

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2021-1072
(mr. A.W.H. Vink, voorzitter, mr. R.J. Verschoof, drs. W. Dullemond, leden en
mr. H.G.M. Spitsbaard, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 20 juni 2018
Ingediend door : De consument
Tegen : SRLEV N.V. h.o.d.n. Zwitserleven, gevestigd te Amstelveen, verder te noemen de
verzekeraar en
De Heer & Partners B.V., gevestigd te Haarlem, verder te noemen de adviseur
Datum uitspraak : 17 december 2021
Aard uitspraak : Bindend advies
Uitkomst : Vordering (gedeeltelijk) toegewezen
Bijlage : Relevante bepalingen uit de uitvoeringsovereenkomst, de Wet op het financieel toezicht
(Wft) en het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (Bgfo)

Samenvatting

Pensioenverzekering. Zorgplicht adviseur. De consument is deelnemer in een door de verzekeraar uitgevoerde collectieve pensioenregeling op basis van een beschikbare premie. De adviseur was in opdracht van de werkgever als pensioenadviseur betrokken bij het afsluiten en de uitvoering van de pensioenregeling. De klacht van de consument is dat de premie voor het nabestaandenpensioen tijdens de looptijd van de pensioenregeling onevenredig is gestegen waardoor er te weinig ouderdomspensioen werd opgebouwd.

De verzekeraar heeft naar het oordeel van de commissie niet voldaan aan zijn informatieplicht die volgt uit artikel 60 lid 1 onder i Bgfo om een zo nauwkeurig mogelijke beschrijving te geven van de wijze waarop de premies voor de hoofddekking en de nevendekkingen worden berekend en van de factoren waardoor het beloop ervan wordt bepaald. De adviseur had in 2015, bij de aanpassing van de pensioenregeling aan de gewijzigde fiscale wetgeving, de werkgever moeten wijzen op de aanzienlijke stijging van de premie voor het nabestaandenpensioen en het daardoor achterblijven van de opbouw van het ouderdomspensioen.

Het nalaten van de verzekeraar en de adviseur is onrechtmatig ten opzichte van de consument als kenbare derde met wiens belangen zij rekening dienden te houden in het kader van de uitvoering van respectievelijk de advisering over de pensioenregeling. De commissie neemt bij de begroting van de schade als uitgangspunt dat wanneer wel was voldaan aan de informatie- en zorgplicht, het nabestaandenpensioen per 1 januari 2015 was aangepast van 3% stijgend naar gelijkblijvend, waardoor er per eind 2019, € 11.846,- meer beschikbaar zou zijn geweest voor de opbouw van het ouderdomspensioen. De verzekeraar en de adviseur zijn hoofdelijk aansprakelijk voor deze schade.

1. De procedure

- 1.1 De commissie beslist op basis van haar reglement en op basis van de door partijen aan Kifid gestuurde documenten inclusief bijlagen. Het gaat om: 1) het klachtformulier van de consument; 2) het verweerschrift van de verzekeraar; 3) het verweerschrift van de adviseur; 4) de repliek van de consument; 5) de dupliek van de verzekeraar; 6) de dupliek van de adviseur en 7) de uitlatingen van de consument en de adviseur over de in het kader van de bemiddelzitting van 11 december 2019 uitgewisselde stukken en de voortzetting van de procedure. Na de hoorzitting heeft de verzekeraar met toestemming van de commissie nog een schriftelijke toelichting gegeven, waarop de consument heeft gereageerd.
- 1.2 Op 21 augustus 2019 heeft de commissie in een tussenuitspraak beslist dat de klacht van de consument behandelbaar is.
- 1.3 Op 11 december 2020 heeft er een bemiddelzitting plaatsgevonden. Partijen zijn niet tot overeenstemming gekomen, waarna de klachtprocedure is voortgezet.
- 1.4 Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 28 september 2020. Op de hoorzitting was de consument aanwezig, samen met zijn vertegenwoordiger de heer mr. R.J.G. Veugelers, advocaat. De verzekeraar was eveneens aanwezig. De adviseur werd vertegenwoordigd door de heer [naam], medewerker, samen met de heer mr. R. Bosman, advocaat.
- 1.5 De consument, de verzekeraar en de adviseur hebben gekozen voor een bindend advies. Dit betekent dat partijen elkaar aan de uitspraak kunnen houden.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

- 2.1 De verzekeraar is vanaf 1 januari 2002 de uitvoerder van de met de werkgever van de consument overeengekomen collectieve pensioenregeling. Per 1 januari 2007 is de pensioenregeling voor een periode van 10 jaar verlengd. Deze vanaf 1 januari 2007 tot en met 31 december 2016 geldende pensioenregeling wordt hierna “de pensioenregeling” genoemd. De adviseur was in opdracht van de werkgever als pensioenadviseur betrokken bij het afsluiten en de uitvoering van de pensioenregeling.
- 2.2 De voor dit geschil van belang zijnde bepalingen uit de pensioenregeling, opgenomen in de uitvoeringsovereenkomst, zijn vermeld in de bijlage bij deze uitspraak.

