

ECLI:NL:PHR:2021:973

Instantie Parket bij de Hoge Raad

Datum conclusie 14-10-2021

Datum publicatie 15-10-2021

Zaaknummer 21/00765

Rechtsgebieden Civiel recht

Bijzondere kenmerken -

Inhoudsindicatie

Prejudiciële procedure. Beleggingsverzekeringen. Derde Levensrichtlijn en nationale uitwerkingen, zoals RIAV 1994 en RIAV 1998. Verhouding tussen sectorspecifieke informatieplichten en privaatrecht. Hebben levensverzekeraars, door te voldoen aan informatieplichten uit Derde Levensrichtlijn en nationale uitwerkingen, in het algemeen ook voldaan aan informatieplichten die voortvloeien uit (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen, zoals wilsovereenstemming, Richtlijn oneerlijke bedingen, zorgplicht, dwaling en eisen van redelijkheid en billijkheid? Zo nee, moet aanvullende informatie, die levensverzekeraars op grond van (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen moeten verstrekken, voldoen aan criteria zoals het HvJ EU heeft geformuleerd in het arrest NN/Van Leeuwen (ECLI:EU:C:2015:286)?

Vindplaatsen Rechtspraak.nl
NTHR 2021, afl. 5/6, p. 247

Conclusie

PROCUREUR-GENERAAL

BIJ DE

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Nummer 21/00765

Zitting 14 oktober 2021

CONCLUSIE

T. Hartlief

In de prejudiciële procedure

Vereniging Woekerpolis.nl (hierna: de 'Vereniging')

tegen

Nationale-Nederlanden Levensverzekering Maatschappij N.V. (hierna: 'NN')

INHOUDSOPGAVE

	Rnr.
1. De verhouding tussen sectorspecifieke informatieplichten voor levensverzekeraars en het privaatrecht: inleiding en vraagstelling	1
2. Achtergrond van de prejudiciële vragen: maatschappelijke ophef over beleggingsverzekeringen	2
3. De beleggingsverzekering in vogelvlucht	3
4. De ontwikkeling van de sectorspecifieke informatieplichten door de jaren heen: langzaam maar steeds meer en concretere informatie	4
(i) vóór 1992	4.4
(ii) 1992-1994	4.8
(iii) 1995-1999	4.18
(iv) 2000-2005	4.54
(v) 2006-2008	4.71
(vi) ná 2008	4.103
Slotom: langzaam maar steeds meer en concretere informatie	4.109
5. Regelgevers lijken bij de ontwikkeling van de sectorspecifieke informatieplichten lange tijd achter de feiten aan te hebben gelopen	5
6. Privaatrechtelijke normen/leerstukken en informatieverstrekking	6
(i) wilsovereenstemming	6.4
(ii) de transparantie- en oneerlijkheidstoetsen	6.12
(iii) zorgplicht	6.20
(iv) dwaling	6.26
(v) eisen van redelijkheid en billijkheid	6.38
Slotom: het privaatrecht legt verschillende 'informatieverplichtingen' op	6.44
7. Tussenbalans	7
8. Het HvJ over art. 31 lid 3 DLR: met Axa Royale en NN/Van Leeuwen zijn de bakens uitgezet	8
Axa Royale (2002)	8.2
NN/Van Leeuwen (2015)	8.5
9. De betekenis van de arresten Axa Royale en NN/Van Leeuwen : de nationale rechter is aan zet	9
10. De literatuur is verdeeld	10
Visie (i): naleving van sectorspecifieke informatieplichten brengt mee dat qua informatieverstrekking ook aan de privaatrechtelijke normen is voldaan	10.4
Visie (ii): privaatrechtelijke normen kunnen verplichten tot het verstrekken van aanvullende informatie	10.9
Slotom: de meerderheid ziet ruimte voor aanvullende verplichtingen op grond van het privaatrecht	10.18
11. Ook de feitenrechtters zitten niet op één lijn	11

Richting (i): naleving van sectorspecifieke informatieplichten brengt mee dat qua informatieverstrekking ook aan de privaatrechtelijke normen is voldaan ..	11.5
Richting (ii): privaatrechtelijke normen kunnen verplichten tot het verstrekken van aanvullende informatie	11.23
Uitspraken van de CvB van het KiFiD passen bij richting (ii)	11.44
Slotom: de feitenrechters zitten niet op één lijn	11.57
12. Vereniging/NN : feiten en procesverloop in feitelijke instanties	12
Feiten	12.1
Procesverloop in eerste aanleg	12.5
Procesverloop in hoger beroep	12.22
13. Vereniging/NN : de standpunten in deze prejudiciële procedure	13
14. Beantwoording van de eerste prejudiciële vraag	14
Het systeem van de DLR	14.3
Grondslagen: sectorspecifieke regelgeving en het privaatrecht	14.8
Naleving van de sectorspecifieke informatieplichten levert niet automatisch ook naleving van het privaatrecht op	14.12
Steun voor deze opvatting	14.15
De tegenargumenten overtuigen niet	14.16
Het toetsingskader	14.25
15. Beantwoording van de tweede prejudiciële vraag	15
De eisen die worden gesteld aan een verplichting om aanvullende informatie te verstrekken	15.3
In zijn algemeenheid kan niet worden gezegd of (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen aan de eisen van art. 31 lid 3 DLR	15.6
De eis van voorspelbaarheid nader bezien	15.9
16. Het antwoord op de prejudiciële vragen	16
17. Conclusie	17

1. De verhouding tussen sectorspecifieke informatieplichten voor levensverzekeraars en het privaatrecht: inleiding en vraagstelling

1.1 Deze zaak ziet op de levensverzekeringsbranche en draait in de kern om de vraag wat de verhouding is tussen enerzijds sectorspecifieke informatieplichten en anderzijds privaatrechtelijke normen die (mede) op informatieverstrekking zien. De Vereniging is van mening dat levensverzekeraars, zoals NN, niet konden en kunnen volstaan met het naleven van de sectorspecifieke informatieplichten en op grond van (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen aanvullende informatie aan verzekeringnemers (hadden) moeten verstrekken. NN stelt zich op het (tegengestelde) standpunt dat naleving van de sectorspecifieke informatieplichten in het algemeen meebracht en nog steeds meebrengt dat daarmee qua informatieverstrekking ook is voldaan aan (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen. Dit verschil van inzicht, dat ook breder in de literatuur en de rechtspraak is terug te vinden, heeft het hof Den Haag gebracht tot het stellen van twee prejudiciële vragen aan Uw Raad. Die vragen staan in deze procedure centraal. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door de Vereniging en NN (als partijen) en door de vereniging De Consumentenbond, M. van Rossum Management Consultant B.V. en Stichting Wakkerpolis (als 'insprekende' derden).

1.2 Deze prejudiciële procedure heeft een aanzienlijk maatschappelijk en financieel belang en vindt zijn oorsprong in de miljoenen beleggingsverzekeringen die vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw in Nederland zijn verkocht. Een beleggingsverzekering is een bepaald type levensverzekering dat beleggen met verzekeren combineert (paragraaf 3 hierna). Niet lang na de eeuwwisseling is het

aanvankelijke enthousiasme over beleggingsverzekeringen omgeslagen in maatschappelijke onrust en zijn beleggingsverzekeringen in de volksmond bekend komen te staan als 'woekerpolissen' (paragraaf 2 hierna). Veel verzekeringnemers bleken (te) weinig kennis en begrip te hebben van de inhoud en werking – en daarmee de risico's – van hun beleggingsverzekering. Geregeld waren ze ook onwetend over (de hoogte van) de kosten en risicopremie die de levensverzekeraar op hun inleg in mindering bracht. Met het ontstaan van de maatschappelijke onrust kwam al snel de vraag op of levensverzekeraars méér informatie hadden moeten verstrekken dan zij destijds hebben gedaan. Concreter: hadden levensverzekeraars op basis van het privaatrecht méér informatie aan verzekeringnemers moeten verstrekken dan zij op grond van de sectorspecifieke regelgeving verplicht waren te doen?

1.3 De sectorspecifieke informatieplichten waar het in deze procedure om draait, vinden hun oorsprong in sectorspecifieke Europese regelgeving: de Derde Levensrichtlijn¹ (hierna: 'DLR') en zijn opvolgers. Art. 31 lid 1 DLR schreef voor dat aan de verzekeringnemer ten minste de gegevens moeten worden meegedeeld die zijn genoemd in Bijlage II, onder A., bij de DLR. Art. 31 lid 3 DLR bepaalde dat lidstaten niet van verzekeringsondernemingen mogen verlangen dat zij, naast de in Bijlage II vermelde gegevens, aanvullende gegevens verstrekken, tenzij deze nodig zijn voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de wezenlijke bestanddelen van de verbintenis.

1.4 In 2015 heeft het Hof van Justitie (hierna: 'HvJ EU', 'HvJ EG' of 'HvJ') in de zaak *NN/Van Leeuwen*² geoordeeld dat ook open en/of ongeschreven regels een grondslag kunnen vormen voor een verplichting van de verzekeraar om aanvullende gegevens te verstrekken. Volgens het HvJ EU staat art. 31 lid 3 DLR niet eraan in de weg dat een verzekeraar op grond van algemene beginselen van intern recht, zoals open en/of ongeschreven regels, is gehouden de verzekeringnemer bepaalde informatie te verstrekken in aanvulling op de informatie vermeld in Bijlage II bij de DLR. Deze verlangde aanvullende informatie moet, aldus het HvJ EU, wel duidelijk en nauwkeurig zijn, noodzakelijk voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de wezenlijke bestanddelen van de verbintenis en zij moet voldoende rechtszekerheid waarborgen. Het is aan de nationale rechter om dit te verifiëren.

