de consument in april 2008 vragen stelt over de kosten van de beleggingsverzekering. De consument vindt dat de assurantietussenpersoon ernstig tekortgeschoten is in zijn zorgplicht jegens haar en misbruik heeft gemaakt van haar onervarenheid. Als zij vooraf goed was geïnformeerd, had zij de verzekering niet gesloten. Zij vordert primair nietigverklaring van de verzekeringsovereenkomst en subsidiair afkoop van de verzekering per 1 mei 2008 en restitutie van de vanaf die datum betaalde premies. Verder klaagt zij over het advies om de premies aan te wenden voor participaties in een mixfonds met een hoger risico terwijl zij volgens het vastgestelde beleggersprofiel in 2005 een zeer voorzichtige belegger is. De assurantietussenpersoon geeft in zijn verweer aan dat hij met de consument heeft gesproken over het bruto- en nettorendement van de verzekering, zonder specifiek in te gaan op de hoogte van de afzonderlijke kostenc componenten omdat dat ten tijde van het sluiten van de verzekering niet gebruikelijk was. Voor de kosten werd verwezen naar de financiële bijsluiter, waarin de belangrijkste kenmerken van de verzekering en informatie over de kosten, het rendement en het risico vermeld staan. Met betrekking tot het beleggersprofiel merkt de assurantietussenpersoon op dat de consument in samenspraak met en op advies van haar partner gekozen heeft voor een mixfonds. Er zijn geen aantekeningen van het adviesgesprek gemaakt.

2. Het oordeel van de Geschillencommissie

De Geschillencommissie oordeelt dat wanneer een beleggingsverzekering door bemiddeling van een assurantietussenpersoon wordt gesloten, ook op die tussenpersoon een zelfstandige verplichting rust tot het verschaffen van volledige en begrijpelijke informatie omtrent de eigenschappen van de verzekering en de daaraan verbonden kosten. Wanneer de assurantietussenpersoon in de vervulling van die taak toerekenbaar tekortschiet, is hij in beginsel zelfstandig aansprakelijk voor het nadeel dat de consument ondervindt door het tot stand komen van een voor hem niet-passende overeenkomst.

Daarnaast is de Geschillencommissie van oordeel dat de assurantietussenpersoon als professionele, ter zake kundige, tussenpersoon niet kon volstaan met het verschaffen van informatie over het redelijkerwijs te verwachten bruto- en nettorendement van dat beleggingsfonds. Hij had ook duidelijk moeten maken welke kosten aan de verzekering verbonden waren en wat, ten minste bij benadering, de omvang van die kosten zou zijn, omdat de hoogte van die kosten van groot belang was voor de uiteindelijke waarde van de door consument gesloten beleggingsverzekering en deze, zoals hiervoor vermeld, voor haar pensioenvoorziening was bestemd.

De assurantietussenpersoon kan de door hem gestelde met de consument overeengekomen afwijking van het in oktober 2005 opgestelde beleggersprofiel niet aannemelijk maken en ook het kostenaspect is niet door hem besproken. De Geschillencommissie oordeelt dat de wijze van adviseren van de assurantietussenpersoon niet aan de daaraan te stellen eisen voldoet. Dit kan echter niet leiden tot de door de consument gevorderde nietigverklaring van de met de verzekeraar gesloten verzekeringsovereenkomst, maar uitsluitend tot vergoeding door de assurantietussenpersoon van de door de consument geleden schade.

3. Welke precontractuele informatie moest in 2006 worden verstrekt?

Een belangrijk verwijt is dat de assurantietussenpersoon in de adviesfase vóór het sluiten van de verzekering niet heeft stilgestaan bij de (omvang van de) kosten van de verzekering. Hij volstond slechts met het verstrekken van een financiële bijsluiter "waarin de belangrijkste kenmerken van de verzekering en informatie over de kosten, het rendement en het risico vermeld staan". Dat vindt de Geschillencommissie onvoldoende (zie voor een vergelijkbare zaak met een vergelijkbaar oordeel: Klachtencommissie DSI 4 maart 2004, nr. 33). Naar mijn mening is dit standpunt van de Geschillencommissie onjuist. Alvorens hier meer concreet op in te gaan wil ik eerst stilstaan bij de historie van de financiële bijsluiter.