- 2.3 Het geschil tussen partijen betreft de stijging van de risicopremie voor het partnerpensioen dat wordt uitbetaald bij het overlijden van de deelnemer vóór de pensioendatum, hierna te noemen “nabestaandenpensioen”. Op grond van de pensioenregeling was een jaarlijks met 3% stijgend nabestaandenpensioen verzekerd. Tijdens de looptijd van de pensioenregeling is de verschuldigde premie voor dat nabestaandenpensioen gestegen van € 4.564,- per jaar in 2007 tot € 12.897,- per jaar in 2016. Als gevolg van de stijging van de premie voor het nabestaandenpensioen bleef steeds minder kapitaal beschikbaar voor de aankoop van een ouderdomspensioen op de pensioendatum.
- 2.4 Per 1 januari 2015 is de pensioenregeling aangepast. Dit in verband met onder meer:
- De Wet verlaging maximumopbouw- en premiepercentages pensioen en maximering pensioengevend inkomen. Het fulltime loon waarover pensioen mocht worden opgebouwd werd – voor dat jaar – gemaximeerd tot € 100.000,-.
 - De wijziging van de pensioenrichtleeftijd van 65 naar 67 jaar.
 - Het vereiste om de bruto-premiestaffels te vervangen door netto-premiestaffels.
- 2.5 Bij de aftopping van het ouderdomspensioen in 2015 op € 100.000,-, is het verzekerde nabestaandenpensioen niet verlaagd. Er is wel een knip toegepast per 31 december 2014 wat betekende dat vanaf 1 januari 2015 tot 1 januari 2017 werd gerekend met een pensioenopbouw voor het nabestaandenpensioen op basis van middelloon. De werkgever is akkoord gegaan met deze aanpassing door de ondertekening van een addendum bij de uitvoeringsovereenkomst met als bijlage een aangepast pensioenreglement.
- 2.6 Na afloop van de uitvoeringsovereenkomst per 31 december 2016 zijn partijen een nieuwe pensioenregeling overeengekomen, waarin de kosten en risicopremies aanzienlijk lager waren en buiten de opbouw van het ouderdomspensioen werden getoond en in rekening gebracht. Dit was aanleiding voor vragen en vervolgens de klacht van de consument over de pensioenregeling waarin de premies voor het nabestaandenpensioen gedurende de looptijd aanzienlijk waren gestegen, ten koste van het pensioenkapitaal voor het aankopen van een ouderdomspensioen en (eventueel) partnerpensioen ná de pensioendatum.
- 2.7 De verzekeraar heeft na de bemiddelzitting op verzoek van de adviseur een berekening gemaakt voor het hypothetische geval dat de dekking voor het nabestaandenpensioen tussentijds was aangepast van 3% stijgend naar gelijkblijvend. De uitkomst daarvan is dat als dit per 1 januari 2013 was gedaan, er € 18.421,- minder aan risicopremies was betaald en dat de waarde van de polis € 24.357,- hoger zou zijn geweest per eind 2019. Bij een aanpassing per 1 januari 2015 zou er € 9.881,- minder aan risicopremies zijn betaald en dan was de waarde van de polis € 11.846,- hoger geweest per eind 2019.

De klacht en vordering

De klacht tegen de verzekeraar

2.8 De klacht van de consument is dat de premies voor het nabestaandenpensioen op risicobasis, tijdens de looptijd van de pensioenregeling onevenredig zijn gestegen (283%), terwijl deze premies ten laste kwamen van het op te bouwen kapitaal, waardoor er te weinig overbleef voor de opbouw van het kapitaal voor het ouderdompensioen. De verzekeraar heeft volgens de consument de pensioenregeling niet goed uitgevoerd. De stijging van de premie voor het nabestaandenpensioen is in strijd met artikel 5 lid 15 van de uitvoeringsovereenkomst waarin is bepaald dat de kosten gedurende de uitvoeringsovereenkomst niet worden verhoogd. Er is verder niet voldaan aan artikel 5 lid 4 van de uitvoeringsovereenkomst waarin staat dat het basisinvesteringspercentage 77,5% bedraagt. De consument mocht er door het gebruik van de term investeringspercentage vanuit gaan dat 77,5% van de beschikbare premie zou worden gebruikt voor het opbouwen van een adequaat ouderdompensioen, zonder dat daar nog eens de premies voor het nabestaandenpensioen aan zouden worden onttrokken. Er is volgens de consument niet voldaan aan artikel 60 lid 1 onder i van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen (Bgf) op grond waarvan een zo nauwkeurig mogelijke beschrijving moet worden verstrekt van de wijze waarop de premie wordt berekend. Indien de berekeningswijze wel duidelijk zou zijn geweest, had de consument gekozen voor een andere constructie. Tot slot stelt de consument dat de verzekeraar bij de maximering van het pensioengevend salaris per 1 januari 2015 tot € 100.000,-, ook het nabestaandenpensioen had moeten aanpassen. Door dat niet te doen was de premie voor het nabestaandenpensioen fiscaal bovenmatig en werd het bedrag dat beschikbaar was voor de opbouw van het ouderdompensioen nog lager.

De klacht over de adviseur

2.9 De klacht van de consument over de adviseur is dat hij niet heeft voldaan aan zijn zorgplicht. De adviseur had moeten waarschuwen dat de premieverhogingen voor het nabestaandenpensioen in strijd zijn met de uitvoeringsovereenkomst althans dat vanwege de zeer hoge premie voor het nabestaandenpensioen geen adequaat ouderdompensioen meer werd opgebouwd. De adviseur had moeten waarschuwen dat een (veel) lager percentage dan de in artikel 5 lid 4 van het in de uitvoeringsovereenkomst genoemde basisinvesteringspercentage van 77,5% beschikbaar was voor het ouderdompensioen. De adviseur heeft de werkgever niet geïnformeerd dat een 3% stijgend nabestaandenpensioen aanzienlijk duurder is. De adviseur heeft zich er niet van vergewist of de pensioenregeling nog beantwoordde aan de wensen van de werkgever en de deelnemers aan de pensioenregeling.