1.5 Gelet op deze 'taak' van de nationale rechter, is de kous met *NN/Van Leeuwen* niet af. Het arrest heeft aanleiding gegeven tot vervolgvragen, die de nationale rechter moet beantwoorden. Twee van deze vragen liggen in deze procedure ter beantwoording door Uw Raad voor. De eerste vraag is of levensverzekeraars, door te voldoen aan de informatieplichten uit de DLR en de nationale uitwerkingen daarvan, in het algemeen ook hebben voldaan aan de informatieplichten die voortvloeien uit (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen. Indien het antwoord op deze eerste vraag ontkennend luidt, is de tweede vraag of de aanvullende informatie die levensverzekeraars op grond van (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen moeten verstrekken, moet voldoen aan de criteria zoals geformuleerd door het HvJ EU in het arrest *NN/Van Leeuwen*. Het hof heeft dus gesloten vragen geformuleerd, die in principe met een 'ja' of een 'nee' kunnen worden beantwoord. Toch is het uitdrukkelijk de bedoeling van het hof en de vragen om duidelijkheid te krijgen over 'het toetsingskader'. Hoewel niet geheel duidelijk is wat voor soort toetsingskader het hof op het oog heeft – het hof concretiseert dit niet – streef ik ernaar in deze conclusie de feitenrechtspraak een aantal handvatten te geven waarmee zij vooruit kan.

1.6 Het hof Den Haag heeft de prejudiciële vragen als volgt geformuleerd:³

"1. Brengt naleving door een verzekeraar van de in de Derde Levensrichtlijn en in de nationale uitwerkingen daarvan in RIAV 1994 en RIAV 1998 neergelegde (toezichtrechtelijke) informatieplichten mee dat deze verzekeraar in het algemeen (specifieke op een bepaald persoon betrekking hebbende bijzonderheden daargelaten die er in deze 3:305a BW-procedure niet toe doen) daarmee (ook) aan zijn (privaatrechtelijke) verplichtingen heeft voldaan die onder meer voortvloeien uit Europese privaatrechtelijke (open) normen zoals met name de Richtlijn oneerlijke bedingen 93/13 en de daarin neergelegde transparantie-eis en aan nationale privaatrechtelijke (open) normen, zoals

wilsovereenstemming, onredelijk bezwarende bedingen in de zin van artikel 6:233 e.v. BW, de geïmplementeerde transparantie-eis in artikel 6:238 lid 1 BW, de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 BW) en de (contractuele of buitencontractuele) zorgplicht van de verzekeraar jegens de verzekeringnemer.

2. Als het antwoord op vraag 1 ontkennend luidt, moeten dan aanvullende informatieverplichtingen die op grond van de genoemde Europese en / of Nederlandse (open) normen worden aangenomen, voldoen aan de door het HvJ in de arresten Axa Royale Belge (HvJ EU 5 maart 2002, ECLI:EU:C:2002:136) en Nationale-Nederlanden / Van Leeuwen (HvJ EU 29 april 2015, ECLI:EU:C:2015:286) geformuleerde criteria, te weten dat de verlangde informatie duidelijk en nauwkeurig is en noodzakelijk voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de wezenlijke bestanddelen van de verbintenis en zij voldoende rechtszekerheid waarborgt, onder meer doordat de verzekeraar in staat wordt gesteld met een voldoende mate van voorspelbaarheid vast te stellen welke aanvullende informatie hij dient te verstrekken en de verzekeringnemer kan verwachten.”

1.7 Voordat ik aan beantwoording van deze vragen toekom, ga ik eerst in op de achtergrond van de vragen (paragraaf 2) en zet ik in grote lijnen uiteen wat een beleggingsverzekering is (paragraaf 3). Daarna beschrijf ik de ontwikkeling van de sectorspecifieke regelgeving door de jaren heen (paragrafen 4 en 5), net als de (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen op grond waarvan verzekeraars gehouden kunnen zijn om bepaalde informatie aan hun verzekeringnemers te verstrekken (paragraaf 6). Nadat ik een tussenbalans heb opgemaakt (paragraaf 7), bespreek ik wat het HvJ tot nu toe over art. 31 lid 3 DLR heeft geoordeeld en wat dit betekent (paragrafen 8 en 9). Ik breng de stand van zaken in de literatuur (paragraaf 10) en in de rechtspraak (paragraaf 11) in beeld. Vervolgens keer ik terug naar de procedure tussen de Vereniging en NN, waarbij ik de feiten en het procesverloop in feitelijke instanties weergeef (paragraaf 12) en de standpunten van partijen en de insprekende derden in deze prejudiciële procedure samenvat (paragraaf 13). Dit alles dient als basis voor de uiteindelijke beantwoording van de prejudiciële vragen (paragrafen 14, 15 en 16) en de conclusie (paragraaf 17).

2. Achtergrond van de prejudiciële vragen: maatschappelijke ophef over beleggingsverzekeringen

2.1 De prejudiciële vragen in deze procedure komen niet uit de lucht vallen; er is al jaren een discussie gaande over de vraag of levensverzekeraars (destijds) voldoende informatie over de bij hen afgesloten beleggingsverzekeringen hebben verstrekt. Die discussie heeft de volgende achtergrond.

2.2 De verkoop van beleggingsverzekeringen kwam in Nederland in de jaren tachtig van de vorige eeuw langzaam op gang. Vanaf 1993 is de verkoop echter sterk toegenomen. Deze groei kan worden verklaard door een samenspel van (in ieder geval) de volgende factoren: (i) er vond een tweetal belastingherzieningen plaats, waarop verzekeraars inspeelden door producten aan te bieden waarbij consumenten maximaal van het gunstige fiscale regime konden profiteren, (ii) de (spaar)rentes kelderden, wat mensen naar beleggen dreef, (iii) er was sprake van een hausse op de beurs, waar verzekeraars van wilden meeprofiteren door, in aanvulling op hun meer ‘traditionele’ verzekeringen, ook beleggingsverzekeringen aan te bieden, (iv) verkoopcampagnes van verzekeraars en tussenpersonen stuwden de verkoop van beleggingsverzekeringen op en (v) er was sprake van toenemende media-aandacht voor beleggingsrendementen en de daarbij behorende belastingvoordelen.⁴

2.3 De sterke groei op de markt van beleggingsverzekeringen resulteerde erin dat er in 2005 maar liefst 7,2 miljoen beleggingsverzekeringen uitstonden in Nederland. De totale inleg die verzekeraars jaarlijks van klanten met beleggingsverzekeringen ontvingen, groeide van € 1,5 miljard in 1995 tot € 6,8 miljard in 2005. Aan het einde van 2005 bedroeg de opgebouwde waarde van alle in Nederland uitstaande beleggingsverzekeringen € 49,2 miljard.⁵

2.4 Vanaf de topjaren aan het einde van de jaren negentig is de groei van beleggingsverzekeringen in Nederland afgekald. De slechte beursjaren in 2000 en 2001 en de inperking van de fiscale voordelen in 2001 hebben hierin een belangrijke rol gespeeld. In de loop van 2006 is bovendien de maatschappelijke ophef over beleggingsverzekeringen een rol gaan spelen in de verkoop van beleggingsverzekeringen. Verzekeringnemers raakten meer en meer teleurgesteld in de 'prestaties' van hun beleggingsverzekering. Omdat een aanzienlijk deel van de verzekeringnemers hun beleggingsverzekering had afgesloten met het oog op aflossing van hun hypotheek of als aanvulling op hun pensioen,⁶ konden eventuele tegenvallende resultaten voor hen voor grote (financiële) problemen zorgen. Eind 2006 kwam de term 'woekerpolis' in zwang nadat het consumentenprogramma Radar deze term voor het eerst gebruikte om de problematiek rondom beleggingsverzekeringen aan te kaarten.⁷

2.5 Met het ontstaan van de ophef werd ook in toenemende mate onvrede geuit over de informatieverstrekking door verzekeraars. Onder meer werd geklaagd dat onduidelijkheid bestond over (de hoogte van) de kosten en risicopremie die verzekeraars in rekening brachten en – meer in het algemeen – over de aard, werking en risico's van beleggingsverzekeringen. Uit diverse onderzoeken is gebleken dat veel consumenten zelfs niet ruwweg begrepen hoe een beleggingsverzekering werkt. Uit in 1997 uitgevoerd onderzoek bleek dat 40 tot 50% van de consumenten dacht dat hun gehele inleg werd belegd, zonder dat daarop kosten of risicopremie werden ingehouden. Soms dachten consumenten dat beleggen door middel van een beleggingsverzekering veiliger is dan 'gewoon' beleggen, waarschijnlijk door de connotatie van het woord 'verzekering'. Uit in 2008 uitgevoerd onderzoek bleek dat 13% van de consumenten dacht dat een beleggingsverzekering een belegging is met daarbij een verzekering tegen verliesgevende beleggingen. 20% dacht dat een beleggingsverzekering een levensverzekering is die uit beleggingswinst wordt betaald en 8% wist het niet precies.⁸

2.6 In 2008 heeft de (toenmalige) Ombudsman Financiële Dienstverlening⁹ geconcludeerd dat het cruciale manco van beleggingsverzekeringen in het algemeen, gunstige uitzonderingen daargelaten, een gebrek aan transparantie voor de consument is geweest. Volgens de Ombudsman is de verzekeraar, als ontwikkelaar en aanbieder van de producten, hiervoor verantwoordelijk.¹⁰ De Ombudsman heeft verzekeraars aanbevolen met terugwerkende kracht een kostenmaximering op de beleggingsverzekeringen toe te passen en de consument met inachtneming van de aanbevolen maximering te compenseren.¹¹ Een aanzienlijk aantal verzekeraars, waaronder NN, heeft de aanbeveling van de Ombudsman opgevolgd en compensatieregelingen getroffen. Verzekeraars hebben via deze regelingen in totaal ongeveer € 3 miljard aan klanten (terug)betaald.¹²

2.7 De compensatieregelingen en de rol van de Ombudsman Financiële Dienstverlening als bemiddelaar hebben niet kunnen voorkomen dat veel civiele procedures tegen levensverzekeraars aanhangig zijn gemaakt, met name van collectieve aard.¹³ Hoewel in de collectieve procedures geen schadevergoeding kan worden gevorderd (gelet op art. 3:305a lid 3 BW (oud)), zal dat vaak wel het uiteindelijke doel van de procedures zijn.¹⁴ Het financiële belang dat met deze procedures is gemoeid, is in potentie dan ook groot: door de jaren heen zijn als gezegd miljoenen beleggingsverzekeringen in Nederland verkocht (randnummer 2.3 hiervoor).

