

KiFiD, Geschillencommissie
T.a.v. prof. mr. C.E. du Perron
Postbus 93257
2509 AG DEN HAAG

Van : J. Terpstra
E-mail : concept@home.nl
Telefoon : 06 – 45 402 408
Datum : 15 september 2014
Betreft : Vermindering van eis
Uw kenmerk : GC-13-00484, [X] - Levob

Geachte heer Du Perron,

Inzake opgemelde klacht van de heer [X] en mevrouw [Y], ben ik tot het voortschrijdend inzicht gekomen dat bij enkelvoudige overeenkomsten, voor zover uw Commissie zich nog steeds niet bevoegd acht om te oordelen over het beroep op het toestemmingsvereiste op grond van artikel 1:88 BW, een 100% schadeloosstelling geen haalbare kaart is gebleken. Met andere woorden: er is dan vrijwel altijd sprake van enige mate van eigen schuld bij de Consument, ondanks de advisering door tussenpersonen.

Dit leidt ertoe, dat op het klachtonderdeel Zorgplichtschending de eis wordt verminderd tot 80% van de inleg plus 3,5% fictief rendement. Consument sluit hierbij aan op het gestelde in uw uitspraak GC-2014-305 d.d. 14 augustus 2014 en uitspraken van gerechtshof 's-Hertogenbosch deze zomer in navolging van de Hoge Raad op 6 september 2013.

Uw Klachteninstituut heeft tot op heden enige tientallen uitspraken gepubliceerd waarin de Geschillencommissie - in lijn met de jurisprudentie, waaronder de Commissie van Beroep Kifid c.q. haar rechtsvoorganger DSI - terecht heeft geoordeeld dat gedragingen van de tussenpersoon zijn toe te rekenen aan de bij Kifid aangesloten instelling (vgl. ook CvB DSI 27 januari 2005, nr. 91).

De tussenpersoon heeft hierbij te gelden als professionele en bij uitstek deskundige dienstverlener, terwijl bij de cliënt doorgaans een zodanige professionaliteit en deskundigheid ontbreken. Dit brengt mee dat de cliënt in beginsel ervan mag uitgaan dat de dienstverlener de zorgplicht jegens hem naleeft (vgl. HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, onder 4.3.1 en 4.3.2). Hieruit volgt dat de cliënt bij een door die dienstverlener geadviseerde constructie minder snel bedacht hoeft te zijn op en zich minder snel eigener beweging behoeft te verdiepen in niet vermelde risico's dan degene die zich rechtstreeks wendt tot een aanbieder van een effectenlease-product als bedoeld in de arresten HR 5 juni 2009, LJN:BH2811 en LJN:BH2815. Dit is ook van belang bij de causaliteitsafweging op de voet van art. 6:101 BW.

In zijn arrest van 6 september 2013 (ECLI:NL:HR:2013:CA1725, onder 3.4.2) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat wanneer sprake is geweest van advies van de tussenpersoon met betrekking tot een effectendienst, de tekortkoming bij het aangaan van de overeenkomst van een zodanig ernstige aard is, dat een aanmerkelijk deel moet worden vergoeden van het nadeel dat klager ten gevolge van het aangaan van de overeenkomst heeft geleden. Het te vergoeden nadeel kan in dat geval niet beperkt worden tot (een deel van) de restschuld, maar dan behoort ook de inleg (de rente) die klager uit hoofde van de overeenkomst heeft betaald tot de aan de tekortkoming toe te rekenen gevolgen.

Evenals de Geschillencommissie eerder, heeft nu ook gerechtshof 's-Hertogenbosch dus aansluiting gezocht bij deze zienswijze van de Hoge Raad, onder meer in zijn arrest van 8 juli 2014 (ECLI:NL:GHSHE:2014:2077, onder 4.14.23). Vrijwel overeenkomstig met uw Geschillencommissie in uitspraak GC 2014-305 (onder 5.10), is dit hof van oordeel dat op grond van het bepaalde in artikel 6:101 BW 20% van de betaalde inleg voor rekening van klager dient te blijven. De verplichting tot schadevergoeding van de aanbieder bedraagt aldus 80% van deze nadelige financiële gevolgen. NB: tussen partijen was niet in geschil dat de financiële positie van klager ten tijde van het aangaan van de overeenkomst toereikend was om zijn betalingsverplichtingen uit die overeenkomst, waaronder de mogelijke (maximale) restschuld, na te komen!