De adviseur had bij de aftopping van het pensioengevend salaris per 1 januari 2015 moeten waarschuwen dat het niet aftoppen van het nabestaandenpensioen en het voortzetten van de 3% stijging per jaar, in combinatie met andere factoren zoals de stijging van de leeftijd en de daling van de rente, er toe zou leiden dat de premies voor het nabestaandenpensioen nog verder zouden stijgen ten koste van het op te bouwen kapitaal voor de aankoop van het ouderdomspensioen.

De vordering

2.10 De consument vordert bijstorting op het pensioenkapitaal in de polis, zodat dit gelijk is aan de situatie dat:

Primair: gedurende de hele looptijd van de pensioenregeling 77,5% van de totale premie zou zijn gebruikt voor het opbouwen van een kapitaal voor de aankoop van het ouderdomspensioen.

Subsidiair: 50% van de premie voor het nabestaandenpensioen zou zijn betaald over de gehele looptijd van de pensioenregeling, zijnde het verschil met de premie voor een gelijkblijvend nabestaandenpensioen.

Meer subsidiair: de premie voor de overlijdensrisicoverzekering gedurende de hele looptijd 21,3% zou hebben bedragen zoals dat in 2008 het geval was.

Het verweer

2.11 De verzekeraar en de adviseur hebben de volgende verweren gevoerd.

De verzekeraar

2.12 De verzekeraar stelt dat de klacht niet ontvankelijk is omdat het verloop van de premies voor het nabestaandenpensioen in de tot 1 januari 2017 geldende uitvoeringsovereenkomst niet in de interne klachtprocedure aan de orde is geweest.

De verzekeraar heeft als inhoudelijk verweer op de klachten het navolgende aangevoerd.

Bij het aangaan van de verzekering was de premie voor het nabestaandenpensioen niet exorbitant hoog. Het tarief dat separaat werd aangeboden was hoger. Er is contractsvrijheid, de verzekeraar mag bepalen welke premie hij vraagt en de werkgever mag bepalen of hij deze prijs wil betalen. Er geldt geen universeel geaccepteerde of vaste verhouding tussen de premie voor het nabestaandenpensioen en de premie voor het ouderdomspensioen. Er zijn ook pensioenregelingen waarin alleen nabestaandenpensioen wordt verzekerd of slechts zeer weinig wordt ingelegd voor het ouderdomspensioen. Het ouderdomspensioen is een premieovereenkomst en het nabestaandenpensioen is een uitkeringsovereenkomst. Dit betekent dat de hoogte van beide dekkingen niet in een vaste verhouding staan en de hoogte van de premies daarmee ook niet.

De stijging van de risicopremie voor het nabestaandenpensioen is volgens de verzekeraar niet in strijd is met artikel 5 lid 15 van de uitvoeringsovereenkomst omdat er geen sprake is van een kostenverhoging, maar van een premieverhoging.

In artikel 5 lid 12 van de uitvoeringsovereenkomst staat volgens de verzekeraar duidelijk dat de premie voor het nabestaandenpensioen met de beleggingswaarde wordt verrekend en dus niet eerst met de beschikbare premie wordt verrekend voordat deze wordt geïnvesteerd in beleggingseenheden. De premie van het nabestaandenpensioen is volgens de verzekeraar correct vastgesteld in overeenstemming met artikel 5 lid 12 van de uitvoeringsovereenkomst waarin is vermeld hoe de risicopremie wordt berekend. De informatieverstrekking is niet in strijd met artikel 60 lid 1 onder i van het Bgfo. Dit artikel ziet namelijk op de premie die de werkgever verschuldigd is, zoals de beschikbare premie volgens de afgesproken premiestaffel. De premie voor het nabestaandenpensioen is echter niet apart verschuldigd, deze wordt namelijk verrekend met het pensioenkapitaal. Als ervan uit wordt gegaan dat deze risicopremie wél onder artikel 60 lid 1 onder i Bgfo valt, is daaraan voldaan. De werkgever wist of had behoren te weten van welke factoren de premie voor het nabestaandenpensioen afhankelijk was: het pensioenkapitaal, het kapitaal dat nodig is om het nabestaandenpensioen uit te keren, het tarief en de leeftijd van de verzekerde. De verzekeraar erkent dat niet is uitgelegd hoe het kapitaal dat nodig is om het nabestaandenpensioen uit te keren is berekend, maar stelt dat artikel 60 lid 1 Bgfo dat niet vereist. Voldoende is dat de verzekeraar beschrijft hoe hij tot een bepaalde premie komt. Het is niet vereist dat de verzekeraar de rekentechnische formule moet vermelden, zodat de premie exact kan worden berekend.

De adviseur

2.13 De adviseur voert ten eerste het verweer dat er tussen hem en de consument geen contractuele verhouding c.q. adviesrelatie is op grond waarvan op hem een (zorg)plicht rustte om individuele werknemers, waaronder de consument, van advies te voorzien. Hij betwist verder dat hij tekort is geschoten in de nakoming van de overeenkomst van opdracht met de werkgever, zodanig dat dit onrechtmatig is jegens de consument. De adviseur stelt dat hij de werkgever tijdens de looptijd van de pensioenregeling over de relevante ontwikkelingen, waaronder de verhoging van de pensioenrichtleeftijd en de maximering van het pensioengevend salaris, uitgebreid heeft geïnformeerd en de gevolgen hiervan inzichtelijk heeft gemaakt.

