

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2019-808
(mr. A.W.H. Vink, voorzitter, mr. E.L.A. van Emden, mr. R.L.H. IJzerman, leden en
mr. drs. D.J. Olthoff, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 9 juli 2018
Ingediend door : Consument
Tegen : ten Hag Groep B.V., gevestigd te Enschede, verder te noemen Tussenpersoon
Datum uitspraak : 17 oktober 2019
Aard uitspraak : Bindend advies

Samenvatting

Bindend advies. Zorgplicht tussenpersoon. Consument heeft als directeur grootaandeelhouder een deel van zijn pensioenaanpraak via bemiddeling van zijn tussenpersoon (Tussenpersoon) ondergebracht bij een verzekeraar. In verband met de naderende einddatum van de gesloten pensioenverzekering heeft Tussenpersoon Consument eind september 2016 een brief gezonden waarin onder meer wordt aangekondigd dat er voor Consument een keuzemoment komt in verband met de te verwachten uitkering. Kort daarna heeft Tussenpersoon Consument laten weten dat de pensioenverzekering op 1 februari 2017 tot uitkering zou komen. In een gesprek eind november 2016 heeft Consument Tussenpersoon verzocht om uitstel van de uitkeringsdatum aan te vragen, waarna een reactie van Tussenpersoon uitbleef en Consument een aantal malen, laatstelijk op 10 juli 2017, heeft gerappelleerd. Per 1 april 2017 is de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer inwerking getreden. Voor Consument betekende dit dat een eventuele keuze voor het omzetten van het pensioenkapitaal in pensioen in eigen beheer voor 30 juni 2017 zou moeten worden uitgevoerd. Consument verwijt Tussenpersoon dat deze hem niet tijdig heeft gewezen op de mogelijkheid van omzetting en op het feit dat deze mogelijkheid per 30 juni 2017 zou komen te vervallen. Consument vordert een bedrag van € 85.862,00 aan kapitaalverlies (schade van de B.V.) en een bedrag van € 16.536,00 verlies aan pensioenuitkering vermeerderd met 20% vennootschapsbelasting. De Commissie oordeelt dat, uitgaande van zijn bevoegdheid om te oordelen over het onderdeel van de klacht dat betrekking heeft op de belangen van Consument als uitkeringsgerechtigde, dit onderdeel van de klacht gegrond is en beslist dat, met in achtneming van een percentage eigen schuld van 50 %, Tussenpersoon aan Consument een bedrag moet vergoeden van € 8.268,00.

1. Procesverloop

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

- het door Consument ingediende klachtformulier;
- de klachtbrief van Consument met bijlagen;
- het verweerschrift van Tussenpersoon;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Tussenpersoon;
- de pleitnotitie van Consument.

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

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 23 september 2019 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

- 2.1 Consument is sinds 1 juni 1991 directeur grootaandeelhouder van de vennootschap [naam vennootschap]. Consument heeft in die hoedanigheid een deel van zijn pensioen-aanspraak ondergebracht bij een verzekeraar (hierna: Verzekeraar). Hij heeft hiertoe door bemiddeling van Tussenpersoon een pensioenverzekering gesloten bij Verzekeraar.
- 2.2 In de eerste helft van 2007 heeft Tussenpersoon aan Consument een (ongedateerde) brief gezonden waarin onder meer het volgende te lezen is:

“[plaatsnaam]

Betreft: De nieuwe Pensioenwet en uw pensioenopbouw

Geachte,

Vanaf 1 januari 2007 is de Pensioenwet (PW) ingevoerd als opvolger van de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW). (...) Hoewel de Pensioenwet voornamelijk is geschreven voor de werknemer in loondienst heeft de wet ook consequenties voor de pensioenregeling van DGA's. En dus ook voor u. Vandaar dat wij u met deze brief willen informeren.

Uw pensioensituatie

U heeft met uw B.V. een pensioenovereenkomst gesloten waarbij uw pensioenrechten (gedeeltelijk) binnen uw onderneming worden opgebouwd. Dit heet 'pensioen in eigen beheer'. Daarnaast heeft u via onze bemiddeling een pensioenverzekering afgesloten. Hierdoor is een gedeelte van uw pensioen (her)verzekerd bij een levensverzekeringsmaatschappij.

*Op dit deel van uw pensioen was altijd de beschermende werking van de PSW van toepassing. Bij een eventueel faillissement van uw B.V. kon de curator deze verzekering niet inwinnen.
(...)*

Wat gaat er veranderen met de komst van de pensioenwet?

