

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2018-085
(mr. B.F. Keulen, voorzitter, prof. mr. M.L. Hendrikse, mr. C.E. Polak, leden en
mr. D.G. Rosenquist, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 27 juni 2016
Ingediend door : Consument
Tegen : ABN AMRO Bank N.V., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de Adviseur
Datum uitspraak : 8 februari 2018
Aard uitspraak : bindend advies

Samenvatting

Consument klaagt dat de Adviseur is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen jegens hem door te verzuimen een aanpassing van de begunstiging op de verzekering te adviseren. De Commissie oordeelt dat de klacht van Consument gegrond is. Indien de Adviseur dit advies zou hebben uitgebracht, acht de commissie het aannemelijk dat Consument daar naar gehandeld zou hebben. De Adviseur dient een vergoeding te betalen voor zover Consument schade lijdt indien hij alsnog hetzelfde effect (aanwending van het kapitaal voor aflossing van de hypothecaire lening) wil bereiken. De Commissie ziet reden voor een eigen schuld-correctie van 50%, nu Consument op basis van het polisblad eenvoudig zelf had kunnen vaststellen dat de tweede begunstigde op de verzekering niet hijzelf was, maar zijn minderjarige zoon.

I. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken met de daarbij behorende bijlagen:

- het klachtformulier van Consument;
- het verweerschrift van de Adviseur;
- de repliek van Consument;
- de aanvulling op repliek van Consument van 11 oktober 2016;
- de dupliek van de Adviseur;
- de aanvullende uitlating van Consument, van 26 oktober 2016;
- de voorwaarden als verstrekt door de Adviseur per e-mail van 31 oktober 2016;
- de aanvullende stukken van de Adviseur van 13 december 2016;
- de aanvullende informatie van Consument van 21 december 2016;
- de aanvullende stukken van de Adviseur van 7 februari 2017;
- de brief van Consument van 11 september 2017;
- de brief van de Adviseur van 4 oktober 2017;
- de reactie van Consument van 16 oktober 2017.

De Commissie stelt vast dat partijen hebben gekozen voor bindend advies.

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 8 februari 2017 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

Bij de beoordeling van de klacht gaat de Commissie uit van de volgende – niet betwiste – feiten.

- 2.1 De partner van Consument, wijlen mevrouw [Naam partner consument], heeft in 1998 een verzekering afgesloten bij het aangaan van een hypothecaire lening. De verzekering, een zo geheten meegroeiverzekering met polisnummer [nummer 1], was niet verpand. De verzekering werd voorzien van een standaardbegunstigingsclausule. Aanvankelijk werd de verzekering afgesloten zonder overlijdensrisicodekking. Deze is in 2000 alsnog afgesloten. In 2001 is vervolgens een KEW-clausule op de polis geplaatst.
- 2.2 In november 2011 heeft tussen Consument en zijn partner en de Adviseur een gesprek plaatsgevonden. Ter voorbereiding op dit gesprek heeft de Adviseur de partner van Consument per e-mail van 20 oktober 2011 verzocht diverse documenten naar het gesprek mee te nemen, waaronder persoonlijke gegevens, inkomensgegevens, gegevens over financiële verplichtingen, polissen van lopende levensverzekeringen, gegevens van de huidige hypotheek, et cetera:

Wij vinden het belangrijk om u een goed en volledig advies te geven binnen uw huidige persoonlijke situatie en uw toekomstverwachtingen. Daarom is het belangrijk dat we goed inzicht hebben in uw persoonlijke, financiële situatie.
- 2.3 Naar aanleiding van het gesprek heeft de Adviseur Consument en zijn partner bij brief van 15 november 2011 een hypotheekadvies verstrekt. In het advies is de samenlevingsvorm van Consument en zijn partner opgenomen (“Samenwonend zonder partnerschapsvoorwaarden”). In het advies is de verzekering genoemd als één van de aflossingsvormen voor de hypothecaire lening, kennelijk door de waarde daarvan in te brengen in een spaarrekening. Daarnaast is een andere levensverzekering aan bod gekomen.¹
- 2.4 Op 16 september 2014 is de partner van Consument overleden. Consument heeft naar aanleiding daarvan contact gehad met de Adviseur in verband met de uitkering onder de verzekering. In november 2014 is op basis van de verzekering een uitkering gedaan van EUR 54.725,89. Dit bedrag is overgemaakt op de rekening van de minderjarige zoon van Consument en zijn partner.
- 2.5 Bij brief van 15 juni 2015 heeft Consument een klacht ingediend bij de Adviseur. Consument heeft de Adviseur aansprakelijk gesteld voor het handelen/nalaten van de Adviseur, ten gevolge waarvan hij EUR 54.372 schade stelt te hebben geleden. Consument stelt daartoe in zijn brief:

¹ Nb. voorzien van standaardbegunstiging.