Ten tweede voert de adviseur het verweer dat het vereiste causaal verband ontbreekt tussen zijn beweerdelijke nalatigheid en de door de consument gestelde schade. Het is volgens de adviseur niet aannemelijk dat de opbouw van het nabestaandenpensioen zou zijn omgezet van 3% stijgend naar een gelijkblijvend nabestaandenpensioen indien hij de consument op de stijgende premie had gewezen. De keuze voor een 3% stijgend nabestaandenpensioen was bij aanvang van de pensioenregeling een bewuste keuze, omdat de gemiddelde leeftijd van de werknemers onder de 40 lag en zij (jonge) gezinnen hadden. Dit was de reden dat het van belang werd geacht om de nadruk meer te leggen op het nabestaandenpensioen en het beperken van het inflatierisico voor de nabestaanden, dan op de opbouw van het ouderdompensioen.

Het is volgens adviseur ongebruikelijk om gedurende de looptijd van de pensioenregeling een onderdeel als het nabestaandenpensioen te wijzigen, gelet op de daaraan verbonden kosten. Dit geldt temeer als de resterende duur van de regeling nog maar kort is. Het doorvoeren van een dergelijke wijziging vergt bovendien de welbewuste instemming van alle afzonderlijke deelnemers en omdat het om een nabestaandenpensioen gaat, ook van hun partners. De adviseur betwist dat het tot de voor een tussentijdse wijziging vereiste instemming van alle 26 werknemers en hun partners zou zijn gekomen. Van vier werknemers, waaronder de consument, is bekend dat een hoog partnerpensioen gewenst was, althans dat een verlaging zonder compensatie niet gewenst was. Bovendien kan er niet van uit worden gegaan dat alle werknemers (en hun partners) zonder meer zouden hebben ingestemd. Dat de werkgever niet louter volgzame mensen in dienst heeft volgt uit het feit dat bij de verlenging van de pensioenregeling in 2017 enkele werknemers tegen het verzoek om een eigen bijdrage hebben gestemd.

Ten derde voert de adviseur aan dat de consument de gestelde schade niet heeft onderbouwd.

Ten slotte wijst de adviseur erop dat de deelnemers vanaf 2007 van de verzekeraar jaarlijks waarde-overzichten en Uniforme Pensioen Overzichten ontvingen, met informatie over de ontwikkeling van het opgebouwde pensioenkapitaal en de hoogte van de premie voor onder meer het nabestaandenpensioen. De consument wist of had kunnen weten hoe de verhouding tussen het ouderdompensioen en het nabestaandenpensioen zich ontwikkelde.

3. De beoordeling

Leeswijzer

- 3.1 De commissie zal hierna eerst toelichten waarom de klacht behandelbaar is. Vervolgens zal zij toelichten waarom de verzekeraar niet in strijd met artikel 5 lid 4 (basis investeringspercentage van 77,5%) en artikel 5 lid 15 (geen kostenstijging) van de uitvoeringsovereenkomst heeft gehandeld, maar dat de verzekeraar wel zijn informatieplicht heeft geschonden en dat de adviseur niet heeft voldaan aan zijn zorgplicht, waardoor zij hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door de consument, als kenbare derde-belanghebbende geleden schade. Tenslotte wordt toegelicht dat deze schade wordt begroot op € 11.846,-.

Interne klachtenprocedure

- 3.2 De commissie verwerpt het verweer van de verzekeraar dat de interne klachtenregeling niet is doorlopen. De interne klachtenregeling heeft tot doel om partijen de gelegenheid te geven om hun geschilpunten in kaart te brengen en op te helderen en te proberen om er alsnog samen uit te komen. Die gelegenheid hebben partijen gehad bij de bemiddelzitting. Het is partijen daarbij niet gelukt om hun geschil op te lossen.

Bij die stand van zaken dient het geen redelijk doel meer om de consument nu alsnog te verplichten eerst de interne klachtenregeling te doorlopen alvorens zijn klacht kan worden behandeld. De commissie zal in plaats daarvan daarover nu uitspraak doen.

Artikel 5 lid 4 van de uitvoeringsovereenkomst

3.3 De commissie verwerpt de klacht van de consument dat hij er door het gebruik van de term 'basisinvesteringspercentage' in combinatie met het genoemde percentage ervan uit mocht gaan dat steeds 77,5% van de beschikbare premie zou worden gebruikt voor het opbouwen van een adequaat ouderdomspensioen, zonder dat daar de premies voor het nabestaandenpensioen nog aan zouden worden onttrokken. Uit het bepaalde in lid 12 van dit zelfde artikel 5 van de uitvoeringsovereenkomst blijkt immers dat de premie voor het nabestaandenpensioen wordt verrekend met de beleggingswaarde en dus niet eerst met de beschikbare premie wordt verrekend voordat deze wordt geïnvesteerd in beleggings-eenheden.

Artikel 5 lid 15 van de uitvoeringsovereenkomst

3.4 De commissie verwerpt eveneens de klacht van de consument dat de stijging van de premie voor het nabestaandenpensioen in strijd is met artikel 5 lid 15 van de uitvoeringsovereenkomst dat bepaalt dat de kosten gedurende de contractduur niet worden verhoogd. De commissie volgt de verzekeraar in zijn uitleg dat het in dit artikel gaat om de kosten en dat premies geen kosten zijn.

Informatieplicht

3.5 De commissie is anders dan de verzekeraar van oordeel dat artikel 60 lid 1 onder i van het Bgfo niet alleen ziet op de premie die de werkgever verschuldigd is, namelijk de beschikbare premie volgens de afgesproken premiestaffel. Artikel 60 lid 1 onder i van het Bgfo, ziet ook op de premies die voor eventuele nevenuitkeringen verschuldigd zijn, zoals in dit geval het nabestaandenpensioen. De verzekeraar had daarom voorafgaande aan de totstandkoming van de pensioenregeling informatie moeten verstrekken over de premie die voor het nabestaandenpensioen verschuldigd is en, omdat deze premie gedurende de looptijd fluctueert, een zo nauwkeurig mogelijke beschrijving moeten geven van de wijze waarop deze premie wordt berekend en van de factoren waardoor het beloop ervan wordt bepaald.