2.8 Eén van de collectieve procedures heeft de Vereniging eind 2013 op de voet van art. 3:305a BW (oud) tegen NN aanhangig gemaakt bij de rechtbank Rotterdam. Op die procedure ga ik in paragraaf 12 nader in. Heel kort gezegd, verwijt de Vereniging NN dat zij bij beleggingsverzekeringen die tussen 1992 en 2008 zijn afgesloten (i) kosten heeft ingehouden die contractueel niet zijn overeengekomen, (ii) klanten niet (voldoende) heeft geïnformeerd over en/of gewaarschuwd voor bepaalde risico's en (iii) klanten niet (voldoende) heeft geïnformeerd over de hoogte van de diverse kosten en de gevolgen van de kosten voor het op te bouwen vermogen. In 2017 heeft de rechtbank de vorderingen van de Vereniging afgewezen. In hoger beroep heeft het hof Den Haag de prejudiciële vragen gesteld die in deze procedure centraal staan.

2.9 Omdat het verzekeringsproduct dat de aanleiding is van deze prejudiciële procedure – de

beleggingsverzekering – vrij complex is, licht ik in de paragraaf hierna toe wat een dergelijke verzekering, op hoofdlijnen, inhoudt.

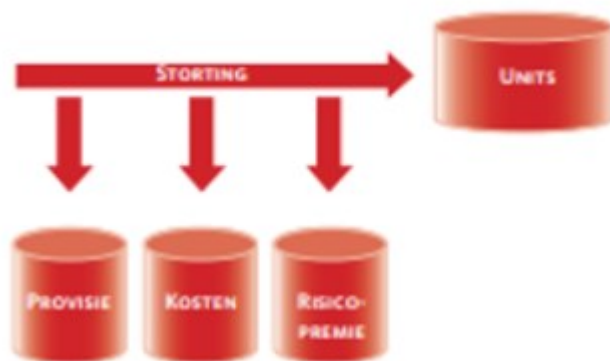
3 De beleggingsverzekering in vogelvlucht

- 3.1 Een beleggingsverzekering is een bijzonder type levensverzekering.¹⁵ Het betreft een zogenoemde gemengde levensverzekering, waarbij uitkering van een kapitaal plaatsvindt (i) op een in de polis vastgestelde datum als de verzekerde op die datum nog in leven is of (ii) bij overlijden van de verzekerde vóór de in de polis vastgestelde datum (om, voor de nabestaanden, het risico van overlijden te dekken).¹⁶
- 3.2 Bij een 'traditionele' gemengde levensverzekering sluit de klant een overeenkomst met de verzekeraar, waarin wordt afgesproken dat de klant aan het einde van de looptijd van de overeenkomst een bepaald bedrag zal ontvangen (een uitkering bij leven). Mocht de klant voortijdig komen te overlijden, krijgen zijn nabestaanden een uitkering (een uitkering bij overlijden). De klant betaalt hiervoor een vaste premie, die eenmalig kan zijn (een koopsom) of periodiek (bijvoorbeeld elke maand). De klant weet bij een traditionele levensverzekering dus bij het aangaan van de verzekering precies wat de verzekeraar bij leven of overlijden zal uitkeren. Dit maakt dat bij traditionele levensverzekeringen de (beleggings)risico's van de verzekering bij de verzekeraar liggen.¹⁷
- 3.3 Een beleggingsverzekering combineert verzekeren met beleggen en onderscheidt zich daarmee van een traditionele levensverzekering.¹⁸ Het begrip 'beleggingsverzekering' is niet in de wet omschreven¹⁹ en ook in het spraakgebruik heeft het geen eenduidige betekenis. Beleggingsverzekeringen worden echter doorgaans beschouwd als verzekeringen waarbij de premie (de inleg die de verzekeringnemer betaalt) geheel of ten dele wordt aangewend om voor rekening en risico van de verzekeringnemer een belang – veelal uitgedrukt in beleggingseenheden/participaties (*units*) – te nemen in een of meer beleggingsfondsen en waarbij de verzekeringnemer het aan dat belang verbonden beleggingsrisico loopt. In de meeste gevallen kan de verzekeringnemer invloed uitoefenen op de keuze van de beleggingen en kiezen voor (een combinatie van) verschillende fondsen met verschillende risicoprofielen.²⁰ Kortom: bij een beleggingsverzekering bouwt de klant vermogen op doordat de verzekeraar de betaalde premie (de inleg, ook wel de 'bruto premie' genoemd) voor risico van de klant belegt in participaties/beleggingseenheden (*units*) van beleggingsfondsen. Als de koers van de participaties stijgt, neemt de waarde van het opgebouwde vermogen toe. Omgekeerd neemt de waarde van het opgebouwde vermogen af als de koers van de participaties daalt.²¹
- 3.4 De uitkering bij leven (het bedrag dat de klant ontvangt als hij op de einddatum van de verzekering nog in leven is) is bij beleggingsverzekeringen géén vast bedrag, maar is gebaseerd op de dan geldende waarde van de beleggingseenheden. De uiteindelijke opbrengst van de beleggingsverzekering staat dus bij het aangaan van de verzekering niet vast. De uitkering bij voortijdig overlijden (het bedrag dat de nabestaanden van de verzekerde ontvangen als de verzekerde vóór de einddatum van de verzekering overlijdt) is bij beleggingsverzekeringen, net als bij traditionele levensverzekeringen, meestal wél een vast gegarandeerd bedrag. Voor die uitkering rekent de verzekeraar een (overlijdens)risicopremie. Soms is de uitkering bij voortijdig overlijden uitgedrukt in een percentage van de op de overlijdensdatum aanwezige waarde van de beleggingseenheden. In dat geval is de uitkering bij voortijdig overlijden dus geen vaste uitkering, maar gebaseerd op de waarde van de beleggingseenheden, net als bij de uitkering bij leven.²²
- 3.5 Er zijn drie hoofdtypen beleggingsverzekeringen te onderscheiden, te weten (i) spaarkas, (ii) *unit linked* en (iii) *universal life*.²³ Ik omschrijf ze kort.

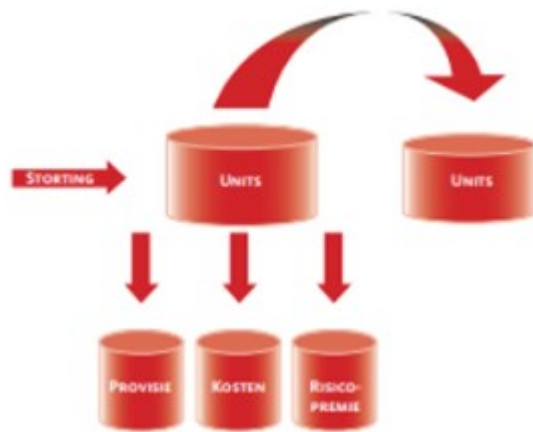
(i) Bij een spaarkas gaat een (grote) groep deelnemers een overeenkomst aan met een

verzekeraar om op een vooraf vastgesteld tijdstip in de toekomst kapitaal beschikbaar te hebben voor de dan nog in leven zijnde deelnemers. De deelnemers storten hun inleg in de spaarkas, waarin alle deelnemers een aandeel hebben. Het geld in de spaarkas wordt vervolgens – na inhouding van de kosten en een vaste risicopremie – voor rekening en risico van de deelnemers belegd. Indien een deelnemer vóór het einde van de looptijd van de spaarkasovereenkomst overlijdt, valt de door hem opgebouwde waarde toe aan de spaarkas.²⁴ Aan het einde van de looptijd krijgen de nog in leven zijnde deelnemers een uitkering uit hoofde van de beleggingen.