Uit de KEW-clausule en uit de verklaring van erfrecht kan worden opgemaakt dat elkaar goed verzorgd achter laten altijd ons uitgangspunt is geweest. De polis redactie is nooit aangepast en problemen bij een eventueel overlijden hadden vooraf al gesignaleerd moeten worden.

Consument heeft tevens een compensatie gevorderd voor de teveel betaalde rente tussen het moment van overlijden van zijn partner en het moment van oversluiten van de hypothecaire lening.

2.6 In juli 2015 heeft de Adviseur hierop gereageerd:

De hypotheek inclusief meegroeiverzekering is in 1998 met tussenkomst van intermediair [Naam intermediair] te [Naam woonplaats] gesloten. Mevrouw [Naam partner consument] heeft op dat moment geen advies van ABN AMRO Bank ontvangen met betrekking tot deze hypotheek, derhalve ben ik van mening dat wij ook niet aansprakelijk zijn voor dit gegeven advies of eventuele uitwerkingen naar aanleiding van dit advies. Met betrekking tot de uitkering uit deze polis heeft ABN AMRO Bank zich gehouden aan de begunstiging zoals vermeld op de polis. Ik wil u hierbij tevens wijzen op uw eigen verantwoordelijkheid wat betreft eventuele wijzigingen in uw persoonlijke situatie welke van invloed kunnen zijn op uw financiële situatie.

Ik betreur het dat u tijdens de administratieve afwikkeling van de hypotheek niet het gevoel heeft gekregen goed begeleid te worden en dat u de doorlooptijd van deze afwikkeling als vervelend hebt ervaren. U geeft aan een compensatie te willen voor de teveel betaalde rente tussen het moment van overlijden en het moment van oversluiten. Het afwikkelen van een hypotheek in combinatie met meerdere spaar/leven polissen is een complexe handeling welke tijd vraagt. Ik vind het vervelend dat u gedurende dit traject niet goed op de hoogte bent gehouden van de reguliere tijdslijnen. Met betrekking tot de administratieve afwikkeling van de hypotheek zijn mijns inziens geen tijdslijnen overschreden.

2.7 In reactie hierop heeft Consument bij brief van 8 oktober 2015 laten weten niet zo zeer te klagen over het oorspronkelijke advies, maar over de begeleiding tijdens de looptijd en – meer in het bijzonder – het advies in 2001 dat de Adviseur heeft gegeven in het kader van de plaatsing van een KEW-clausule. Consument stelt dat er op dat moment overleg is geweest over de overlijdensdekking zonder de consequenties van de begunstiging te bespreken. Consument stelt:

Er was toen te voorzien dat er problemen zouden ontstaan bij een eventuele uitkering bij overlijden op het moment dat er kinderen zouden zijn. Tussen 2001 en 2014 hebben er nog diverse gesprekken plaatsgevonden waarbij de opbouw van de polis is besproken maar waarbij geen aandacht is geweest voor de begunstiging en het probleem dat zou ontstaan bij overlijden.

2.8 Op 4 april 2016 heeft de Adviseur hierop gereageerd. De Adviseur heeft haar standpunt gehandhaafd en gesteld dat het aan de verzekeringnemer is om bij gewijzigde omstandigheden in contact te treden met de intermediair om te bespreken wat de gevolgen zijn voor de hypothecaire lening en/of verzekeringen. Dit is niet gebeurd en dus stelt de Adviseur niet te zijn tekortgeschoten in haar zorgplicht. De Adviseur merkt daarbij op dat de plaatsing van de KEW-clausule een fiscale achtergrond had.

- 2.9 Bij brief van 2 mei 2016 heeft Consument laten weten daarmee geen genoegen te nemen. Consument heeft in dat kader benadrukt dat er meerdere gelegenheden zijn geweest waarbij de Adviseur had kunnen constateren dat de gezinssituatie van wijlen de partner van Consument gewijzigd was en dat aanpassing noodzakelijk was. Dit heeft de Adviseur nagelaten.
- 2.10 Bij brief van 24 mei 2016 heeft de Adviseur opnieuw laten weten haar eerdere standpunt te handhaven. Partijen zijn er niet in geslaagd gezamenlijk tot een vergelijk te komen.