3.6 Uit artikel 5 lid 12 van de uitvoeringsovereenkomst blijkt dat het kapitaal waarvoor de overlijdensrisicopremie verschuldigd is, wordt berekend volgens de volgende formule: Het bij overlijden van de verzekerde uit te keren bedrag (hierna te noemen factor A) minus de beleggingswaarde van de verzekering is gelijk aan het te verzekeren overlijdensrisicokapitaal. De verzekeraar heeft in een uitlating na de hoorzitting toegelicht dat de rekenrente bij de berekening van deze factor A, werd bepaald op basis van de marktwaarde (fair value). Bij een gegarandeerde uitkering werd een risicovrije rente gehanteerd.

Deze rente was eerst gebaseerd op de staatsobligaties van Europese landen met een AAA rating en later op de Euribor Swap Curve. De verzekeraar erkent dat dit niet is vermeld in de uitvoeringsovereenkomst en dat de risicopremie niet is na te rekenen door de adviseur of de consument.

- 3.7 De verzekeraar heeft bij de totstandkoming van de pensioenregeling onvoldoende informatie verstrekt over de hoogte van de risicopremie voor het nabestaandenpensioen, de wijze waarop deze zou worden berekend en de factoren waarvan dat nabestaandenpensioen afhankelijk zou zijn. De verzekeraar heeft daardoor niet voldaan aan zijn informatieplicht die volgt uit artikel 60 lid 1 onder i Bgfo om een zo nauwkeurig mogelijke beschrijving te geven van de wijze waarop de premies voor de hoofddekking en de nevendeckingen worden berekend en van de factoren waardoor het beloop ervan wordt bepaald.
- 3.8 De consument mocht ervan uitgaan dat de pensioenregeling primair bedoeld was voor het opbouwen van een oudedagsvoorziening. Door het oplopen van de leeftijd van de consument, de dalende rente en de salarisverhogingen (waarbij het nabestaandenpensioen meesteege) is de premie voor het nabestaandenpensioen in de loop der jaren aanzienlijk gestegen. Omdat die premie werd onttrokken aan de beleggingswaarde is daardoor het voor de aankoop van een ouderdompensioen op de pensioendatum beschikbare kapitaal aanzienlijk gedaald. De pensioenregeling voldeed daarmee niet meer aan het primaire doel: het opbouwen van een oudedagspensioen.
- 3.9 Van de verzekeraar kan worden gevergd dat hij zich bij de uitvoering van de op hem uit hoofde van een overeenkomst rustende verplichtingen rekenschap geeft van de daarbij voor hem kenbaar betrokken gerechtvaardigde belangen van derden. In dit geval de belangen van de consument bij de juistheid en de volledigheid van de verstrekte informatie over de aard en de werking van de door de werkgever voor hem afgesloten pensioenregeling. Dit brengt mee dat de verzekeraar door niet te voldoen aan de op hem rustende informatieverplichting uit hoofde van artikel 60 lid 1 onder i Bgfo, niet alleen jegens de werkgever is tekort geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen, maar ook jegens de consument heeft gehandeld in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt, zodat de verzekeraar in beginsel gehouden is de door de consument als gevolg daarvan geleden schade te vergoeden.

Zorgplicht van de adviseur

- 3.10 Tot de zorgplicht van de adviseur behoort, mede gezien het bepaalde in artikel 4:20 lid 3 en artikel 4:24a Wet financieel Toezicht (Wft), dat hij de cliënt zorgvuldig adviseert en informeert over de aard en de werking van een financieel product om hem in staat te stellen een goed geïnformeerde beslissing te nemen of hij dat product al dan niet wil afnemen.

Daarbij hoort ook dat de adviseur de cliënt gedurende de looptijd van de overeenkomst op de hoogte stelt van relevante wijzigingen in het product en de gevolgen daarvan, teneinde hem in staat te stellen een goed geïnformeerde keuze te maken om dat product al dan niet (ongewijzigd) voort te zetten. Ook hier geldt dat de adviseur zich bij zijn handelen rekening dient te houden met de daarbij voor hem kenbaar betrokken gerechtvaardigde belangen van derden. In dit geval de belangen van de consument als de begunstigde van de door de werkgever voor hem afgesloten pensioenregeling. De commissie is van oordeel dat onder deze omstandigheden het op de weg van de adviseur had gelegen om in ieder geval in het kader van de wetswijziging per 1 januari 2015 inzake maximering van de pensioenopbouw de werkgever erop te wijzen dat als gevolg van de jaarlijks stijgende premies voor het nabestaandenpensioen, de kapitaalopbouw voor het ouderdompensioen in toenemende mate achter bleef bij wat daarvan verwacht mocht worden en dat de pensioenregeling op dat punt mogelijk aanpassing behoefde. Door dat niet te doen is de adviseur niet alleen jegens de werkgever tekort geschoten in de nakoming van de op hem rustende zorgplicht, maar heeft hij ook jegens de consument gehandeld in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. De adviseur is daarom in beginsel gehouden de door de consument als gevolg van zijn tekortschieten geleden schade te vergoeden.