Het kapitaal opgebouwd onder een Pensioenwetpolis kent wel alle bescherming die de Pensioenwet biedt, maar heeft als nadeel dat het niet meer kan worden overgedragen naar uw eigen B.V.

Een polis zonder Pensioenwetclausule kent, onder voorwaarden, ook faillissementsbescherming. Bovendien kan het kapitaal in zo'n polis wel overgemaakt worden naar uw eigen B.V., tenzij in die polis pensioenaanspraken zijn verzekerd die zijn opgebouwd gedurende een loondienstperiode waarin u geen DGA was.

Wel of geen Pensioenwet clausule op uw polis ?

*U dient een keuze te maken of u uw pensioenverzekering wel of niet onder de werking van de Pensioenwet wilt laten. Immers, aangezien u al een pensioenovereenkomst heeft, valt u onder het overgangsregime. Dat betekent dat u tot 31 december 2007 de tijd heeft om te bepalen of u uw pensioenverzekering wel of niet onder de werking van de Pensioenwet wilt laten vallen.
(...)*

Alvorens een keuze te kunnen maken, kunnen wij ons voorstellen dat u graag meer informatie over deze complexe materie wilt ontvangen. (...)

*Desgewenst kan er een afspraak met een van onze pensioenadviseurs worden gemaakt.
(...)"*

- 2.3 Consument heeft op 22 juli 2007 het antwoordformulier voor de pensioenverzekering bij Verzekeraar ingevuld, samen met zijn echtgenote ondertekend en aan Tussenpersoon toegestuurd. Op dit formulier is kenbaar gemaakt dat Consument er voor kiest om per 1 januari 2008 zijn verzekering niet onder de Pensioenwet te laten vallen. Tevens heeft Consument als volgt de DGA verklaring ingevuld:

*"Ik wil mijn [naam Verzekeraar] verzekerde pensioenaanspraken per 1 januari 2007 aan laten merken als pensioen met fiscale pensioenclausule. De Pensioenwet is dan niet van toepassing. Er is **geen** sprake van een (gedeeltelijk) werknemerspensioen. (...)"*

- 2.4 Bij brief van 29 september 2016 heeft Tussenpersoon Consument bericht dat in verband met de naderende einddatum van de pensioenverzekering Consument bepaalde keuzes moet gaan maken. In de brief worden door Tussenpersoon twee modules aangeboden voor wat betreft de begeleiding bij het maken van de keuzes: een *quick scan* pensioenaankoop en een uitgebreide pensioenplanning met aankoopbegeleiding.

- 2.5 In oktober 2016 heeft Verzekeraar aan zowel Tussenpersoon als Consument bericht dat per 1 februari 2017 de pensioenverzekering van Consument tot uitkering komt.
- 2.6 Op 29 november 2016 heeft een bespreking tussen Consument en Tussenpersoon plaatsgevonden. Consument heeft Tussenpersoon verzocht om de uitkeringsdatum van de pensioenverzekering uit te stellen tot 1 november 2017. Tussenpersoon heeft verzuimd om uitstel van de uitkeringsdatum te vragen. Consument heeft op 13 maart 2017, 22 mei 2017, en 10 juli 2017 gerappelleerd.
- 2.7 Op 1 april 2017 is de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer in werking getreden. Ten gevolge daarvan is de keuzemogelijkheid om het bij Verzekeraar opgebouwde pensioenkapitaal om te zetten in een pensioen in eigen beheer komen te vervallen. Om nog van de regeling gebruik te kunnen maken moesten de pensioenaanspraken uiterlijk 30 juni 2017 aan [naam vennootschap] zijn overgedragen.
- 2.8 Met een e-mailbericht van 13 juli 2017 heeft Consument aan Tussenpersoon laten weten geen gebruik meer te willen maken van de diensten van Tussenpersoon. Bij brief van diezelfde datum heeft Consument Verzekeraar dienovereenkomstig geïnformeerd en verzocht om de einddatum van de pensioenverzekering uit te stellen tot 1 november 2017.
- 2.9 In november 2017 heeft Consument een offerte voor een met de uitkering onder de pensioenverzekering aan te kopen garantiepensioen bij een verzekeraar geaccepteerd.
- 2.10 Op 30 januari 2018 heeft Consument een klacht ingediend bij Tussenpersoon. Met een e-mail van 17 april 2018 heeft Tussenpersoon de klacht van Consument afgewezen omdat volgens Tussenpersoon geen sprake is van een tekortkoming of schade.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

- 3.1 Consument vordert € 127.997,00 alsmede de wettelijke rente. Dit bedrag bestaat uit een bedrag van € 85.862,00 aan kapitaalverlies en een bedrag van € 16.536,00 verlies aan pensioenuitkering, vermeerderd met 20% vennootschapsbelasting.