3. Vordering, klacht en verweer

Klacht, grondslag en vordering

- 3.1 Consument klaagt dat de Adviseur in haar verplichtingen jegens Consument en wijlen zijn partner is tekortgeschoten door na te laten hen te adviseren over de begunstiging op de aan hun hypothecaire lening gekoppelde verzekering.
- 3.2 Meer in het bijzonder stelt Consument dat de Adviseur ten onrechte heeft nagelaten zijn partner en hemzelf te wijzen op de noodzaak van aanpassing van de begunstiging vanaf het moment dat Consument en zijn partner een samenlevingsovereenkomst zijn aangegaan en vanaf het moment dat Consument als enige erfgenaam in het testament van zijn partner is opgenomen.

Dit lag op de weg van de Adviseur, zo stelt Consument, omdat de verzekering was afgesloten in het kader van de aflossing van de hypothecaire lening, zo blijkt onder meer uit de KEW-clausule. Dit doel wordt door de gebrekkige begunstiging niet bereikt. Na het overlijden van zijn partner heeft dit erin geresulteerd dat uitkering onder de verzekering is gedaan aan de minderjarige zoon van Consument en zijn partner.

- 3.3 Consument stelt dat de Adviseur hem en zijn partner ten minste ten tijde van de aanpassing van de verzekering in 2001 (plaatsing van de KEW-clausule) en naar aanleiding van het adviesgesprek in 2011 (over alternatieve financiering, waarbij ook gesproken is over de overlijdensrisicodekking in verband met de chronische ziekte van de partner van Consument) en ook tijdens andere adviesgesprekken gedurende de looptijd (bijvoorbeeld na de geboorte van de zoon van Consument en zijn partner in 2005) had moeten attenderen op de noodzaak van aanpassing van de begunstiging.

Consument benadrukt dat zijn partner ook ten tijde van het sluiten van de verzekering niet alleenstaand was. Volgens Consument heeft de Adviseur uitsluitend oog gehad voor de situatie waarin de verzekering op de einddatum tot uitkering zou komen en niet voor een situatie van voortijdig overlijden.

- 3.4 De Adviseur had de verplichting om tijdens advies- en onderhoudsgesprekken risico's te bespreken en de gevolgen van klantkeuzes weer te geven. Ook al waren er in 2001 nog geen kinderen, toen was al te voorzien dat er een probleem zou ontstaan als er ooit kinderen zouden komen. Van een deskundige mag worden verwacht dat hij de relevante risico's met de klant bespreekt op het moment dat sprake is van onderhoud van de hypotheek of tijdens een adviesgesprek waarbij bestaande verzekeringen worden meegenomen in het advies over een nieuw aan te kopen woning.

De stelling dat de Adviseur niet wist dat de waarde van de verzekering bedoeld was voor aflossing van de hypothecaire lening snijdt geen hout, nu deze is afgesloten toen de zoon van Consument en zijn partner nog niet geboren was. Bovendien weet de Adviseur dat de plaatsing van een KEW-clausule verplicht tot aanwending van het verzekerd kapitaal voor aflossing van de hypothecaire lening, zowel bij leven als bij overlijden. De standaard begunstiging gooit thans roet in het eten.

- 3.5 Consument claimt ten gevolge van dit alles dat een bedrag van EUR 54.732 niet op de hypothecaire lening afgelost kan worden, ten gevolge waarvan hij nu maandelijks meer aan hypotheek betaalt dan hij bij correcte aflossing had moeten doen.

Bij een correcte begunstiging had het bedrag boetevrij ingelost kunnen worden op de hypothecaire lening. Het bedrag dat Consument maandelijks meer moet betalen is ongeveer EUR 150 per maand, sinds oktober 2014. Het boetebedrag wegens vervroegd af te lossen bedraagt EUR 1.400.

- 3.6 Consument benadrukt dat hem bij het tekenen voor de uitkering is voorgehouden dat – vanwege de begunstigingsclausule – de uitkering uitsluitend aan zijn zoon gedaan kon worden. Om die reden heeft hij (noodgedwongen) getekend. Op dat moment is niet aan hem kenbaar gemaakt dat hij andere stappen kon ondernemen om het bedrag alsnog op de hypothecaire lening in te lossen.