(ii) Bij een *unit linked* beleggingsverzekering belegt de verzekeraar de (bruto) premie die de verzekeringnemer betaalt (de inleg), na aftrek van de verzekeringskosten en de (overlijdens)risicopremie, in participaties (*units*) in door de verzekeraar aangeboden beleggingsfondsen. De waarde van die participaties kan stijgen, zodat de verzekeringnemer vermogen opbouwt dat hij na afloop van de verzekering (bijvoorbeeld bij pensionering) kan benutten, maar die waarde kan uiteraard ook dalen of gelijk blijven. De (overlijdens)risicopremie die de verzekeraar op de inleg inhoudt, wordt berekend over het volledige verzekerde bedrag (de verzekerde som) bij voortijdig overlijden en staat reeds bij aanvang van de overeenkomst vast. De hoogte van de (overlijdens)risicopremie is dus niet afhankelijk van de waardeontwikkeling van de beleggingen.²⁵ Schematisch en vereenvoudigd ziet de werking van een *unit linked* beleggingsverzekering er als volgt uit:²⁶



(iii) Een *universal life* beleggingsverzekering is een specifieke vorm van de *unit linked* beleggingsverzekering, waarin de verzekeraar de gehele door de verzekeringnemer betaalde (bruto) premie (de inleg) meteen in participaties (*units*) belegt.²⁷ Vervolgens verkoopt de verzekeraar een aantal participaties, waaruit de verzekeringskosten en de (overlijdens)risicopremie worden voldaan. De resterende participaties blijven de waardeontwikkeling van het beleggingsfonds volgen. Dit proces van aankopen en verkopen herhaalt zich periodiek, meestal elke maand. Schematisch en vereenvoudigd ziet de werking van een *universal life* beleggingsverzekering er als volgt uit:²⁸



De hoogte van de (overlijdens)risicopremie die de verzekeraar periodiek aan de participaties onttrekt, wordt – anders dan bij een *unit linked* beleggingsverzekering – door de verzekeraar (periodiek, meestal maandelijks) bepaald aan de hand van de actuele situatie en kan dus per periode verschillen. Indien, naast de uitkering bij leven, ook een vast bedrag bij voortijdig overlijden bij de beleggingsverzekering is meeverzekerd, wordt de hoogte van de te onttrekken overlijdensrisicopremie vastgesteld door het verschil te bepalen tussen (a) de verzekerde uitkering bij voortijdig overlijden en (b) de waarde die de uitstaande beleggingen op dat moment hebben. Het verschil tussen (a) en (b) wordt het 'risicokapitaal' genoemd. Anders geformuleerd: het risicokapitaal is de verzekerde uitkering bij voortijdig overlijden minus de actuele waarde van de uitstaande beleggingen. Het zijn dus communicerende vaten: hoe lager de waarde van de beleggingen, hoe hoger het risicokapitaal, en omgekeerd. Aan de hand van (de omvang van) het risicokapitaal wordt de aan de participaties te onttrekken (overlijdens)risicopremie berekend.²⁹ Hierbij geldt dat naarmate het risicokapitaal groter is (en de waarde van de beleggingen dus lager), de verzekeraar méér (overlijdens)risicopremie in rekening brengt, om het grotere risico van de verzekeraar af te dekken. In dat geval moet de verzekeraar dus méér participaties verkopen om de verschuldigde risicopremie uit te kunnen voldoen.

Kortom: anders dan bij de spaarkas en de *unit linked* beleggingsverzekering, is bij de *universal life* beleggingsverzekering de hoogte van de door de verzekeraar in rekening te brengen (overlijdens)risicopremie niet vast, maar onder meer afhankelijk van de waarde van de opgebouwde beleggingseenheden. Dit brengt extra onzekerheid voor de verzekeringnemer mee. Aan de andere kant is het voordelig voor de verzekeringnemer dat bij een *universal life* beleggingsverzekering de (overlijdens)risicopremie op basis van 'slechts' het risicokapitaal wordt berekend en niet op basis van de (waarschijnlijk hogere) volledige uitkering bij overlijden, zoals bij een 'standaard' *unit linked* beleggingsverzekering. Hierdoor zal de (overlijdens)risicopremie bij een *universal life* beleggingsverzekering doorgaans lager zijn dan bij een *unit linked* beleggingsverzekering en blijft er meer inleg over om te beleggen.³⁰

3.6 Ondanks deze verschillen tussen de verschillende typen beleggingsverzekeringen, is de kostenstructuur van beleggingsverzekeringen in grote lijnen steeds dezelfde. *Grosso modo* kan sprake zijn van de volgende kostenposten, die de verzekeraar deels als aparte kostenpost in rekening brengt en deels opneemt/integreert in de te betalen (bruto) premie (de inleg):³¹

- aankoop- en verkoopkosten: kosten die de verzekeraar in rekening brengt bij de aan- en verkoop van de participaties;
- eerste kosten: eenmalige kosten die de verzekeraar maakt voor of bij aanvang van een verzekering. Ze bestaan uit onder meer ontwikkelingskosten van de beleggingsverzekering, offerte- en acceptatiekosten, reclamekosten, kosten voor het invoeren van de verzekering in diverse administraties en – indien van toepassing – de aan de tussenpersoon te betalen afsluitprovisie.³² De verzekeraar brengt de eerste kosten ofwel in één keer in rekening, ofwel gelijkmatig verdeeld over de hele looptijd van de verzekering, ofwel gedurende de eerste jaren

van de verzekering;

- doorlopende kosten: kosten die de verzekeraar gedurende de gehele verzekeringsduur in rekening brengt en die dienen ter dekking van de incassokosten, de jaarlijkse administratiekosten, de bedrijfskosten en – indien van toepassing – de aan de tussenpersoon te betalen doorlopende provisie;

- beheerkosten/vermogenskosten: kosten die de verzekeraar in rekening brengt voor het beheer van het vermogen;

- beleggings(fonds)kosten: kosten voor het beheren van het beleggingsfonds, ook wel *Total Expense Ratio* (TER) genoemd;

- prestatiebeloning bij hoge rendementen: dit zijn de kosten die de verzekeraar in rekening brengt indien hoge rendementen worden behaald;

- switchkosten: kosten die de verzekeraar in rekening brengt als de verzekeringnemer overstapt naar een ander beleggingsfonds; en

- mutatiekosten: kosten die de verzekeraar in rekening brengt als de verzekerde wijzigingen in de polis wil aanbrengen, zoals een premieverlaging, een premievrijmaking³³ of een afkoop (een tussentijdse contractopzegging).

3.7 Verzekeraars passen soms gedurende de looptijd van de beleggingsverzekering (de hoogte van) de kosten aan. Dit is bekend van de beleggings(fonds)kosten.³⁴ Hierdoor lopen afnemers van beleggingsverzekeringen een kostenrisico. Immers: als de kosten van de beleggingsverzekering stijgen, kan de verzekeraar periodiek minder participaties aankopen (bij *unit linked* beleggingsverzekeringen) c.q. moet de verzekeraar periodiek meer participaties verkopen om de stijgende kosten te dekken (bij *universal life* beleggingsverzekeringen). Kostenstijgingen kunnen dus direct invloed hebben op het rendement van de beleggingen en daarmee op de 'prestaties' van de beleggingsverzekering.³⁵

3.8 De kostenstructuur van een beleggingsverzekering, waarbij vaak hoge kosten in het begin worden gemaakt (met name door de eerste kosten), en het beleggingskarakter van de verzekering maken dat beleggingsverzekeringen zijn ingericht op een lange looptijd (soms tot wel vijftig jaar). Over het algemeen worden de 'prestaties' van een beleggingsverzekering dus verminderd door een korte looptijd (en door een relatief lage inleg), omdat in dat geval de kosten relatief zwaar drukken op het rendement van de beleggingsverzekering. Ook afkoop, premievrijmaking en premieverlaging beïnvloeden de 'prestaties' van de beleggingsverzekering doorgaans negatief. Bij tegenvallende koersontwikkeling kan de uitkering uit de beleggingsverzekering minder zijn dan aan (bruto) premie is ingelegd. Het is zelfs mogelijk dat de binnen de beleggingsverzekering opgebouwde waarde volledig verloren gaat en de verzekering om die reden vroegtijdig komt te vervallen.³⁶

3.9 Duidelijk is dus dat de verzekeringnemer bij een beleggingsverzekering diverse risico's loopt. Meer specifiek kan (i) het zogenoemde *crashrisico* zich verwezenlijken en (ii) sprake zijn van het zogenoemde *fata morgana-effect*. Daarnaast kan, door de systematiek van *universal life* beleggingsverzekeringen, bij dat type beleggingsverzekering (iii) het zogenoemde hefboom- en inteereffect optreden en is er een groter risico op (iv) *churning*.³⁷

(i) Het *crashrisico* houdt in dat één of meerdere (forse) koersdalingen tot gevolg hebben dat het feitelijk niet meer mogelijk is om het beoogde eindkapitaal van de beleggingsverzekering te bereiken, dat bij het aangaan van de verzekering door middel van een of meerdere voorbeelden als mogelijkheid was voorgespiegeld. Het eindkapitaal kan dan zelfs niet meer worden gehaald als de markt later weer aantrekt en/of als de voorgespiegelde gemiddelde rendementen (over de gehele looptijd berekend) wél worden gehaald. Omdat een (forse) koersdaling grotere impact heeft indien al een aanzienlijk vermogen is belegd (meestal op het einde van de looptijd van de verzekering), speelt het *crashrisico* voornamelijk dan een rol.