- 3.11 De adviseur heeft nog gesteld dat het niet waarschijnlijk is dat de pensioenregeling tussentijds zou zijn aangepast, omdat daar hoge kosten aan verbonden zouden zijn en de vereiste instemming van alle deelnemers en hun partners daarvoor niet zou zijn verkregen. Daarmee betwist de adviseur in de kern het causaal verband tussen de geconstateerde fout en de gestelde schade. De commissie acht deze betwisting niet overtuigend, omdat de pensioenregeling per 1 januari 2015 wel tussentijds is aangepast, waarbij ook ten nadele van de opbouw van het nabestaandenpensioen is afgeweken van de bestaande regeling (opbouw op basis van middelloon en verhoging van de pensioenleeftijd naar 67).

Eigen schuld

- 3.12 De verzekeraar en de adviseur hebben aangevoerd dat de consument uit de bij aanvang van de regeling verstrekte informatie en uit de pensioenoverzichten had kunnen zien hoe de verhouding tussen het ouderdompensioen en het nabestaandenpensioen zich ontwikkelde, waardoor het nabestaandenpensioen ten koste van het ouderdompensioen ging. Zij stellen zich daarmee op het standpunt dat de consument zelf nalatig of onvoldoende oplettend is geweest en dus zelf schuld heeft aan het feit dat de pensioenregeling niet eerder is aangepast. De commissie verwerpt dit verweer. De verzekeraar en de adviseur zijn in hun informatie en zorgplicht tekort geschoten. Juist als gevolg daarvan is de consument de mogelijkheid onthouden om op basis van een juist en voldoende duidelijk inzicht in de werking van de pensioenregeling tot een aanpassing van de pensioenregeling te komen.

Voor zover onder die omstandigheden al van een fout van de consument gesproken kan worden omdat hij de documentatie en pensioenoverzichten nauwkeuriger en nauwlettender had moeten bestuderen, eist de billijkheid dat wegens de uiteenlopende ernst van de door de verzekeraar en de adviseur enerzijds en de consument anderzijds gemaakte fouten dat de vergoedingsplicht van de verzekeraar en de adviseur geheel in stand blijft.

Schade

- 3.13 Het is onmogelijk om de schade die de consument heeft geleden als gevolg van het tekortschieten van de verzekeraar en de adviseur nauwkeurig vast te stellen. Achteraf is niet meer met zekerheid vast te stellen wat de consument zou hebben gedaan als hij tijdig en volledig zou zijn geïnformeerd en geadviseerd. De commissie zal daarom de schade schatten (artikel 6:97 Burgerlijk Wetboek). De commissie gaat er daarbij van uit dat de consument, indien de fouten van de verzekeraar en de adviseur waren uitgebleven, al per 1 januari 2015 zou hebben besloten om de pensioenregeling aan te passen, zoals hij dat uiteindelijk in 2017 ook daadwerkelijk heeft gedaan. Voor de omvang van de schade sluit de commissie aan bij de door de verzekeraar naar aanleiding van de bemiddelzitting gemaakte berekening voor het hypothetische geval dat de dekking voor het nabestaandenpensioen al per 1 januari 2015 was aangepast van 3% stijgend naar gelijkblijvend. Er zou dan € 9.881,- minder aan risicopremies voor het nabestaandenpensioen zijn onttrokken, waardoor er € 11.846,- meer beschikbaar was geweest voor de opbouw van het ouderdompensioen. Omdat de verzekeraar en de adviseur ieder het geheel van deze schade hebben veroorzaakt, zijn zij hoofdelijk aansprakelijk voor deze schade van € 11.846,-, die voldaan dient te worden door bijstorting op de polis.
- 3.14 Voor de omvang van de schadevergoeding is niet van belang dat de feitelijk betaalde premies zijn aangewend voor het verzekeren van een jaarlijks 3% stijgend nabestaandenpensioen. De waarde van deze dekking, ten aanzien waarvan overigens niet gesteld is dat het overlijdensrisico zich heeft gerealiseerd, komt niet in mindering op de schade, omdat er bij de berekening van de schade van uit wordt gegaan dat deze dekking niet zou zijn afgesloten als de consument naar behoren was geïnformeerd en geadviseerd.
- 3.15 Het verzuim van de verzekeraar en de adviseur is op grond van artikel 6:83 sub b BW zonder ingebrekestelling ingetreden, waaruit volgt dat zij over het per eind 2019 berekende schadebedrag van € 11.846,- vanaf 1 januari 2020 de wettelijke rente verschuldigd zijn.

4. De beslissing

De commissie beslist dat de verzekeraar en de adviseur hoofdelijk aansprakelijk zijn tot een bijstorting op het pensioenkapitaal van een bedrag van € 11.846,- te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag van € 11.846,- vanaf 1 januari 2020 tot aan de dag van algehele voldoening, te voldoen binnen vier weken nadat deze beslissing aan partijen is verstuurd.

Deze uitspraak is een bindend advies. Tegen deze uitspraak kunt u beroep instellen bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening als wordt voldaan aan de vereisten van artikel 2 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Voor het instellen van beroep geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak. Het reglement van de commissie van beroep en meer informatie over het instellen van beroep kunt u vinden op de website www.kifid.nl/in-beroep-gaan-bij-kifid.

Binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen tot herstel van vergissingen in de uitspraak zoals schrijffouten, een verkeerde naam/datum of rekenfouten. De beslissing van de geschillencommissie in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Binnen een maand na de verzenddatum van de uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen om de uitspraak aan te vullen als u vindt dat de geschillencommissie niet heeft beslist over alle onderdelen van uw vordering. Dit ziet niet op de situatie waarin u meent dat de geschillencommissie in haar uitspraak niet uitdrukkelijk al uw argumenten, ter onderbouwing van uw vordering, heeft behandeld. Meer informatie hierover staat in artikel 40 van het reglement van de geschillencommissie, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten.