- 3.7 De overstap naar een andere geldverstrekker is ingegeven door onvrede over de wijze waarop de Adviseur de verzekering na het overlijden van zijn partner heeft afgewikkeld. Consument zou willen dat de Adviseur een brief ten behoeve van hem opstelt aan de Belastingdienst, omdat hij zelf een leek is op dit vlak. Ook zou Consument een brief willen van de Adviseur waarin zij uiteenzet dat de afwikkeling niet is gegaan, zoals van tevoren beoogd (door middel van de KEW-clausule), zodat hij ook een document heeft dat hij later aan zijn zoon kan tonen.

Verweer

3.8 De Adviseur heeft de volgende verweren gevoerd:

- De Adviseur is in 1998 niet betrokken geweest bij het advies in het kader van het afsluiten van de verzekeringsovereenkomst en kan daarvoor niet verantwoordelijk worden gehouden. De partner van Consument heeft destijds gekozen voor een meegroeiverzekering met een standaardbegunstiging;
- In 2001 heeft de partner van Consument de Adviseur verzocht een KEW-clausule op de verzekeringsovereenkomst te plaatsen. Dit verzoek was ingegeven door fiscale voordelen. Het plaatsen van deze clausule heeft geen gevolgen voor de eventuele verpanding en begunstiging. Aangezien de geldverstrekker verpanding niet als voorwaarde heeft gesteld, was dit ook niet noodzakelijk;
- Ook in 2011 heeft een gesprek plaatsgevonden met Consument en zijn partner. Gesteld noch gebleken is dat dat Consument en zijn partner in dit gesprek hebben aangegeven dat de verzekering niet langer aan hun wensen voldeed, dan wel dat aanpassingen nodig waren;
- Consument en zijn partner hebben ook op andere momenten niet aangegeven dat zij een aanpassing wensten van de standaardbegunstiging. Het is aan de verzekeringnemer om bij gewijzigde (gezins)omstandigheden kenbaar te maken of zij een aanpassing wenst. Dit is niet gebeurd. De Adviseur verkeerde dan ook in de veronderstelling dat de producten naar wens waren;
- Er was geen aanleiding voor de Adviseur om Consument en zijn partner te adviseren haar producten aan te passen. De partner van Consument was eerste begunstigde van de verzekering. Bij leven zou de uitkering aan haar zijn uitgekeerd en had zij de uitkering kunnen aanwenden voor aflossing van de eigenwoningschuld. Met het oog op de KEW-clausule zou zij hierbij in aanmerking zijn gekomen voor een fiscale vrijstelling. De zoon van Consument en zijn partner was de tweede begunstigde. De Adviseur was niet op de hoogte van het voornemen van Consument en zijn partner om, bij overlijden van de partner van Consument, de uitkering aan te wenden ter aflossing van de financiering om de maandlasten voor Consument te verlagen. De Adviseur wist dan ook niet dat aanpassing van de begunstiging noodzakelijk was.
- Dat een KEW-clausule op de verzekering was geplaatst, maakt niet dat de Adviseur had moeten weten dat de begunstiging niet conform de wens van Consument en zijn partner was.

Met inachtneming van al het voorgaande stelt de Adviseur dat van een schending van de zorgplicht geen sprake is.

3.9 Ten aanzien van de door Consument gevorderde schade stelt de Adviseur nog het volgende. Consument heeft een schadebeperkingsplicht. Hij kan met de Belastingdienst in contact treden om de mogelijkheden te bespreken om alsnog gebruik te kunnen maken van de KEW-vrijstelling. De Adviseur is tot medewerking bereid, voor zover mogelijk, mocht dit noodzakelijk zijn.

3.10 De overige geclaimde schade komt niet voor vergoeding in aanmerking. Consument heeft zelf gekozen voor oversluiting van de financiering. Dat deze geldverstrekker mogelijk boeterente in rekening brengt als de waarde van de verzekering alsnog wordt aangewend voor gedeeltelijke aflossing, kan de Adviseur niet worden verweten. Bovendien heeft Consument deze schade niet nader onderbouwd.

3.11 Aangezien de Adviseur van mening is dat de afwikkeling is verlopen in overeenstemming met hetgeen met de partner van Consument is overeengekomen, is zij niet bereid een verklaring op te stellen dat de afwikkeling niet correct is verlopen. De Adviseur is wél bereid medewerking te verlenen aan een eventueel verzoek aan de Belastingdienst.