(ii) Het fata morgana-effect houdt verband met het (gemiddelde) rendementspercentage dat de verzekeraar aan de verzekeringnemer heeft gepresenteerd. Is dat een rekenkundig gemiddelde,³⁸ dan zal de consument op basis van dat rendementspercentage een te rooskleurig beeld hebben gekregen van het met de beleggingsverzekering mogelijk te behalen eindkapitaal. Bij een rekenkundig gemiddelde van rendementen worden de effecten van koersbewegingen (de volatiliteit) namelijk *niet* in het rendementspercentage verdisconteerd. Hierdoor geeft het rekenkundig gemiddelde percentage geen realistisch (want: te positief) beeld van het mogelijk met de inleg te behalen eindkapitaal. Bij een meetkundig gemiddelde³⁹ van rendementen worden de effecten van de koersbewegingen *wel* verdisconteerd. Een meetkundig gemiddeld rendementspercentage is daarom altijd lager of gelijk aan het rekenkundig gemiddeld rendementspercentage. Bij een beleggingsverzekering met een looptijd van dertig jaar zal een met een rekenkundig gemiddelde corresponderend meetkundig gemiddelde ongeveer twee à drie procentpunten lager liggen.

Als ik het goed begrijp, kan volgens de Vereniging het fata morgana-effect ook optreden indien de verzekeraar wél een meetkundig gemiddeld rendementspercentage heeft gehanteerd maar de verzekeringnemer daarbij niet op de meetkundige rekenmethodiek heeft gewezen. Bij gebrek aan kennis zal de verzekeringnemer een als voorbeeld gegeven rendementspercentage immers doorgaans als een 'gewoon' rekenkundig gemiddelde (en dus niet als een meetkundig gemiddelde) interpreteren, waardoor de verzekeringnemer alsnog een te rooskleurig beeld van het beoogde eindkapitaal zou krijgen.⁴⁰

(iii) Het (negatieve) hefboom- en inteereffect speelt alleen een rol bij *universal life* beleggingsverzekeringen en kan optreden indien het rendement op de verzekering achterblijft. In dat geval valt het risicokapitaal hoger uit dan aanvankelijk was verwacht, waardoor méér (overlijdens)risicopremie moet worden betaald (randnummer 3.5, onder (iii), hiervoor). Deze extra risicopremie wordt ten laste van de (al tegenvallend presterende) participaties gebracht, waardoor de waarde van de beleggingen nóg lager zal uitvallen. En ga zo maar door. Omgekeerd zal bij meevallende en dus goede rendementen het risicokapitaal láger uitvallen dan verwacht. In dat geval hoeft minder (overlijdens)risicopremie te worden betaald en valt de waarde van de beleggingen nóg hoger uit. Deze versterkende effecten worden aangeduid als het (negatieve en positieve) hefboomeffect. De kans op het negatieve hefboomeffect wordt vergroot indien ook andere factoren, naast tegenvallende beleggingsresultaten, tot verhoging van de overlijdensrisicopremie leiden. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de verzekerde ouder wordt: hoe hoger de leeftijd, des te groter de kans op overlijden en dus des te hoger de (overlijdens)risicopremie.

Indien, na tegenvallende beleggingsresultaten, de voor een periode verschuldigde (overlijdens)risicopremie en kosten méér bedragen dan de voor die periode ingelegde (bruto) premie (de inleg), worden méér participaties onttrokken dan er worden bijgekocht. In dat geval wordt dus op de participaties ingeteerd. Dit wordt het inteereffect genoemd. Indien de waarde van de participaties (door koersdalingen en/of interen) op enig moment onvoldoende is om de verschuldigde (overlijdensrisico)premie en kosten te onttrekken, eindigt de *universal life* beleggingsverzekering voortijdig.⁴¹ Er vindt dan dus geen uitkering plaats en de overlijdensrisicodekking vervalt.⁴²

(iv) *Churning* houdt in dat een verzekeraar onnodig, en te eigen bate, effectentransacties uitvoert, waarover hij aan- en/of verkoopkosten in rekening brengt.⁴³ Verzekeraars die *universal life* beleggingsverzekeringen aanbieden, wordt soms verweten zich aan *churning* schuldig te maken. Bij deze verzekeringen belegt de verzekeraar namelijk eerst de volledige premie/inleg, waarbij hij aankoopkosten in rekening brengt. Vervolgens verkoopt de verzekeraar weer een deel van de participaties om de (overlijdens)risicopremie en kosten uit te voldoen (randnummer 3.5, onder (iii), hiervoor). Over die verkoop brengt de verzekeraar verkoopprovisie in rekening. Deze constructie met periodieke aankoop- én verkoopkosten kan een negatief effect hebben op het te behalen rendement.

3.10 Het zal inmiddels duidelijk zijn dat de beleggingsverzekering een complex en risicovol product is. De precieze werking van een beleggingsverzekering, met de verschillende productonderdelen die van elkaar afhankelijk zijn en op elkaar inwerken, is niet eenvoudig te doorgronden. Tekenend in dit kader is dat AG Sharpston, die de conclusie voor het arrest *NN/Van Leeuwen* voor haar rekening nam, daarin opmerkte dat ze eerlijk gezegd ook na raadpleging van het nationale dossier nog niet goed begreep hoe de betrokken verzekering (een *universal life* beleggingsverzekering) precies in haar werk gaat.⁴⁴ Het gaat het bestek van deze prejudiciële procedure te buiten, maar bij sommigen komt de vraag op of het verstandig was om (*universal life*) beleggingsverzekeringen (op grote schaal) aan (ondeskundige) consumenten aan te bieden. Zoals R.A. Salomons in mei 2009 opmerkte:⁴⁵

“Misschien moet de conclusie zijn dat sommige producten (vooral op levengebied) helemaal niet verkocht moeten worden aan de consument, omdat ze (in computertermen) te gebruikersonvriendelijk zijn. Ik bedoel niet dat ze te riskant zijn, maar dat het niet altijd mogelijk is moeilijke dingen of riskante dingen adequaat uit te leggen.”

3.11 Wenselijk of niet: beleggingsverzekeringen zijn nu eenmaal op grote schaal verkocht. Zeker omdat het complexe producten zijn, is het aan levensverzekeraars om verzekeringnemers op juiste en doeltreffende wijze over de inhoud, werking en risico's van de verzekering te informeren, zowel vóór sluiting van de overeenkomst als gedurende de looptijd van de verzekering. Dit brengt mij bij de diverse (gedetailleerde) informatieplichten die in de loop der jaren in sectorspecifieke Europese en nationale regelgeving zijn neergelegd. Die sectorspecifieke regelgeving komt nu aan bod.

4. De ontwikkeling van de sectorspecifieke informatieplichten door de jaren heen: langzaam maar steeds meer en concretere informatie

4.1 Op levensverzekeraars zijn in de loop der jaren verschillende (Europese en Nederlandse) sectorspecifieke regels van toepassing geweest, die onder meer bepaalden welke informatie de verzekeraars aan (potentiële) verzekeringnemers moesten geven. In deze paragraaf wordt de betreffende regelgeving in chronologische volgorde weergegeven. Zo wordt zichtbaar dat levensverzekeraars op grond van sectorspecifieke regelgeving langzaam maar steeds méér informatie aan verzekeringnemers moesten verstrekken en dat deze informatie uiteindelijk ook steeds concreter is geworden, met name ten aanzien van de aan de beleggingsverzekering verbonden kosten, risicopremie en risico's. Naast het in kaart brengen van deze ontwikkeling, is het van belang om vast te stellen wat de regelgevers met de sectorspecifieke regelgeving hebben beoogd en welke overwegingen daarbij een rol hebben gespeeld. Daarom wordt in deze paragraaf ook ingegaan op de parlementaire geschiedenis van de sectorspecifieke regelgeving. Tevens wordt de kritiek beschreven die door de jaren heen op (de ontwikkeling van) de sectorspecifieke regelgeving is geuit en wordt aangegeven of en zo ja in hoeverre de regelgevers daar iets mee hebben gedaan. Dit alles maakt deze paragraaf omvangrijk.

4.2 Toch wordt niet overal 'en detail' ingegaan op alle regels die hebben gegolden en evenmin op de precieze inhoud van alle sectorspecifieke regelgeving. Dat is ook niet nodig: het doel van deze prejudiciële procedure is om duidelijkheid te krijgen over het (algemene) toetsingskader omtrent informatieverplichtingen van levensverzekeraars (randnummer 1.5 hiervoor), niet om concreet te toetsen of NN met de informatie die zij door de jaren heen aan (potentiële) verzekeringnemers heeft verstrekt daadwerkelijk aan haar informatieplichten heeft voldaan.

4.3 Ten behoeve van de overzichtelijkheid van deze paragraaf wordt de sectorspecifieke regelgeving per periode weergegeven: daartoe heb ik de regelgeving in blokken van enkele jaren 'opgeknipt'. Voor de beeldvorming en de volledigheid ga ik ook kort in op de periode vóór 1992 en de periode ná 2008, hoewel NN in die periode geen beleggingsverzekeringen aan particulieren heeft verkocht.

De volgende zes periodes komen zo in beeld:⁴⁶

- (i) vóór 1992;
- (ii) 1992-1994;
- (iii) 1995-1999;
- (iv) 2000-2005;
- (v) 2006-2008; en
- (vi) ná 2008.