Grondslag en argumenten daarvoor

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag. Tussenpersoon is toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van zijn zorgplicht. Consument voert hiertoe de volgende argumenten aan.

- Op grond van zijn zorgplicht had Tussenpersoon Consument tijdig moeten wijzen op de mogelijkheid om het op de pensioenleeftijd uit te keren kapitaal (€ 184.680,00) van de verzekering als pensioen in eigen beheer onder te brengen in [naam vennootschap].
- Ten onrechte beroept Tussenpersoon zich op de op 22 juli 2007 door Consument ondertekende verklaring en de begeleidende brief van Tussenpersoon 18 juli 2007. Deze brief is een algemene, niet persoonlijk geadresseerde, voorbeeldbrief.
- Tussenpersoon stelt dat Consument geen opdracht heeft gegeven voor een *quick scan*. Consument heeft echter op 29 november 2016 aan Tussenpersoon mondeling de opdracht verstrekt voor een *quick scan*.
- Los van het voorgaande had Tussenpersoon alleen al op grond van zijn zorgplicht Consument actief moeten informeren over het feit dat de mogelijkheid van overdracht van het extern verzekerd pensioen naar pensioen in eigen beheer per 30 juni 2017 zou eindigen. Zou Consument tijdig zijn geïnformeerd dan zou hij het kapitaal niet hebben omgezet naar een uit te keren garantiepensioen door een verzekeraar maar zou hij dit in eigen beheer hebben ondergebracht in [naam vennootschap] en met het kapitaal een studentenwoning hebben gefinancierd. Consument zou uit de opbrengsten van de verhuur bij leven een hogere uitkering hebben kunnen genereren dan hij thans via de verzekeraar ontvangt (door Consument berekend op, contant gemaakt, € 16.536,00). Daarnaast zou bij overlijden van Consument en zijn echtgenote de waarde van de woning/het resterende kapitaal (door Consument berekend op, contant gemaakt, € 85.862,00) in [naam vennootschap] zijn gebleven.

Verweer

3.3 Tussenpersoon heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd:

- Tijdens een bespreking met partijen op 29 november 2016 heeft Consument laten blijken geen prijs te stellen op een *quick scan* en ook geen uitgebreide pensioenplanning, omdat Consument zelf van plan was offertes op te vragen voor een aan met het uit te keren pensioenkapitaal aan te kopen garantiepensioen. Consument heeft Tussenpersoon geen opdracht gegeven voor een *quick scan* maar slechts verzocht de uitkeringsdatum uit te stellen. Aan Tussenpersoon is uitsluitend gevraagd te zijner tijd een betere offerte te bewerkstelligen dan Consument zelf zou kunnen krijgen.

Indien Consument wel om een *quick scan* had gevraagd en deze was uitgebleven, dan had het voor de hand gelegen dat Consument daarover bij Tussenpersoon zou hebben gerappelleerd of aan een andere adviseur zou hebben gevraagd deze *quick scan* uit te voeren. Consument heeft dit niet gedaan.

- Reeds in 2007 heeft Tussenpersoon Consument erop gewezen dat het mogelijk was om pensioen aan [naam vennootschap] over te aan dragen in eigen beheer. De door Tussenpersoon in dat kader in de toelichtende brief verstrekte informatie is duidelijk en voldoende. Vast staat dat Consument vanaf 2007 op de hoogte was c.q. kon zijn van de voornoemde mogelijkheid. Dat Consument geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om zich naar aanleiding van de destijds door Tussenpersoon verstrekte informatie te laten adviseren, is geen omstandigheid die binnen de risicosfeer van Tussenpersoon valt.
- Zo Tussenpersoon al handelen in strijd met zijn zorgplicht kan worden verweten, heeft Consument niet kunnen aantonen dat deze fout tot schade heeft geleid. De waarde van het aangekochte garantiepensioen met weduwenpensioen in het economisch verkeer per 1 november 2017 was € 184.680,00. Indien het pensioenkapitaal zou zijn aangewend voor een pensioen in eigen beheer, blijft de waarde in het economisch verkeer gelijk. Ten onrechte vergelijkt Consument het pensioen in eigen beheer met een levenslang garantiepensioen met weduwenpensioen. Zo er al een vergelijking kan worden gemaakt, is de waarde van het fictieve pensioen in eigen beheer lager dan de waarde van het thans verzekerde garantiepensioen.
- Uit de door Tussenpersoon in 2007 toegezonden informatie bleek duidelijk dat de mogelijkheid bestond om het verzekerde kapitaal onder te brengen in [naam vennootschap]. Uit de keuze van Consument destijds bleek ook dat Consument deze mogelijkheid wilde behouden. De stelling Consument achteraf dat hij niet wist dat deze mogelijkheid er was, is niet geloofwaardig. In de brief uit 2007 wordt Consument erop geattendeerd dat het raadzaam kan zijn contact op te nemen met Tussenpersoon. Dit heeft Consument niet gedaan. Consument heeft daardoor zelf bijgedragen aan het ontstaan van de huidige situatie.