4. Tijdens en na de zitting

4.1 Op 8 februari 2017 heeft een zitting met partijen voor de Commissie plaatsgevonden. Ter zitting hebben partijen hun standpunt toegelicht. Ter zitting is besloten dat partijen gezamenlijk zouden onderzoeken of het mogelijk was de door Consument gestelde schade te beperken door contact op te nemen met de Belastingdienst. Het uiteindelijke doel van die actie was om te bezien of partijen alsnog tot een vergelijk konden komen.

4.2 Partijen hebben na de zitting getracht via de Belastingdienst te bewerkstelligen dat de uitkering uit de verzekering alsnog op de eigen woning-schuld in mindering zou worden gebracht. Bij brief van 19 april 2017 heeft de Inspecteur van de Belastingdienst laten weten niet bereid te zijn daaraan mee te werken:

Ik ontving uw brief met dagtekening 18 februari 2017, waarin u een verzoek doet aan de Belastingdienst om de uitkering van een Kapitaalverzekering Eigenwoning met terugwerkende kracht te herstellen en alsnog in mindering te brengen op de eigenwoningschuld.

Om uw verzoek te kunnen behandelen heb ik u in mijn brief met dagtekening 29 maart verzocht om aanvullende informatie. Hierop hebt u gereageerd en heb ik uw verzoek naar aanleiding van de aanvullende informatie beoordeeld. In deze brief leest u verder.

Antwoord op uw verzoek

Uw verzoek wijs ik hierbij af. Hierna leg ik mijn beslissing nader toe.

Uw verzoek heb ik beoordeeld op basis van het Beleidsbesluit van de **staatssecretaris van Financiën** van 28 april 2009, nr. CPP2008/1118M, Stcrt. nr. 90. In dit besluit wordt aangegeven in welke bijzondere omstandigheden herstel van een polis mogelijk is. Uit de informatie blijkt niet dat er sprake is van een administratieve fout zoals genoemd in het hiervoor genoemde beleidsbesluit.

Van een administratieve fout als zodanig is **geen sprake indien** een polis is opgemaakt op grond van een foutief fiscaal inzicht bij de verzekeringnemer, de tussenpersoon of de verzekeringsmaatschappij.

4.3 Desalniettemin hebben partijen vervolgens getracht gezamenlijk tot een vergelijk te komen. In dat kader heeft Consument een schadeberekening laten maken door [X] Accountants.

Volgens deze berekening bedraagt de schade EUR 80.225. Dit bedrag bestaat uit de volgende posten:

EUR 54.732	Gederfde vermogenstoename uitkering
EUR 15.708	Belastingheffing over rente-element uitkering
EUR 1.257	Heffingsrente/belastingrente over belastingheffing over rente-element uitkering (berekend over de periode 1 juli 2015 tot en met 30 juni 2017)
EUR 2.685	Netto-last hypotheekrente over niet-afgeloste deel lening
EUR 0,00	Netto-boeterente
EUR 1.785	Box III-heffing
EUR 3.740	Erfbelasting
EUR 318	Heffingsrente/belastingrente over erfbelasting (berekend over de periode 15 mei 2015 tot en met 30 juni 2017)

Dit moet volgens Consument worden vermeerderd met de kosten van [X] accountants, de kosten van rechtsbijstand, de kosten van het oversluiten van de hypothecaire lening en de kosten voor het bijwonen van de zitting. Totaal komt dit volgens Consument uit op een bedrag van EUR 87.962,76.

- 4.4 Bij brief van 11 september 2017 heeft de gemachtigde van Consument de Commissie laten weten er niet geslaagd te zijn met de Adviseur tot een oplossing te komen. De gemachtigde van Consument heeft de Commissie verzocht een nieuwe zitting te plannen.
- 4.5 Bij brief van 4 oktober 2017 heeft de Adviseur bevestigd dat partijen niet tot een vergelijk gekomen zijn. De Adviseur benadrukt dat de uitkering uit de verzekering, conform de begunstiging op die verzekering, is gedaan aan de zoon van Consument. Nergens blijkt uit dat die begunstiging niet in overeenstemming was met de wens van mevrouw [Naam partner consument]. De uitkering is op correcte wijze en conform de wens van mevrouw [Naam partner consument] gedaan.