Periode (i): vóór 1992

- 4.4 Aan het einde van de jaren zeventig van de vorige eeuw is de Uniewetgever begonnen met de stapsgewijze harmonisering van de Europese markt voor levensverzekeringen. In 1979 werd hiertoe de Eerste Levensrichtlijn⁴⁷ uitgevaardigd, die als doel had de toegang tot en de uitoefening van het levensverzekeringsbedrijf te vergemakkelijken. Dit doel moest worden bereikt door onder meer verschillen weg te nemen op het gebied van het toezicht tussen de nationale wetgevingen en de bepalingen te coördineren omtrent de financiële garanties die van levensverzekeraars worden geëist. De Eerste Levensrichtlijn bevatte nog geen informatieverplichtingen voor levensverzekeraars.
- 4.5 In 1990 is de Eerste Levensrichtlijn gewijzigd en aangevuld door de Tweede Levensrichtlijn,⁴⁸ die eveneens tot doel had de interne markt in de levensverzekeringssector open te stellen. Ook de Tweede Levensrichtlijn bevatte geen informatieplichten voor verzekeraars, afgezien van de verplichting om aan de verzekeringnemer te melden in welke lidstaat de verzekeraar is gevestigd.⁴⁹
- 4.6 Vrij snel na de Tweede Levensrichtlijn heeft de Europese Commissie in maart 1991 een voorstel ingediend voor de Derde Levensrichtlijn (hierna: het 'Voorstel DLR'), die de interne markt volledig moest voltooien.⁵⁰ Op grond van het Voorstel DLR moest de verzekeringnemer de mogelijkheid hebben om zich tot alle verzekeraars in de Gemeenschap te wenden, zodat hij de voor zijn behoeften meest passende dekking kon vinden, waarbij hij tevens voldoende bescherming genoot.⁵¹ Het Voorstel DLR vermeldde dat het niet overgaat tot "*een harmonisatie van het materiële verbintenissenrecht en de verzekeringsvoorwaarden*." De bescherming van de consument wordt namelijk reeds gewaarborgd, "*omdat in beginsel de Lid-Staat van de verbintenis de mogelijkheid heeft op het verzekeringscontract dat een verzekeringnemer dekt die woonachtig is op zijn grondgebied, zijn eigen wettelijke regeling toe te passen*."⁵²
- 4.7 Het Voorstel DLR vermeldde ook dat de consument duidelijke en nauwkeurige informatie moest ontvangen over de fundamentele kernmerken van de verzekeringsproducten die hem werden aangeboden, om zo ten volle te kunnen profiteren van een sterkere concurrentie op de markt voor levensverzekeringen. In de DLR zou daarom een minimumlijst worden opgenomen met informatie die verzekeraars aan verzekeringnemers zouden moeten verstrekken. De lidstaten konden deze lijst aanvullen, met dien verstande dat dergelijke (aanvullende) informatieverplichtingen de bescherming van de consument moesten bevorderen en de keuze van de aangeboden producten niet mochten beperken.⁵³

Periode (ii): 1992-1994

- 4.8 In november 1992, anderhalf jaar na het verschijnen van het Voorstel DLR, heeft de Europese Unie de DLR⁵⁴ uitgevaardigd. In de considerans van de DLR staat onder meer dat de met de DLR te introduceren informatieplichten minimumvoorschriften⁵⁵ zijn, de DLR het recht op het gebied van verzekeringsovereenkomsten niet harmoniseert en de consument, om ten volle van de diversiteit en toegenomen concurrentie op de markt voor levensverzekeringen te kunnen profiteren, over duidelijke en nauwkeurige informatie moet beschikken over de wezenlijke kenmerken van de verzekering:

“(9) Overwegende dat een aantal bepalingen van de onderhavige richtlijn minimumnormen vaststellen; dat de Lid-Staat van herkomst strengere regels kan opleggen aan verzekeringsondernemingen waaraan door zijn eigen bevoegde autoriteiten vergunning is verleend;

(...)

(19) Overwegende dat de harmonisatie van het recht op het gebied van verzekeringsovereenkomsten geen prealabele voorwaarde is voor de totstandbrenging van de interne verzekeringsmarkt; dat derhalve de aan de Lid-Staten gelaten mogelijkheid om verzekeringsovereenkomsten die op hun grondgebied aangegane verbintenissen behelzen, onder toepassing van hun recht te doen vallen, voldoende waarborgen biedt voor verzekeringnemers;

(...)

(23) Overwegende dat de consument in het kader van een eengemaakte verzekeringsmarkt een grotere en meer gediversifieerde keuze uit overeenkomsten zal hebben; dat hij om ten volle van deze diversiteit en een toegenomen concurrentie te kunnen profiteren, moet beschikken over de nodige inlichtingen om de overeenkomst te kunnen kiezen die het beste bij zijn behoeften past; dat deze behoefte aan inlichtingen nog sterker is omdat de looptijd van de verbintenissen zeer lang kan zijn; dat het dientengevolge wenselijk is de minimumvoorschriften te coördineren opdat de consument [een] duidelijke en nauwkeurige informatie zou ontvangen over de wezenlijke kenmerken van de hem aangeboden producten en over de gegevens betreffende de organismen [instanties, A-G] die bevoegd zijn om kennis te nemen van de klachten van verzekeringnemers, verzekerden of begunstigten van de overeenkomst;”

4.9 De informatieplicht van de levensverzekeraar was neergelegd in art. 31 DLR, waarvan de tekst als volgt luidde:

“1. Vóór de sluiting van de verzekeringsovereenkomst dienen aan de verzekeringnemer ten minste de in bijlage II, onder A, vermelde gegevens te worden medegedeeld.

2. De verzekeringnemer dient gedurende de gehele looptijd van de overeenkomst te worden ingelicht over elke wijziging van de in bijlage II, onder B, vermelde gegevens.

3. De Lid-Staat van de verbintenis mag van de verzekeringsondernemingen niet verlangen dat zij aanvullende gegevens naast de in bijlage II vermelde gegevens verstrekken, tenzij deze nodig zijn voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de wezenlijke bestanddelen van de verbintenis.

4. De toepassingsvoorschriften betreffende dit artikel en bijlage II worden door de Lid-Staat van de verbintenis vastgesteld.”

4.10 Bijlage II bij de DLR bepaalde onder het opschrift “*Aan de verzekeringnemer te verstrekken inlichtingen*” dat de inlichtingen die aan de verzekeringnemer moesten worden meegedeeld, “*duidelijk, nauwkeurig en schriftelijk*” moesten worden verstrekt in een officiële taal van de lidstaat van de verbintenis. Vóór de sluiting van de overeenkomst⁵⁶ dienden diverse inlichtingen (a.1-a.16) te worden verstrekt, waaronder inlichtingen over de verzekeringsdekking (a.4), de premie(betaling) (a.7 en a.10) en de afkoop- en premievrije waarden (a.9).

4.11 In maart 1994 is art. 31 DLR in Nederland geïmplementeerd in art. 51 van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 (hierna: ‘Wtv’),⁵⁷ dat in lid 1 bepaalde dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld met betrekking tot aan het publiek te verstrekken informatie door verzekeraars.⁵⁸

4.12 Via art. 51 Wtv is de informatieverplichting uit art. 31 DLR terechtgekomen in de Regeling

informatieverstrekking aan verzekeringnemers (hierna: de 'RIAV 1994'), die op 1 juli 1994 in Nederland in werking is getreden.⁵⁹ De in Bijlage II, onder A., bij de DLR genoemde inlichtingen zijn – in andere bewoordingen, in een andere volgorde en op andere wijze gegroepeerd – in art. 2 lid 2 RIAV 1994 terechtgekomen. Op grond van die bepaling diende de levensverzekeraar er zorg voor te dragen dat de verzekeringnemer schriftelijk in kennis zou worden gesteld van, onder meer:

"(...)

b. een omschrijving van de uitkering of uitkeringen waartoe de verzekeraar zich verplicht;

c. een omschrijving van de keuzemogelijkheden die de verzekeringnemer of de gerechtigde op uitkeringen ingevolge de overeenkomst heeft onderscheidenlijk hebben;

(...)

h. de premie verschuldigd voor de hoofddekking en, indien de overeenkomst voorziet in een of meer nevenuitkeringen, de premies die voor ieder van de nevenuitkeringen zijn verschuldigd;

i. een opgave of de premie eenmalig is verschuldigd dan wel periodiek;

j. de periode gedurende welke premie verschuldigd is;

k. indien de overeenkomst voorziet in een afkoop- of premievrije waarde, een opgave of indicatie van deze waarden of een opgave van de wijze waarop deze waarden worden berekend;

(...)."

4.13 In lijn met het bepaalde in de DLR diende de verzekeraar dus op grond van art. 2 lid 2 RIAV 1994 inlichtingen te verstrekken over onder meer de verzekeringsdekking (onder b. en c.), de premie(betaling) (onder h., i. en j.) en de afkoop- en premievrije waarden (onder k.). Omdat de verzekeringsdekking/de uitkering (bij leven) bij beleggingsverzekeringen onzeker is en afhangt van het te behalen beleggingsresultaat (randnummer 3.4 hiervoor), informeerden verzekeraars hun klanten doorgaans over de mogelijk te behalen verzekeringsdekking/uitkering door een of meerdere voorbeelden van mogelijke uitkeringen te tonen (de zogenoemde 'voorbeeldkapitalen').

4.14 In de toelichting bij de RIAV 1994 stond dat de toepassing van de regeling door het burgerlijk recht wordt beheerst:⁶⁰

"De onderhavige regeling betreft de (pre)contractuele verhouding tussen verzekeraar en verzekeringnemer. Behalve door de WTV 1993 (de Verzekeringskamer kan door middel van haar aanwijzingsrecht naleving van deze regeling bevorderen) wordt de toepassing van deze regeling beheerst door het burgerlijk recht, waarbij bijvoorbeeld ook de eisen van redelijkheid en billijkheid (artikel 2 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek) gelden."