**Bijlagen: Relevante bepalingen uit de uitvoeringsovereenkomst,
de Wet op het financieel toezicht (Wft) en het Besluit Gedragstoezicht financiële
ondernemingen (Bgfo)**

De uitvoeringsovereenkomst van 19 november 2008

(...)

Hoofdstuk 2 Algemene strekking van deze uitvoeringsovereenkomst

Artikel 1- Samenhang

(...)

(5)

Pensioenreglement

Zwitserleven stelt ter uitvoering van de pensioenovereenkomst(en) het pensioenreglement op. Dit pensioenreglement is vastgesteld op 19 november 2008 en treedt in werking per 1 januari 2008. Het pensioenreglement vormt een onderdeel van deze uitvoeringsovereenkomst.

(...)

Artikel 4 - Aard van de verzekeringen

Pensioenverzekering

De pensioenverzekering voorziet, overeenkomstig het bepaalde in het pensioenreglement, in:

- kapitaal dat tot uitkering komt bij in teven zijn van de (gewezen) deelnemer op de pensioendatum ten behoeve van het aankopen van ouderdomspensioen en partnerpensioen dat ingaat bij overlijden van de gepensioneerde;
- overlevingsrente(n) bij overlijden van de deelnemer vóór de pensioendatum;
- vrijstelling van premiebetaling bij arbeidsongeschiktheid van de deelnemer.

Met de beleggingswaarde van de verzekering wordt de premie verrekend voor:

- de overlevingsrente(n) bij overlijden van de deelnemer voor de pensioendatum;
- de verzekering van vrijstelling van premiebetaling wegens arbeidsongeschiktheid

Artikel 5 – Investering in beleggingseenheden, kosten en premie

(1)

Investeringsdeel

Van elke betaling voor een verzekering met beleggingswaarde wordt door Zwitserleven een investeringsdeel vastgesteld. Voor dit investeringsdeel worden beleggingseenheden aangekocht in de Zwitserleven beleggingsfondsen. Het investeringsdeel wordt uitgedrukt in een percentage van de betaling (het investeringspercentage).

(...)

(3) Investeringspercentage

Het investeringspercentage van een premie wordt op de ingangsdatum van de uitvoeringsovereenkomst en vervolgens jaarlijks op de peildatum vastgesteld. De hoogte van het investeringspercentage wordt bepaald door het basisinvesteringspercentage, het bonusinvesteringspercentage en de administratiekosten, op de volgende wijze: $\text{investeringspercentage} = \text{basisinvesteringspercentage} + \text{bonusinvesteringspercentage} - \text{kostenafslagpercentage}$.

(4)

Basisinvesteringspercentage

Het basisinvesteringspercentage bedraagt 77,5%.

Het extra investeringspercentage bedraagt 0,77%, zodat het basisinvesteringspercentage totaal 78,27% bedraagt.

(...)

(12)

Overlijdensrisico

De premie voor het overlijdensrisico wordt verrekend met aan de verzekering toegewezen beleggingseenheden en wel naar evenredigheid van de beleggingswaarde in elk fonds. Als het bij overlijden van de verzekerde uit te keren bedrag hoger is dan de beleggingswaarde van een verzekering (positief overlijdensrisico) wordt de premie voor het overlijdensrisico verrekend door onttrekking van de aan de verzekering toegewezen beleggingseenheden en wel naar evenredigheid van de beleggingswaarde in elk fonds. Als het bij overlijden van de verzekerde uit te keren bedrag lager is dan de beleggingswaarde van een verzekering (negatief overlijdensrisico) wordt de premie voor het overlijdensrisico verrekend door tegen dagkoers beleggingseenheden toe te wijzen aan de verzekering en wel naar evenredigheid van de beleggingswaarde in elk fonds. De maandelijkse premie voor het overlijdensrisico wordt op basis van de als bijlagen bijgevoegde tarieftabellen vastgesteld.

(...)

(15)

Wijziging kosten

De kosten, in dit artikel genoemd, worden met uitzondering van de beheerkosten, de fondskosten en de premie voor vrijstelling bij arbeidsongeschiktheid gedurende de contractperiode niet verhoogd. (...)

Artikel 19- Slotbepalingen

(3)

Klachtenregeling

(...)

Als de klacht niet naar tevredenheid kan worden opgelost, kan de klacht worden voorgelegd aan:
Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (KiFiD)

Postbus 93257

2509 AG Den Haag

**KiFiD**

HET FINANCIËLE KLACHTENINSTITUUT

Bijlage bij artikel 5 lid 12**Zwitserleven Pensioen****Overlijdensrisico**

Kosten per € 10.000,- kapitaal (premie per maand)

Tarief tabel

Leeftijd van de verzekerde	Kosten	Leeftijd van de verzekerde	Kosten
15	0,12	40	0,82
16	0,12	41	0,91
17	0,13	42	1,02
18	0,14	43	1,15
19	0,14	44	1,31
20	0,15	45	1,49
21	0,15	46	1,68
22	0,16	47	1,86
23	0,16	48	2,07
24	0,17	49	2,32
25	0,18	50	2,59
26	0,20	51	2,92
27	0,21	52	3,35
28	0,24	53	3,86
29	0,26	54	4,46
30	0,29	55	5,04
31	0,32	56	5,65
32	0,35	57	6,40
33	0,39	58	7,27
34	0,43	59	8,22
35	0,47	60	9,27
36	0,53	61	10,47
37	0,59	62	11,62
38	0,66	63	12,81
39	0,73	64	14,11

S.e.& o.