Ook al zou sprake zijn van een onjuist advies, dan nog is de Adviseur niet gehouden Consument een bedrag ter hoogte van het aan de zoon uitgekeerde bedrag te voldoen. De Adviseur is dan slechts gehouden de schade als gevolg van het onjuiste advies te vergoeden. De uitkering kan niet worden aangemerkt als schade. Dat de Belastingdienst niet mee wil werken om de uitkering alsnog aan te wenden ter aflossing van de hypothecaire lening, betekent niet dat het bedrag dat aan de zoon van Consument is uitgekeerd niet alsnog daarvoor kan worden aangewend. De zoon van Consument kan dit bedrag aan Consument schenken en vervolgens kan Consument het gebruiken voor de hypothecaire lening.

Voor zover de Adviseur schadeplichtig is, bestaat de schade dan uit het bedrag aan schenkbelasting dat moet worden voldaan. De Adviseur benadrukt dat Consument nog geen aanslagen van de Belastingdienst heeft ontvangen. Nu Consument de bedragen niet aan de Belastingdienst heeft betaald, kunnen deze bedragen niet als schade worden aangemerkt en komen deze niet voor vergoeding in aanmerking.

Ook de kosten van het oversluiten van de hypothecaire lening komen niet voor vergoeding in aanmerking. Consument heeft zelf gekozen voor oversluiting. Dit stond hem vrij, maar de kosten ervan komen niet voor rekening van de Adviseur.

Ten aanzien van de kosten van [X] accountants, de kosten van rechtsbijstand en het bijwonen van de zitting verwijst de Adviseur naar artikel 44.11 van het Reglement, waaruit blijkt dat een maximum van EUR 5.000 geldt.

De Adviseur heeft zich ter afwikkeling van het geschil bereid verklaard de hypotheekrente te vergoeden over het gedeelte van de financiering dat niet is afgelost als gevolg van het feit dat de uitkering aan de zoon van Consument is gedaan. Omdat Consument de hypothecaire lening in mei 2015 heeft overgesloten, heeft de Adviseur vanaf dat moment geen zicht meer op de financiering. Consument zal dan ook een onderbouwing moeten geven van de bedragen uit 2015, 2016 en 2017.

- 4.6 Omdat partijen er niet in geslaagd zijn gezamenlijk tot een vergelijk te komen, zal de Commissie in het hiernavolgende een oordeel vellen over de klacht van Consument. De Commissie heeft het verzoek van Consument tot het houden van een tweede hoorzitting afgewezen.

5. Beoordeling

- 5.1 Uitgangspunt bij de beoordeling van het onderhavige geschil vormt de relatie tussen Consument en de Adviseur. De overeenkomst tussen Consument en de Adviseur is een overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 Burgerlijk Wetboek (BW).
- 5.2 Op de Adviseur als opdrachtnemer rust een zorgplicht jegens Consument als opdrachtgever. Dit brengt mee dat de Adviseur als deskundig tussenpersoon bij de uitvoering van haar (advies)werkzaamheden dient te handelen overeenkomstig hetgeen van een redelijk bekwaam en redelijk handelend tussenpersoon mag worden verwacht (zie HR 10 januari 2003, NJ 2003,375, rov.3.4.1).
- 5.3 Deze algemene zorgplicht is ingevuld in de jurisprudentie. Daarin is onder meer bepaald dat een adviseur zorgvuldigheid moet betrachten bij de advisering van een verzekeringnemer. Een adviseur moet een (potentiële) verzekeringnemer zodanig informeren over de aard van het product en de risico's van bepaalde keuzes, dat de (potentiële) verzekeringnemer een weloverwogen beslissing kan nemen. De Commissie verwijst naar uitspraak 2011-214.
- 5.4 Bovendien geldt de zorgplicht van de adviseur niet alleen ten tijde van het sluiten van een overeenkomst ten behoeve van de verzekeringnemer. De zorgplicht vergt een actieve en voortdurende bemoeienis door de adviseur met de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen. Dit dient er toe te bewerkstelligen dat de belangen van zijn opdrachtgevers steeds adequaat zijn gediend.

Dit betekent onder meer dat op een adviseur de verplichting rust gedurende de looptijd van de overeenkomst periodiek de passendheid van het product te toetsen. De adviseur mag bovendien niet stil blijven zitten wanneer hij kennis neemt van feiten die meebrengen dat de door hem beheerde verzekeringen aanpassing behoeven.