4.15 De Ombudsman Levensverzekering, in 1971 ingesteld om klachten in behandeling te nemen over de totstandkoming en uitvoering van levensverzekeringsovereenkomsten,⁶¹ heeft in zijn jaarverslagen over de jaren 1992, 1993 en 1994 onder meer opgemerkt dat consumenten de aan de verzekering verbonden kosten onderschatten, waardoor met name sprake is van een toename van het aantal klachten over de afkoop van levensverzekeringen:⁶²

"Vanaf het moment van instelling van de Ombudsman Levensverzekering in 1971 hebben veel voorgelegde klachten over de uitvoering van levensverzekeringsovereenkomsten betrekking gehad op afkoop, afkoop- en premievrije waarde; ze vormen de grootste categorie. (...) Onderschatting van met name de aan het sluiten en het voortbestaan van een levensverzekering verbonden kosten leidt dan tot teleurstelling en onvrede, zeker in die gevallen waarin een gesloten levensverzekering na een, in verhouding met de overeengekomen duur, korte bestaansperiode door afkoop wordt beëindigd.

Het aantal van de in 1992 en 1993 ontvangen en behandelde klachten met betrekking tot afkoop en de vaststelling van afkoopwaarden duidt er echter op dat er helaas in toenemende mate

sprake is van een discrepantie tussen de werkelijkheid en het verwachtingspatroon bij de verzekeringsconsument ter zake van zijn of haar aanspraken bij afkoop. (...)."

- 4.16 De teleurstelling bij consumenten is volgens de Ombudsman vaak te herleiden tot onvolledige (en soms onjuiste of misleidende) voorlichting door verzekeraars bij het afsluiten van de levensverzekering, onder meer over (de invloed van) de verzekeringskosten:⁶³

"Die teleurstelling is, zoals eerder opgemerkt, blijkens aan de Ombudsman voorgelegde klachten in veel gevallen ter herleiden tot onvolledige – maar in een aantal gevallen ook onjuiste of misleidende – voorlichting bij het afsluiten van de levensverzekering. Zoals bij elk ander produkt het geval is, betaalt de koper van een levensverzekering alle kosten die gemoeid zijn zowel met de vervaardiging als de verkoop van het produkt. Het moge zo zijn dat deze kosten bij levensverzekering om de eerder vermelde redenen aanzienlijk zijn, dit kan echter nimmer aanleiding zijn (...) om terughoudend te zijn met betrekking tot de informatieverstrekking aan de verzekeringsconsument omtrent de invloed die deze kosten hebben op het door hem te sluiten contact en de daaruit voortvloeiende rechten.

Voor een financieel produkt als levensverzekering dient de voorlichting in alle gevallen op een hoog peil te staan."

- 4.17 Ten aanzien van *unit linked* beleggingsverzekeringen (randnummer 3.5, onder (ii) en (iii), hiervoor) heeft de Ombudsman in zijn jaarverslag over het jaar 1994 opgemerkt dat voor veel verzekeringnemers de materie (te) complex is. Het beeld dat de klant heeft, komt volgens de Ombudsman niet altijd overeen met de inhoud van het contract.⁶⁴

Periode (iii): 1995-1999

- 4.18 De Ombudsman Levensverzekering is niet de enige die al snel na de invoering van de eerste sectorspecifieke regelgeving kritiek heeft geuit. In november 1995 heeft Boot, destijds hoogleraar Ondernemingsfinanciering en Financiële Markten aan de Universiteit van Amsterdam, een kritisch onderzoeksrapport uitgebracht over de informatieverstrekking rondom, kort gezegd, beleggingsverzekeringen.⁶⁵ De conclusie van Boot was dat het erg moeilijk is om inzicht te krijgen in de kostenstructuur van beleggingsverzekeringen, omdat verzekeraars de verzekeringspolissen zo ondoorzichtig en onvergelijkbaar mogelijk maken:⁶⁶

"(...) De praktijk leert echter dat verzekeringsmaatschappijen alles behalve duidelijk zijn ten aanzien van hun eigen produkt. De huidige generatie koopsompolissen waarbij wordt belegd in beleggingsfondsen en zodoende het eindkapitaal afhankelijk is van de toekomstige fund-performance, zijn zo ondoorzichtig mogelijk gemaakt. (...) Uit de offertes voor deze koopsompolissen blijkt vaak niet hoeveel van het gestorte bedrag daadwerkelijk wordt belegd, en welk gedeelte als kosten door de verzekeraar worden ingehouden. Hetzelfde geldt voor de maandelijksse premiestorting. (...).

Het bepalen van de kostenstructuur is zo complex omdat verzekeringsmaatschappijen de polissen zoveel als mogelijk *ondoorzichtig* en *onvergelijkbaar* maken. (...)."

- 4.19 Ten aanzien van de kosten en het rendement van beleggingsverzekeringen heeft Boot geconcludeerd dat verzekeraars meestal niet vermelden welk gedeelte van de ingelegde premie of koopsom nu daadwerkelijk wordt belegd en welk gedeelte als kosten wordt ingehouden. Volgens Boot is de verzekeringnemer aangewezen op volharding tijdens telefoongesprekken of het uitvoeren van berekeningen. Over telefoongesprekken met enkele verzekeraars schrijft Boot het volgende:⁶⁷

"Bij Delta Lloyd bleken de kosten zonder veel problemen te achterhalen. Bij Nationale Nederlanden daarentegen was het een werkelijke 'challenge' om niet met een kluitje in het riet te worden gestuurd. Amev stuurde ons na telefonisch contact een keurig overzicht. Hierop stond overigens

de niet zo vreugdevolle mededeling dat gedurende de eerste 5 jaar van onze premiereregeling 40.5% van de premie als eerste kosten moeten worden beschouwd. Tevens bleek f 12.50 per maand aan poliskosten te moeten worden voldaan. Voor enige gemakkelijke, maar tevens veelzeggende, citaties aangaande de telefoon gesprekken die werden gevoerd, verwijzen wij naar paragraaf 3.4.⁶⁸ Over het algemeen is het zo dat zelfs inspecteurs, zij die met de cliënt de polis afsluiten, geen idee hebben van de kosten die de maatschappij inhoudt. Dit betekent dat er naar "het kantoor" moet worden gebeld; door de cliënt wel te verstaan."

4.20 Naar aanleiding van het onderzoeksrapport van Boot zijn in december 1995 in de Tweede Kamer vragen gesteld aan de minister van Financiën. Volgens de minister werd de Nederlandse (levens-)verzekeringsmarkt echter gekenmerkt door een hoge graad van concurrentie tussen aanbieders, waardoor een marktbreed te hoog kostenniveau "*niet aannemelijk*" was. Ook bestond volgens de minister in zo'n markt "*geen reden*" om te komen tot een convenant met de branche over een maximum kostenpercentage.⁶⁹ Dat dit een inschattingsfout van de minister is geweest, blijkt wel uit het feit dat een dergelijk convenant in 2008 alsnog nodig werd geacht: na aanbeveling van de Ombudsman Financiële Dienstverlening zijn in 2008 compensatieregelingen tot stand gekomen, waarin wél een maximum kostenpercentage is opgenomen (randnummer 2.6 hiervoor en randnummer 4.101 hierna). De minister van Financiën vond (bij nader inzien) de aanbeveling, met daarin de kostenmaximering, in 2008 wél "*een belangrijke eerste stap in het oplossen van de problemen van beleggingsverzekeringspolishouders*" (randnummer 4.102 hierna).

4.21 De Ombudsman Levensverzekering heeft ook in zijn jaarverslag over het jaar 1995 opgemerkt dat de polishouder in veel gevallen pas met de kosten van de verzekering wordt geconfronteerd op het moment dat hij het door hem gesloten verzekeringscontract wil beëindigen of aanpassen:⁷⁰

"(...) Bij verzekeringen in beleggingseenheden – wordt hij [de polishouder, A-G] op zo'n moment geconfronteerd met een beleggingsoverzicht waaruit een voor betrokkene onverwacht forse kostenpost blijkt. Ook kan dan pas blijken dat voor een bepaalde periode een niet onbelangrijk deel van de overeengekomen premie niet wordt belegd maar dient voor delging van gemaakte kosten en voor risicodekking.

Met de sterke opkomst van verzekeringen in beleggingseenheden wordt niet alleen meer over de hoogte van afkoopwaarden geklaagd, maar ook over de hoogte van de door maatschappijen in rekening gebrachte kosten en het niet geïnformeerd zijn daarover, noch door de maatschappij, noch door de tussenpersoon."

4.22 De Ombudsman heeft daarnaast benadrukt dat hij in vrijwel elk jaarverslag (sinds 1971) een pleidooi houdt voor meer en betere voorlichting bij het afsluiten van levensverzekeringen, wat hij de achilleshiel van het levensverzekeringsbedrijf noemt:⁷¹

"De Ombudsman heeft vrijwel in elk van de inmiddels verschenen 24 verslagen van werkzaamheden een pleidooi gehouden voor meer en betere voorlichting bij het afsluiten van levensverzekeringen. Dat dit punt na 25 jaar ondanks verbeteringen nog steeds actueel is, tekent de weerbarstigheid van de materie en toont ook de achilleshiel van het levensverzekeringsbedrijf.

Nog niet goed te beoordelen is hoe levensverzekeringsmaatschappijen en tussenpersonen omgaan met de Regeling Informatieverstreking Verzekeringnemers 1994, de op grond van Europees consumentenbeleid ingevoerde informatieplicht voor verzekeraars. De eerste voorzichtige indruk is, dat juist op het punt van de informatieplicht ten aanzien van afkoopwaarden de teugels nog moeten worden aangetrokken."