Wet op het financieel toezicht (Wft)

(...)

4. Deel gedragstoezicht financiële ondernemingen

(...)

Afdeling 4.2.3 Zorgvuldige dienstverlening

(...)

Artikel 4:20

1. Voorafgaand aan het adviseren, (...) of de totstandkoming van een overeenkomst inzake een financieel product (...) verstrekt een (...) financiële dienstverlener (...) de cliënt informatie voor zover dit redelijkerwijs relevant is voor een adequate beoordeling van (...) dat product. (...)
3. Gedurende de looptijd van een overeenkomst inzake een financieel product (...) verstrekt (...) financiële dienstverlener (...) de cliënt tijdig informatie over:
 - a. wezenlijke wijzigingen in de informatie, bedoeld in het eerste lid, voor zover deze wijzigingen redelijkerwijs relevant zijn voor (...) de cliënt;(...)

Artikel 4:24 a

1. Een financiële dienstverlener neemt op zorgvuldige wijze de gerechtvaardigde belangen van de consument of begunstigde in acht.
2. Een financiële dienstverlener die adviseert, handelt in het belang van de consument of begunstigde. (...)

Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (Bgfo)

Artikel 60

5. Onverminderd artikel 57 verstrekt een levensverzekeraar een cliënt voorafgaande aan de totstandkoming van een overeenkomst inzake een levensverzekering, voorzover van toepassing, ten minste de volgende informatie:
 - a. zijn rechtsvorm;
 - b. het bedrag van de uitkering of uitkeringen waartoe hij zich verplicht of, voorzover dit bedrag niet op voorhand nauwkeurig kan worden bepaald, een nauwkeurige omschrijving van die uitkering of uitkeringen, alsmede van de factoren waarvan de hoogte van de uitkering of uitkeringen afhankelijk is;

- c. een omschrijving van de keuzemogelijkheden die de cliënt of de gerechtigde op een uitkering heeft ingevolge de overeenkomst;
- d. een nauwkeurige omschrijving van de valuta waarin de premie of de uitkering is uitgedrukt, indien dit een andere valuta is dan de euro, of van de units, eenheden of datgene waar de premie of de uitkering anderszins in is uitgedrukt, of, indien de uitkering strekt tot het verrichten van andere dan geldelijke prestaties, van die prestatie;
- e. een nauwkeurige omschrijving van de omzettingmethode indien bij een uitkering omzetting plaatsvindt in euro's of een andere valuta;
- f. de aard van de waarden, waaronder aandelen of andersoortige rechten van deelneming in een beleggingsinstelling of icbe, indien de uitkering daarin wordt uitgedrukt;
- g. de wijze van berekening en toewijzing van de winstdeling, indien de overeenkomst een recht op winstdeling omvat;
- h. de looptijd van de overeenkomst;
- i. de premie, verschuldigd voor de hoofddekking en, indien de overeenkomst voorziet in een of meer nevenuitkeringen, de premies die voor elk van de nevenuitkeringen zijn verschuldigd en, indien deze premies gedurende de looptijd fluctueren, een zo nauwkeurig mogelijke beschrijving van de wijze waarop ze worden berekend en van de factoren waardoor het beloop ervan wordt bepaald;
- j. een opgave of de premie eenmalig is verschuldigd dan wel periodiek;
- k. de periode gedurende welke premie verschuldigd is;
- l. indien de uitkering wordt uitgedrukt in rechten van deelneming in een beleggingsinstelling of icbe:
 - 1°.de kosten die worden ingehouden op de premie, bedoeld in onderdeel i, onderverdeeld naar eerste kosten, doorlopende kosten en aan- en verkoopkosten;
 - 2°.de kosten die worden ingehouden op de waarde van de rechten van deelneming, onderverdeeld naar eerste kosten, doorlopende kosten en aan- en verkoopkosten;

3°.de kosten die de beheerder van een beleggingsinstelling of icbe of beheerder van een icbe jaarlijks in rekening brengt voor het beheer van de rechten van deelneming in die beleggingsinstelling of icbe;

4°.de invloed van het gemiddelde jaarlijkse percentage van de kosten, bedoeld onder 1°, 2° en 3°, op het rendement en de uitkering, verbonden aan de overeenkomst;

5°.de wijze waarop de kosten, bedoeld onder 1°, 2° en 3°, worden verdeeld over de looptijd van de overeenkomst met de cliënt;

- m. een omschrijving van de gevolgen van een verhoging of verlaging van de premie, met inbegrip van premievrijmaken, en, indien de overeenkomst in die mogelijkheid voorziet, van afkoop, en een opgave van de afkoopwaarde gedurende ten minste de eerste tien jaren van de looptijd, onder vermelding van het voor de berekening gehanteerde rendementspercentage;
- n. de wijze waarop de cliënt gebruik kan maken van zijn recht, bedoeld in artikel 4:63 van de wet, om de overeenkomst op te zeggen;
- o. de wijze waarop de overeenkomst kan worden beëindigd en de termijn die daarbij in acht wordt genomen;
- p. een globale indicatie van de fiscale behandeling van overeenkomsten van het desbetreffende type, waaronder begrepen de fiscale behandeling van premies, uitkeringen en de fiscale consequenties van afkoop;
- q. het op de overeenkomst toe te passen recht, of de door de aanbieder voorgestelde rechtskeuze;
- r. de kosten die naast de brutopremie in rekening worden gebracht;
- s. het aan de overeenkomst verbonden financiële risico en de mate waarin dit risico voor rekening is van de cliënt; en
- t. de overige polisvoorwaarden.