- 5.5 De inhoud van de zorgplicht, zoals nader uitgewerkt in de jurisprudentie, betekent in dit concrete geval dat Consument in ieder geval ten tijde van het gesprek met de Adviseur in 2011 mocht verwachten dat de Adviseur niet uitsluitend oog zou hebben voor de situatie bij leven van de partner van Consument, maar ook voor de situatie bij voortijdig overlijden. Een simpele beschouwing van die situatie zou immers terstond duidelijk gemaakt hebben dat de uitkering in dat geval niet bij Consument, maar bij het minderjarige kind van Consument terecht zou komen. Dit zou aanwending als aflossing op de hypothecaire lening op zijn minst bemoeilijken, omdat de standaard begunstiging zich niet goed verhoudt tot de KEW-clausule.

De Adviseur stelt dat de plaatsing van de KEW-clausule ingegeven is door fiscale motieven, maar de fiscale voordelen kunnen alleen ten volle benut worden, wanneer de waarde van de verzekering ook daadwerkelijk wordt aangewend voor aflossing van de hypothecaire lening.

- 5.6 De Commissie is van oordeel dat de Adviseur met inachtneming van het voorgaande jegens Consument is tekortgeschoten in de uitvoering van zijn zorgplicht. Indien de Adviseur zijn werkzaamheden ten behoeve van Consument naar behoren zou hebben uitgevoerd, zou de aanpassing van de begunstiging aan de orde zijn gesteld. In het licht van hetgeen Consument hieromtrent heeft gesteld en door de Adviseur niet dan wel onvoldoende is weersproken, acht de Commissie het bovendien aannemelijk dat het aan de orde stellen van de begunstiging ertoe zou hebben geleid dat Consument en zijn echtgenote de begunstiging zouden hebben aangepast.

- 5.7 Met inachtneming van het voorgaande dient de Adviseur de schade die Consument lijdt als gevolg van deze omissie te vergoeden. Alvorens de Commissie ingaat op de omvang van die schade, merkt de Commissie op dat naar haar oordeel op de schade een correctie dient te worden toegepast voor de eigen schuld die Consument heeft aan het ontstaan van de door hem aan de Adviseur verweten situatie, waarin de verzekeringsuitkering diende te worden gedaan aan zijn zoon.

Vaststaat immers dat Consument in 2012 een polisblad heeft ontvangen. Consument had op basis van dat polisblad eenvoudig zelf kunnen vaststellen dat de tweede begunstigde (na de echtgenote van Consument) niet Consument was, maar het minderjarige kind van Consument en zijn echtgenote. Consument heeft naar aanleiding daarvan geen contact opgenomen met de Adviseur om de begunstiging te laten aanpassen. Met inachtneming daarvan is naar het oordeel van de Commissie een eigen schuld-correctie van 50% passend.

- 5.8 De Commissie komt vervolgens toe aan de omvang van de schade. Voor bepaling van de schade is leidend dat Consument in de positie moet worden gebracht, waarin hij zou hebben verkeerd indien de Adviseur zijn werkzaamheden naar behoren zou hebben uitgevoerd. In dat geval zou de begunstiging zijn aangepast, hetgeen ertoe zou hebben geleid dat de uitkering na overlijden van de echtgenote van Consument aan Consument zou zijn gedaan. Consument zou de uitkering in dat geval hebben kunnen aanwenden voor de hypothecaire lening.
- 5.9 Er is gepoogd medewerking te verkrijgen van de Belastingdienst om dit alsnog (met fiscale correctie) te kunnen terugdraaien. De Belastingdienst wil daaraan geen medewerking verlenen. Dit betekent dat Consument vermoedelijk een naheffing zal krijgen van de Belastingdienst, in verband met het niet (rechtstreeks) aanwenden van het kapitaal uit de verzekering met de KEW-clausule. De Adviseur is gehouden deze naheffing aan Consument te voldoen.

Niettegenstaande het voorgaande kan bereikt worden dat Consument het bedrag alsnog kan aanwenden voor aflossing van de hypothecaire lening door te bewerkstelligen dat het bedrag door zijn minderjarige zoon aan hem betaald wordt. De zoon van Consument is ten gevolge van de toerekenbare tekortkoming van de Adviseur ongerechtvaardigd verrijkt. Zou de Adviseur geen toerekenbare tekortkoming hebben gepleegd, dan zou de begunstiging zijn aangepast en zou de uitkering uit de verzekering aan Consument zijn gedaan en niet aan zijn minderjarige zoon. Indien de uitkering door de minderjarige zoon aan Consument wordt betaald, is Consument in de positie gebracht, als zou de begunstiging correct zijn uitgevoerd.