4. Beoordeling

- 4.1 De Commissie is bevoegd te oordelen over de vordering, voor zover deze betrekking heeft op de belangen van Consument als uitkeringsgerechtigde. Deze vordering komt naar opgave van Consument neer op een bedrag van € 16.536,00 ter zake van verlies aan toekomstige pensioenuitkering. Het tevens gevorderde bedrag van € 85.862,00, te vermeerderen met 20% vennootschapsbelasting, betreft de contante waarde van het kapitaal dat volgens Consument, bij een pensioen in eigen beheer, op basis van een door Consument verondersteld rendement en uitgaande van de door de Verzekeraar gehanteerde sterftetabel, zou resterende bij overlijden van Consument en zijn echtgenote. Dit bedrag zou alsdan echter toekomen aan [naam vennootschap] en niet aan Consument.

Het betreft dus niet zozeer de eventueel door Consument te lijden schade als wel de eventueel door [naam vennootschap] te lijden schade en in zoverre gaat het dus om een vordering die mogelijk aan [naam vennootschap] toekomt. Het beoordelen van deze vordering valt niet binnen de bevoegdheid van de Commissie (artikel 60 Reglement Geschillencommissie Kifid).

- 4.2 Vervolgens is aan de orde of Tussenpersoon is tekortgeschoten in de nakoming van de op hem jegens Consument rustende verbintenissen. Daarbij wordt vooropgesteld dat een assurantietussenpersoon op grond van artikel 7:401 Burgerlijk Wetboek (BW) tegenover zijn opdrachtgever verplicht is om bij zijn werkzaamheden de zorg te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot verwacht mag worden. Deze algemene zorgplicht is verder ingevuld in de rechtspraak. In dat kader is onder meer bepaald dat de tussenpersoon moet waken voor de belangen van de verzekeringnemers bij de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen. Daarbij hoort ook dat de tussenpersoon de verzekeringnemer tijdig opmerkzaam maakt op de gevolgen die hem bekend geworden feiten voor de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen kunnen hebben. Het gaat dan om feiten die aan de tussenpersoon bekend zijn of die hem redelijkerwijs bekend behoorden te zijn (zie HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0122, NJ 2003, 375, rov. 3.4.1). De zorgplicht van de tussenpersoon geldt niet alleen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst maar vergt een voortdurende bemoeienis door de tussenpersoon met de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen. Een tussenpersoon mag dus in beginsel niet stil blijven zitten wanneer hij tijdens de looptijd van de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen kennis neemt van feiten of omstandigheden die meebrengen dat de door hem beheerde verzekeringen mogelijk aanpassing behoeven.
- 4.3 Tussen partijen is niet in geschil dat de door Consument gesloten pensioenverzekering in ieder geval tot 13 juli 2017 behoorde tot de portefeuille van Tussenpersoon. Tussenpersoon wist bovendien op basis van het door Consument in 2007 ingevulde antwoordformulier dat Consument de mogelijkheid wilde openhouden om het pensioen in eigen beheer onder te brengen bij [naam vennootschap]. Met de inwerkingtreding van de Wet uitfasering pensioen op 1 april 2017 had Tussenpersoon tevens behoren te weten dat de keuzemogelijkheid voor Consument om het bij Verzekeraar opgebouwde pensioenkapitaal om te zetten in pensioen in eigen beheer per 30 juni 2017 zou komen te vervallen. Onder die omstandigheden had het op de weg van Tussenpersoon gelegen om Consument actief te attenderen op het feit dat de keuzemogelijkheid om het pensioenkapitaal onder te brengen in eigen beheer per 30 juni 2017 zou eindigen, teneinde Consument de gelegenheid te bieden alsnog die keuze te kunnen maken.
- 4.4 Vaststaat dat Tussenpersoon Consument niet heeft geïnformeerd dat de keuzemogelijkheid om het pensioenkapitaal onder te brengen in eigen beheer per 30 juni 2017 zou eindigen.