Bij brief van 2 april 1998 inzake initiatieven om de informatieverstrekking aan verzekeringnemers te verbeteren, kondigde de Minister van Financiën aan dat door het Ministerie van Financiën een vergelijkende analyse zou worden uitgevoerd van de voorschriften in de verschillende financiële sectoren rond de informatieverstrekking aan de consument (*Kamerstukken II 1997/98*, 25 600 IX B, nr. 19; zie ook de lijst van vragen en antwoorden vastgesteld op 27 december 1999 in *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 676 nr. 2; zie ook de brief van de Minister van Financiën van 5 januari 2001 in *Kamerstukken II 2000/01*, 26 676, nr. 3). In de *Nota informatieverstrekking aan de consument van financiële diensten* presenteerde de Minister van Financiën de resultaten van de analyse (*Kamerstukken II 1998/99*, 26 676, nr. 1). De algemene bevinding uit de analyse was dat vanuit sectoroverstijgend perspectief verdere verbeteringen in de informatieverstrekking mogelijk en nodig waren. Zo kwam uit de analyse naar voren dat er inhoudelijke inconsistentie was ten aanzien van vergelijkbare onderwerpen tussen de verschillende financiële sectoren. Daarbij werd expliciet melding gemaakt van de inconsistentie ten aanzien van informatie over kosten, rendement, risico en de relatie daartussen bij producten met een beleggingscomponent alsmede van de waardeontwikkeling gedurende de looptijd van een product (*Kamerstukken II 1998/99*, 26 676, nr. 1, p. 3). In *Nota* stelde de minister – onder meer – de volgende beleidsinitiatieven voor:

- om vergelijkbaarheid van producten met een beleggingscomponent te bevorderen, zouden gelijksoortige voorschriften gaan gelden omtrent de weer te geven rendementen (voorgescreven referentieperiode) en voorbeeldkapitalen. Voorts zou met behulp van onderbouwde risico-indicaties op vergelijkbare wijze moeten worden gewaarschuwd voor risico's die samenhangen met beleggen;
- om de consument in staat te stellen afwegingen voor zijn financiële planning te maken, zouden voor alle complexe producten (beleggingsfondsen, levensverzekeringen met een beleggingscomponent en spaar- en beleggings hypotheek) geharmoniseerde verplichtingen gaan gelden om gedurende de looptijd actief informatie te verstrekken over de waardeontwikkeling van het product;
- om de inzichtelijkheid van informatie te vergroten, zou voor complexe producten een zogeheten (sectoroverstijgend) kernpuntendocument moeten worden verstrekt. In dat document zou een beperkt aantal gegevens komen te staan, waarmee de belangrijkste kenmerken van het product worden gekarakteriseerd (*Kamerstukken II 1998/99*, 26 676, nr. 1, p. 5-6).

Als uitvloeisel van de analyse in de *Nota informatieverstrekking aan de consument van financiële diensten* werd de *financiële bijsluiter* ontwikkeld. Het *Besluit financiële bijsluiter* (Besluit van 20 december 2001, houdende regels met betrekking tot het door financiële ondernemingen ter beschikking stellen van een financiële bijsluiter bij complexe producten (Besluit financiële bijsluiter), *Stb.* 2001, 670; hierna te noemen: Bfb) trad op 1 juli 2002 in werking. Op grond van art. 2 Bfb was een verzekeraar verplicht ervoor zorg te dragen dat voor beleggingsverzekeringen een actuele financiële bijsluiter beschikbaar was. In de financiële bijsluiter werd een omschrijving gegeven van de belangrijkste kenmerken van de beleggingsverzekering met als doel de (aspirant) verzekeringnemer informatie te verschaffen over financiële risico's, rendementen en kosten. Het primaire doel van de financiële bijsluiter was de consument op hoofdlijnen te informeren over de belangrijkste kenmerken van de beleggingsverzekering, zodat de consument snel en (relatief) eenvoudig een oordeel kon vormen over de aard van de beleggingsverzekering. De in de financiële bijsluiter vervatte informatie moest de verzekeringnemer de mogelijkheid bieden om complexe financiële producten onderling met elkaar te vergelijken, ook wanneer het verschillende soorten producten betrof (*Stb.* 2001, 670, p. 10). Uitgangspunt hierbij was dat de financiële bijsluiter een voor de gemiddelde verzekeringnemer begrijpelijk en leesbaar document moest zijn. Het mocht daarom niet te omvangrijk zijn en moest in begrijpelijke bewoordingen geformuleerd zijn.

Op grond van art. 3, lid 1 onderdeel d Bfb moest informatie worden verstrekt over de met het product samenhangende financiële risico's en art. 3, lid 1 onderdeel f Bfb hield de verplichting in om voorgeschreven informatie te verstrekken over het voorbeeldrendement en de voor de afnemer van het product verbonden kosten. In art. 15 en 17 van de *Nadere regeling financiële bijsluiter 2002* (Nadere regeling financiële bijsluiter 2002 (Nrfb), *Stcrt.* 2002, 121, hierna te noemen: Nrfb) werden deze voorschriften uitgewerkt. Inhoudelijk bevatte deze regelgeving nauwelijks wijzigingen ten opzichte van de *Regeling informatieverstrekking aan verzekeringnemers 1998* (hierna te noemen: Riav 1998). Voor zover er al wijzigingen waren, waren deze vooral technisch van aard. In de financiële bijsluiter moesten nog steeds de bruto premie en netto voorbeeldkapitalen worden vermeld (art. 1.1 sub b bijlage 3 Nrfb). Indirecte