Op Aangeslotene rust in de precontractuele fase de verplichting om aan Consumenten volledige en begrijpelijke informatie te verschaffen omtrent de kenmerkende eigenschappen van de aan Consumenten aangeboden overeenkomst, waaronder de kosten die uit hoofde van die overeenkomst in rekening worden gebracht en de risico's die uit de overeenkomst voortvloeien. Dat klemt te meer omdat Aangeslotene het product voor een breed publiek beschikbaar heeft gesteld en het niet rechtstreeks, doch via tussenpersonen heeft aangeboden. Zodoende heeft Aangeslotene zich voor de kwaliteit van de informatieverstrekking ten dele afhankelijk gemaakt van die tussenpersonen.

Ook uit de door Aangeslotene opgestelde productinformatie blijkt dat daarin verwijzingen naar beleggen en sparen tegelijkertijd en door elkaar worden gehanteerd. Zo legt Aangeslotene in het voorlichtingsmateriaal de nadruk op het feit dat “u spaart voor later” en dat “als je voor later spaart, je beter voor een spaarvorm kunt kiezen die er speciaal voor gemaakt is”. Verder wordt door Aangeslotene alleen de nadruk gelegd op het behalen van hoge rendementen en wordt – ten onrechte – niet gewezen op veel minder gunstige scenario's.

Het valt niet mee om informatiemateriaal ten tijde van het afsluiten van de overeenkomst boven tafel te krijgen. Gelukkig zijn daar de zegeningen van het digitale tijdperk: via de zoekmachine web.archive.org is de startpagina van Levob uit 1998 teruggevonden (**Bijlage 1**). Midden op de startpagina treffen we de button ‘Spotlight’: “De verzekeringsoplossingen die Levob graag in de schijnwerpers zet.” Het volgende scherm toont die verzekeringsoplossingen:

Spotlight

Als inkomensverzekeraar biedt Levob zowel aan particulieren als bedrijven een uitgebreid en helder productenpakket. Onderstaande producten zet Levob graag in de schijnwerpers. Het zijn bij uitstek verzekeringsoplossingen die zich onderscheiden op het gebied van gemak, doorzichtigheid en flexibiliteit.

Onderaan de pagina met verzekeringsoplossingen, *Het Levob Hefboom Effect*.

Aandelenlease werd destijds vooral ook gepromoot als alternatieve ouderdomsvoorziening. Een voorbeeld hiervan hebben we kunnen vinden bij een van de grootste tussenpersonen van Levob in die tijd, Spaar Select. Op de startpagina treffen we in de linkerkolom de knop ‘Spaardoelen en voorzieningen’ en komen we via de bovenste knop ‘vut-pensioen’ de volgende teksten tegen (**Bijlage 2**):

Spaardoelen en voorzieningen

(...)

Indien ook u van plan bent om eerder te stoppen met werken en/of inziet dat een behoorlijk pensioen het leven vanaf 65-jarige leeftijd wel zo prettig maakt, is het verstandig daar zelf iets voor op te bouwen. Dit kan middels een lijfrente of een combinatie van een [lijfrente](#) met het [Pensioen Effect](#).

2.PensioenEffect

De meest geschikte aanvulling op uw lijfrente is het Pensioen Effect. Er zijn veel verschillende manieren om een kapitaal op te bouwen voor de aanvulling op uw VUT en/of pensioen.

(...)

U kunt ook een lijfrente of kapitaalverzekering opstarten. We gaan ervan uit dat deze spaarvorm u 12,5% rendement oplevert.

(...)

Met het Pensioen Effect is het mogelijk uw wensen te realiseren, in sommige gevallen zelfs geheel zonder maandelijkse lasten! De looptijd van het Pensioen Effect is zeer flexibel en bedraagt minimaal 5 jaar. Wilt u meer weten over deze interessante spaarvorm? Maak dan een afspraak met één van onze accountmanagers. U kunt tevens een berekening maken van hetgeen het Pensioen Effect u kan opleveren.