- 5.10 Consument vordert een totaalbedrag van EUR 87.962,76. Dit bedrag bestaat uit diverse posten, waarop de Commissie in het hiernavolgende ingaat:

- **Gederfde vermogenstoename uitkering: EUR 54.732**
Van een gederfde vermogenstoename is geen sprake, wanneer de zoon van Consument de uitkering aan Consument betaalt. Het kind van Consument is als gevolg van de toerekenbare tekortkoming van de Adviseur ongerechtvaardigd verrijkt. De Commissie wijst dit onderdeel van de vordering van Consument af.
- **Fiscale heffingen en heffingsrentes: diverse bedragen**
Consument heeft een berekening laten maken van de belastingen die hij verschuldigd zou zijn ten gevolge van het handelen van de Adviseur. Als onweersproken staat vast dat Consument nog geen aanslagen van de Belastingdienst heeft ontvangen.

Voor zover Consument belastingen of boetes verschuldigd zal blijken te zijn, die hij niet verschuldigd zou zijn geweest bij een correcte uitvoering van de werkzaamheden door de Adviseur, is de Adviseur gehouden deze te vergoeden.

Consument dient daartoe aan te tonen dat deze belastingen onherroepelijk verschuldigd zijn en dat zij eventuele fiscale vrijstellingen overschrijden. Met inachtneming van de eigen schuld van Consument dient op de toewijzing van dit onderdeel van de vordering een eigen schuld-correctie van 50% te worden toegepast.

- **kosten oversluiten hypothecaire lening: EUR 1.300**

De kosten voor oversluiten van de hypothecaire lening komen niet voor vergoeding in aanmerking. Er bestond geen noodzaak tot oversluiting. Consument heeft hiervoor zelf gekozen. De Commissie wijst dit onderdeel van de vordering van Consument af.

- **kosten [X] accountants: EUR 2.813,25**

De kosten voor vaststelling van de schade door [X] accountants komen op grond van artikel 6:96 lid 2 sub b BW voor vergoeding in aanmerking. De Commissie wijst dit onderdeel van de vordering van Consument toe. De Commissie past daarop een eigen schuld-correctie toe van 50%.

- **kosten rechtsbijstand: EUR 3.624,51 (waaronder reiskosten en vakantiedag Consument)**

Kifid kent een eigen liquidatietarief. De Commissie gaat in de onderhavige zaak uit van Tarief IV en kent daarom EUR 300 toe per procespunt voor de rechtsbijstand door de advocaat van Consument. De Commissie kent daarbij, met het oog op de aard van de zaak en het verloop van de behandeling, twee punten toe voor de schriftelijke fase en één punt voor de mondelinge behandeling. Daarmee komt de vergoeding voor de rechtsbijstandverlening door de advocaat op EUR 900. In aanvulling daarop kent de Commissie een bedrag van EUR 100 toe, in verband met de reiskosten en het bijwonen van de zitting door Consument. Totaal kent de Commissie een bedrag van EUR 1.000 toe voor kosten van rechtsbijstand. De Commissie past op het totaal van deze kosten een eigen schuld-correctie toe van 50%.

6. Beslissing

De klacht van Consument is gegrond.

De Commissie beslist dat de Adviseur binnen vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, aan Consument vergoedt 50% van de kosten van [X] accountants en de kosten van rechtsbijstand (€ 3.813,25 gedeeld door twee: € 1.906,63).

De Adviseur dient voorts aan Consument te vergoeden 50% van de eventuele aanslagen van de Belastingdienst, voor zover die het gevolg zijn van het niet-correct uitvoeren van de werkzaamheden door de Adviseur, een en ander binnen vier weken nadat Consument daarvan aan de Adviseur onherroepelijk bewijs heeft overgelegd. De Commissie wijst het meer of anders gevorderde af.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van bindende 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 www.kifid.nl/consumenten/hoe-wordt-uw-klacht-behandeld.

U kunt, binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak, bij de Voorzitter van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening schriftelijk een verzoek indienen tot herstel van kennelijke vergissingen in de uitspraak. U moet daarbij met name denken aan correctie van reken- of schrijffouten en verbetering van namen en data. De volledige procedure met de termijnen die daarbij in acht moeten worden genomen staat beschreven in artikel 46 van het Reglement.