transparantie gold als uitgangspunt, zoals dat ook het uitgangspunt was in de Riav 1998. Zie onder andere nota van toelichting op de Nadere Regeling financiële bijsluiter 2002, *Stcrt.* 2002, 121, ad art. 17 Informatie over rendementen en kosten: *"In de modellen worden alle kosten die ten laste gaan van het product geaggregeerd meegenomen, inclusief bijvoorbeeld provisies en aan- en verkoopkosten. Ook de aankoopkosten en dergelijke dienen hier te worden vermeld. Alle kosten dienen in de tabel van de financiële bijsluiter te worden verdisconteerd."* Uitsluitend niet in het voorbeeldkapitaal verdisconteerde kosten, zoals switchkosten, dienden apart te worden vermeld (art. 1.1 sub e bijlage 3 Nrff). Dit stemde overeen met de regeling zoals wij die kennen uit art. 2 lid 2 sub q en r Riav 1998. De indirecte weergave van kosten en risicopremie(s) werd aldus ook na 1 juli 2002 gehandhaafd. Dat betekent dat kon worden volstaan met verwerking van de kosten en de risicopremie(s) in de voorbeeldkapitalen. Aan deze keuze lag onder meer een consumentenonderzoek uitgevoerd door het NIPO ten grondslag (*Stcrt.* 28 juni 2002, 121, p. 18).

In overeenstemming met de regelgeving voor de financiële bijsluiter stelde het Verbond van Verzekeraars een nieuwe Code Rendement en Risico op. Deze CRR 2002 trad op 1 juli 2002 in werking.

Gelet op het voorgaande voldeden de assurantietussenpersoon en de verzekeraar ten tijde van het adviseren en sluiten van deze verzekering aan de wettelijk voorgeschreven informatieverplichting ten aanzien van kosten, risico en rendement in de beleggingsverzekering. Er bestond – op basis van een bewuste keuze mede op basis van consumentenonderzoek – geen verplichting tot het inzichtelijk maken van afzonderlijke kostencomponenten in de verzekering. De assurantietussenpersoon kon naar mijn mening in 2006 als professionele, ter zake kundige, bemiddelaar volstaan met het verschaffen van informatie over het redelijkerwijs te verwachten bruto- en nettorendement van de beleggingsverzekering. Op die wijze was de consument in staat een vergelijking te maken tussen verschillende producten met beleggingsaspecten. Het effect van de kosten kwam tot uitdrukking in de gepresenteerde voorbeeldkapitalen. Er bestond geen wettelijk voorschrift op grond waarvan de assurantietussenpersoon duidelijk had moeten maken welke kosten aan de verzekering verbonden waren en wat de omvang van die kosten zou zijn. Dat op de assurantietussenpersoon een zelfstandige verplichting rust tot het verschaffen van volledige en begrijpelijke informatie omtrent de eigenschappen van de verzekering is duidelijk en begrijpelijk, maar die verplichting kon in 2006 geen betrekking hebben op de kosten in de beleggingsverzekering. Het andersluidend oordeel van de Commissie is dan ook onjuist.

Ook de per 1 oktober 2006 doorgevoerde wijzigingen in de regelgeving voor de financiële bijsluiter hielden, behoudens de introductie van 'maatmens', geen wezenlijke verandering in van de inhoud van de bijsluiter zoals die vanaf 1 juli 2002 werd verstrekt. In de vernieuwde financiële bijsluiter werd per 1 oktober 2006 nog steeds conform de bestaande systematiek inzicht verschaft in de kosten en risicopremie(s), namelijk door weergave van het effect daarvan op een aantal bij verschillende voorbeeld fondsrendementen behorende netto voorbeeldkapitalen (art. 39, lid 1 onderdeel g Bfd). Dat uitgangspunt gold ook voor de door de verzekeraar te verstrekken precontractuele informatieverstrekking. Op grond van het *Besluit financiële dienstverlening* (Besluit van 15 december 2005, houdende regels voor de financiële dienstverlening (Besluit financiële dienstverlening), *Stb.* 2005, 676 hierna te noemen: Bfd) moest de verzekeraar informatie verstrekken over:

- de invloed van kosten ten laste van de consument op het rendement en de uitkering verbonden aan de overeenkomst (art. 32, lid 1 onderdeel q Bfd);
- de kosten die naast de bruto premie in rekening worden gebracht (art. 32, lid 1 onderdeel r Bfd);
- het aan de overeenkomst verbonden financiële risico en de mate waarin dit risico voor rekening is van de consument (art. 32, lid 1 onderdeel s Bfd).