De vraag of Consument nu wel of niet om een *quick scan* heeft verzocht, kan dan verder in het midden blijven. Vast staat immers dat Tussenpersoon toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de op hem jegens Consument rustende zorgplicht zodat hij gehouden is de dientengevolge door Consument geleden en nog te lijden schade te vergoeden.

- 4.5 De Commissie stelt vervolgens voorop dat de door Consument als gevolg van de tekortkoming van Tussenpersoon geleden schade moet worden vastgesteld door een vergelijking te maken tussen de vermogenssituatie waarin Consument zich thans bevindt en de situatie waarin hij zich zou hebben bevonden indien de fout van Tussenpersoon achterwege zou zijn gebleven.
- 4.6 Consument heeft in dat kader betoogd dat, indien Tussenpersoon hem daar tijdig op zou hebben gewezen, (i) hij gebruik zou hebben gemaakt van de mogelijkheid om het pensioen in eigen beheer bij [naam vennootschap] onder te brengen en (ii) hij en zijn echtgenote in dat geval (in de toekomst) een in totaal hogere maandelijkse pensioenuitkering zouden hebben ontvangen dan hij en zijn echtgenote thans zullen genieten op grond van het met het vrijgekomen pensioenkapitaal aangekochte garantiepensioen. Consument begroot dat verschil op, contant gemaakt, € 16.536,00.
- 4.7 De Commissie is op grond van het feit dat Consument in 2007 uitdrukkelijk heeft gekozen om de mogelijkheid van een pensioen in eigen beheer open te laten, van oordeel dat ervan moet worden uitgegaan dat Consument, indien hij daar door Tussenpersoon tijdig op was gewezen, die keuze ook 2017 had willen maken.
- 4.8 De volgende vraag is dan of Consument ook beter af zou zijn geweest indien hij het met de pensioenverzekering opgebouwde kapitaal zou hebben aangewend voor een pensioen in eigen beheer in [naam vennootschap]. Daarbij is in dit geval van belang dat de door Consument gestelde schade zich grotendeels nog niet heeft gemanifesteerd, maar dat het gaat om mogelijk in de toekomst nog te lijden nadeel. Dit brengt mee dat de vaststelling van de vermogenspositie waarin Consument zich zonder de fout van Tussenpersoon zou hebben bevonden noodzakelijkerwijs gebaseerd zal moeten zijn op onzekere, want nog toekomstige, omstandigheden. In dat kader is niet alleen te denken aan de uiteindelijke levensduur van Consument en zijn echtgenote en dus het aantal uitkeringen dat zij zullen kunnen genieten, maar ook aan de met het voor het pensioen in eigen beheer bestemde kapitaal door [naam vennootschap] te behalen rendementen, waarbij geenszins kan worden uitgesloten dat Consument met een pensioenbelegging in eigen beheer uiteindelijk zelfs (aanzienlijk) slechter af zou zijn geweest dan met het door hem aangekochte garantiepensioen. Gelet op deze onzekere toekomstige omstandigheden kan niet met zekerheid worden vastgesteld dat Consument schade zal lijden als gevolg van de door Tussenpersoon gemaakte fout.

Wel kan met zekerheid worden vastgesteld dat Consument als gevolg van de fout van Tussenpersoon de kans op een beter resultaat bij een pensioen in eigen beheer is ontnomen. Tegen deze achtergrond schat de Commissie, goede een kwade kansen wegende en met inachtneming van het feit dat Consument op basis van de toelichting op het antwoordformulier in 2007 ook zelf had kunnen weten dat hij de mogelijkheid had kapitaal onder te brengen in [naam vennootschap], de door Consument geleden schade op de voet van artikel 6:97 BW naar billijkheid op 50% van het door Consument begrote, contant gemaakte bedrag. Dit betekent dat Tussenpersoon aan Consument een bedrag moet betalen van € 8.268,00, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf ingangsdatum van het pensioen, te weten 1 december 2017.

5. Beslissing

De Commissie beslist dat Tussenpersoon binnen vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, aan Consument vergoedt een bedrag van € 8.268,00,00 te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 december 2017.

In artikel 2 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/in-beroep-gaan-bij-kifid.

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 40 van het Reglement.