De tussenpersoon van Levob die [X] het Hefboom Effect als oudedagsvoorziening hebben geadviseerd, de heren [E] en [A], kunnen getuigen dat in de geest van die tijd door Levob niet over de risico's werd gesproken.

De door Aangeslotene verstrekte informatie is misleidend nu daaruit volstrekt onvoldoende blijkt dat de gesloten overeenkomst geen spaarproduct is maar dat deze gekenmerkt wordt door een combinatie van sparen, beleggen en verzekeren en dat Consument onvoldoende is geweest op de risico's die aldus aan het onderhavige product verbonden waren. Aangeslotene is in zoverre dan ook tekortgeschoten in de op haar rustende plicht om voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst aan Consument volledige en begrijpelijke informatie te verschaffen teneinde deze in staat te stellen een goede afweging te maken het product al dan niet aan te schaffen.

Het is vervolgens voldoende aannemelijk dat Consument indien hij op de juiste wijze was geïnformeerd omtrent de overeenkomst, de overeenkomst niet zou hebben gesloten. Consument is destijds door een verzekeringsadviseur geattendeerd op het bestaan van dergelijke overeenkomsten, als mogelijkheid voor pensioenopbouw. Consument heeft ook onweersproken gesteld dat hij de overeenkomst juist met het oog op aanvullend pensioen heeft afgesloten. Dat Consument bij het oogmerk pensioen bereid was aanzienlijke beleggingsrisico's te lopen is gesteld noch gebleken en is ook niet zonder meer aannemelijk. Integendeel, dergelijke risico's passen niet goed bij de aard van de overeenkomsten zoals dat in de door Aangeslotene verstrekte informatie wordt gepresenteerd, namelijk als spaarvorm voor pensioen. In dit licht bezien acht Consument het ook niet passend dat gedurende de gehele looptijd van de overeenkomst de ingelegde termijnen door Aangeslotene zijn aangewend voor de aankoop van participaties. Fondsen die, direct of indirect, hoofdzakelijk in aandelen beleggen van beursgenoteerde ondernemingen in aandelenmarkten.

De slotsom is dat Aangeslotene niet heeft voldaan aan de op haar jegens Consument rustende zorg- en informatieverplichtingen zodat zij de dientengevolge door Consument geleden schade dient te vergoeden. Nu voldoende aannemelijk is dat Consument bij een juiste voorlichting zou hebben gekozen voor een andere, veiliger spaarvorm, moet deze in beginsel in de positie worden gebracht waarin hij in dat geval zou zijn geweest. Daar staat echter tegenover dat van Consumenten ook mag worden verwacht dat zij de aan hen verstrekte informatie aandachtig doorlezen en dat zij daarover zo nodig kritische vragen stellen. Indien Consument dat had gedaan had hij, met enige moeite, kunnen ontdekken dat hij in de overeenkomst zou gaan beleggen en dus koersrisico zou gaan lopen. Aldus heeft hij deels ook zelf schuld aan het ontstaan van hun schade en moet deze in zoverre voor zijn rekening blijven. Met inachtneming van het de ernst van het aan elk van partijen te maken verwijt, kan het percentage eigen schuld aan de zijde van Consumenten worden vastgesteld op 20%.

Indien sprake is van onvoldoende feitelijke aanknopingspunten voor een concrete schadeberekening, neemt Consument voor de vaststelling van de schade als uitgangspunt dat hij bij een juiste informatieverstrekking, in plaats van een overeenkomst aan te schaffen die tegenwoordig als effectenlease worden gekenmerkt, met de ingelegde premies een spaarproduct met een vast rendement van 3,5% zou hebben gekocht. Aangeslotenen dienen dan bij wijze van schadevergoeding het op de einddatum van de overeenkomst door Consument opgebouwde spaarkapitaal te verhogen met 80% van het verschil tussen het daadwerkelijk behaalde resultaat en de som van alle ingelegde premies en eenmalige stortingen, vermeerderd met een jaarlijkse rente van 3,5% telkens vanaf de datum van inleg tot aan de einddatum van de Overeenkomst.

Hoogachtend,

J. Terpstra

Bijlage(n):

- Schermprint Levob, '*Spotlight, verzekeringsoplossingen Levob*'
- Schermprint Spaar Select '*Spaardoelen en voorzieningen*'