De indirecte weergave van kosten en risicopremie(s) werd hiermee ook na 1 januari 2006 gehandhaafd.

4. De omvang van de schadevergoeding

De Geschillencommissie stelt vast dat op basis van het voorhanden beleggersprofiel en het daarmee overeenstemmende portefeuillemodel 'Liquiditeiten ca. 50%, Obligaties ca. 50%' de assurantietussenpersoon een lijfrentevoorziening met minder risico had moeten adviseren. De Commissie oordeelt naar billijkheid dat de consument op basis van correcte advisering bij het aangaan van de overeenkomst zou hebben gekozen voor een belegging waarbij 50% zou worden belegd in obligaties, in de vorm van een obligatiebeleggingsfonds, en 50% in liquiditeiten. Daarbij dient volgens de Geschillencommissie voor wat betreft de liquiditeiten te worden uitgegaan van een spaarrekening of deposito met (gelet op de

einddatum van de overeenkomst) het hoogste rendement dat de assurantietussenpersoon de consument had kunnen aanbieden. Dit lijkt mij geen juist oordeel. De schadeberekening moet plaatsvinden aan de hand van een vergelijking tussen de situatie waarin de consument zich feitelijk bevindt en de hypothetische situatie waarin hij zich zou hebben bevonden indien de assurantietussenpersoon niet onrechtmatig had gehandeld (HR 5 juni 2009, L/JN BH2815, RvdW 2009/683 (*De Treek/Dexia*)). Uitgaande van de wens van de consument om een fiscaal gefaciliteerde oudedagsvoorziening te sluiten, is aannemelijk dat wanneer de consument op basis van haar beleggersprofiel goed zou zijn geadviseerd, zij een lijfrente-verzekering zou hebben gesloten met een fondskeuze op basis van bovenstaand beleggersprofiel. Beleggingsverzekeringen kennen meestal ook fondsen die gelijkens vertonen met sparen via een spaarrekening of een deposito. Nu het een beleggingsverzekering in de lijfrentesfeer betreft is het reëel bij de schadeberekening rekening te houden met de (latente) fiscale claim die op deze verzekering rust in verband met belaste uitkeringen.

Een lijfrentevoorziening op basis van gedeeltelijk verzekeren (obligatiefonds) en gedeeltelijk niet fiscaal begunstigd sparen (deposito) was geen voor de hand liggende keuze in 2006. In 2006 kon bovendien nog niet de keuze worden gemaakt voor banksparen, dus een vergelijking daarmee is niet aan de orde. Een andere schadeberekening komt eerst aan de orde wanneer binnen een lijfrente-verzekering geen mogelijkheid bestaat voor het omzetten van de premie in participaties in – bijvoorbeeld – een rentefonds.

5. Wordt een zaak uit 2006 beoordeeld met de bril van 2011?

Het oordeel van de Geschillencommissie dat de advisering van de assurantietussenpersoon met betrekking tot het mixfonds niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen, is begrijpelijk tegen de achtergrond van het feit dat de assurantietussenpersoon niet aannemelijk heeft kunnen maken dat de keuze voor het fonds die afwijkt van het eerder opgestelde beleggersprofiel de instemming had van de consument. Dat daaruit een zelfstandige schadevergoedingsplicht voortvloeit is ook begrijpelijk, zij het dat de schadeberekening naar mijn mening niet juist is.

Het oordeel van de Geschillencommissie ten aanzien van het adviseren in 2006 over de kosten in de beleggingsverzekering is naar mijn mening onjuist. In eerste instantie klinkt het bemoedigend wanneer de Geschillencommissie in overweging 5.3. aangeeft het geschil te beoordelen op basis van de wet- en regelgeving, alsmede binnen de branche algemeen gehuldigde inzichten ten tijde van het tot stand komen van de verzekering. Veel komt daar echter niet van terecht, want de Geschillencommissie houdt geen rekening met de in 2006 geldende maatschappelijke opvattingen en de toentertijd binnen de verzekeringsbranche algemeen gebruikelijke inzichten over transparantie. Ook wordt geen rekening gehouden met de opzet, de gemaakte keuzen en de strekking van de in 2006 geldende transparantievoorschriften in de relevante wet- en regelgeving die zijn oorsprong heeft in dwingende voorschriften van Europees recht. De Geschillencommissie gaat ook voorbij aan de – ook op haar rustende – plicht tot richtlijnconforme interpretatie van het in casu relevante recht (zie hierover uitgebreid onderdeel 4 van mijn annotatie bij de uitspraak van de Geschillencommissie van 6 oktober 2011 (2011/239), PJ 2011/167). Dat maakt haar uitspraak op dit onderdeel aanvechtbaar.

Prof. dr. W.M.A. Kalkman