4.23 In september 1996 is in de Tweede Kamer de vraag gesteld of verzekeraars op basis van de RIAV 1994 ook verplicht zijn om inzicht te geven in de opbouw van de kosten die de verzekeraar bij de samenstelling van het financiële product maakt.⁷² De minister van Financiën heeft op deze vraag 'nee' geantwoord, ondanks de jarenlange kritiek van de Ombudsman Levensverzekering op dit punt:⁷³

“De Regeling informatieverstrekking aan verzekeringnemers 1994 is gebaseerd op artikel 51 van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 en vloeit voort uit de derde schadeverzekerings- en de derde levensverzekeringsrichtlijn. De regeling regelt de (pre)contractuele verhouding tussen de verzekeraar en de verzekeringnemer. Verzekeraars zijn, evenmin als de producenten van andere (financiële) producten niet verplicht inzicht te geven in de kostenstructuur.”

- 4.24 In 1996 heeft het Verbond van Verzekeraars⁷⁴ – nadat de Verzekeringskamer⁷⁵ (thans opgegaan in De Nederlandsche Bank) daar sinds 1993 op had aangedrongen – een gedragscode opgesteld voor informatieverstrekking over beleggingsrendement en beleggingsrisico van onder meer beleggingsverzekeringen (de Code Rendement en Risico 1996, hierna: de ‘CRR 1996’). De CRR 1996 gold vanaf 1 januari 1997⁷⁶ en had het volgende doel:⁷⁷

“Door toepassing van de Code moet de (adspirant)koper van het produkt inzicht krijgen in de wijze waarop rendement en risico van beleggingen van invloed zijn op toekomstige uitkeringen uit spaarkasovereenkomsten en individuele kapitaalverzekeringen.”

- 4.25 In de toelichting bij de CRR 1996 stond dat de consument bij het maken van zijn keuze voor de verzekering een relevante voorstelling nodig heeft van de mogelijke uitkomsten. Daarom moesten verzekeraars minstens twee voorbeelden van uitkomsten (voorbeeldkapitalen) geven, uitgaande van mogelijk te behalen rendementen:⁷⁸

“Het levensverzekerings- en spaarkasbedrijf biedt de consument produkten aan voor de verzorging van financiële zekerheid op lange termijn. De mate waarin financiële zekerheid kan worden verkregen is onzeker voor zover het bedrag van de uiteindelijke uitkering, in de vorm van een kapitaal al dan niet bestemd voor een vervolgens te kopen lijfrente, niet kan worden gegarandeerd. De uitkering kan immers variëren afhankelijk van de opbrengsten die voor de verzekerde worden behaald op de belegde premies of spaargelden. De consument heeft voor de koopbeslissing dus een relevante voorstelling nodig van de mogelijke uitkomsten. Daarom worden voorbeelden berekend uitgaande van mogelijk te behalen rendementen. De te gebruiken rendementen dienen een zinvolle weerspiegeling te zijn van de aard van de beleggingen en met name ook van de daaraan verbonden risico’s voor zover die voor rekening van de verzekerde komen.

Het geven van verantwoorde voorlichting omtrent te verwachten rendementen en voorbeelden is allereerst de eigen verantwoordelijkheid van iedere aanbieder. Gezien het grote belang voor de consument is een Code gewenst. Aldus ontstaat een standaardisatie van begrippen en te verschaffen informatie.”

- 4.26 Op grond van de CRR 1996 dienden verzekeraars in elke communicatie standaard te vermelden dat aan de gegeven voorbeelden géén rechten kunnen worden ontleend, de gebruikte rendementen géén garantie voor de toekomst inhouden en de toekomstige rendementen jaarlijks kunnen fluctueren en kunnen afwijken van de in de voorbeelden genoemde rendementen.⁷⁹
- 4.27 De minister van Financiën heeft de CRR 1996 vanuit het oogpunt van consumentenbelang positief gewaardeerd. Volgens de minister werd het in brede kring noodzakelijk geacht dat consumenten voor het aanschaffen van een beleggingsverzekering over de risico’s daarvan zouden worden geïnformeerd:

“De laatste jaren worden er steeds meer levensverzekeringsproducten aangeboden waarbij het rendementsrisico direct door de verzekeringnemer wordt gelopen. Vanwege deze ontwikkeling werd het in brede kring noodzakelijk geacht dat in informatieverstrekking aan de consument de risico’s die voor hem aan dergelijke levensverzekeringsproducten zijn verbonden voldoende worden belicht. In dit verband is recent door het Verbond van Verzekeraars de gedragscode rendementsprognoses vastgesteld [de CRR 1996, A-G]. In deze gedragscode wordt een aantal eisen geformuleerd waaraan informatieverstrekking aan de consument betreffende de genoemde

producten moet voldoen. (...) het doel van deze gedragscode [is] de consument inzicht te verschaffen in de wijze waarop rendement en risico van beleggingen van invloed zijn op toekomstige uitkeringen uit levensverzekeringen en spaarkasovereenkomsten. Deze gedragscode wordt door ondergetekende vanuit het oogpunt van consumentenbelang positief gewaardeerd. Het kabinet acht het wenselijk om, los daarvan, te bezien of er aanleiding bestaat om aan alle op de Nederlandse markt actieve levensverzekeraars bepaalde voorschriften te geven die noodzakelijk zijn voor een goed begrip van de wezenlijke bestanddelen van de verzekeringsovereenkomst.”

- 4.28 Er is echter ook kritiek geuit op de CRR 1996, onder meer door een oud-bestuurslid van de Verzekeringskamer (de heer Kool, hierna: ‘Kool’):⁸⁰

“De PVK [Pensioen- en Verzekeringskamer, A-G] was, en is dat naar ik aanneem nog steeds, een voorstander van zelfregulering door de bedrijfstak waar dat gewenst en mogelijk is. De bedrijfstak is door het ragfijne samenspel van relatief beperkte regelgeving, zelfdiscipline, zelfregulering en normatief toezicht groot geworden en gezond gebleven. Het door Europa warende dogma van de volledige concurrentie, ook wel marktwerking genoemd, betekende een rem op bepaalde vormen van zelfregulering en een aantal maatschappijen had ook niet zo veel zin meer in vormen van zelfregulering die in hun ogen het eigen ondernemerschap te veel aantasten. Dat moge zo zijn, maar als de keuze gaat tussen opgelegde regelgeving en zelfregulering is de keuze snel gemaakt. (...).

Het was allemaal niet zo eenvoudig, maar, om een lang verhaal kort te houden, er kwam zelfregulering verwoord in een gedragscode (...). Het was ongetwijfeld een goede poging, maar toch al heel snel kwam er forse kritiek van overheid, maatschappelijke organisaties en consumenten op de werking en de naleving van de Code. Sommige verzekeraars hadden moeite met het onderschrijven van de Code en deden dat dan ook niet. In de bedrijfstak werd fors ‘gediscussieerd’ over de wijze waarop collega-maatschappijen, concurrenten dus, de Code interpreteerden. (...).”

- 4.29 De Ombudsman Levensverzekering heeft in zijn jaarverslag over het jaar 1996 wederom gehamerd op meer en betere voorlichting bij het sluiten van levensverzekeringen, onder meer ten aanzien van factoren die van invloed zijn op het eindresultaat van het contract. Reeds in zijn “Woord vooraf” staat onder meer het volgende:⁸¹

“Kwalitatief zijn mijn ervaringen bij de klachtbehandeling ook over 1996 zodanig, dat ik als immer moet (blijven) hameren op het aanbeeld [lees: aambeeld, A-G] van meer en betere voorlichting bij het sluiten van levensverzekeringen. Ik acht het van wezenlijk belang dat de consument bij het sluiten van een levensverzekering met een spaar- of beleggingselement niet alleen op bevattelijke wijze wordt geïnformeerd over die aspecten van de overeenkomst, die tot teleurstelling kunnen leiden bij tussentijdse beëindiging, maar ook over zaken die de polishouder inzicht geven in de factoren die hun invloed doen gelden op het eindresultaat van het contract.

Mijn in het 25ste verslag gegeven ‘voorzichtige’ indruk, dat voor wat betreft de uitvoering door verzekeraars van de ‘Regeling Informatieverstrekking aan verzekeringnemers 1994’ de teugels nog strakker moeten worden aangetrokken, vindt – helaas – steeds meer bevestiging in de voorgelegde dossiers. Het kan uiteraard niet zo zijn dat deze Regeling door sommige verzekeraars zo wordt geïnterpreteerd dat zij in de praktijk niet of nauwelijks een toegevoegde waarde heeft ten opzicht[e] van de situatie voor 1 juli 1994.”

- 4.30 Om teleurstelling over de hoogte van de uitkering zoveel mogelijk te voorkomen, moeten consumenten volgens de Ombudsman inzicht krijgen in het deel van de betaalde premie dat bestemd is voor kosten en risicodekking. Volgens de Ombudsman wordt de consument dan pas compleet voorgelicht:⁸²

“Om deze teleurstelling [over de hoogte van de uitkering op de einddatum, A-G] te voorkomen en als aanvullend instrument om aan de consument duidelijk te maken dat een levensverzekering meer is dan een simpele spaar- of beleggingsrekening, moet derhalve inzicht worden verschaft in het deel van de betaalde premies dat bestemd is voor kosten en risicodekking en derhalve voor het fondsrendement niet meetelt (zie ook mijn pleidooi in het 25ste verslag van werkzaamheden pagina 19). Eerst dan wordt de consument compleet voorgelicht.”

- 4.31 Ook in 1997 gaan veel klachten die bij de Ombudsman Levensverzekeringen worden ingediend over de hoogte van de afkoop- en premievrije waarde. Deze klachten kunnen volgens de Ombudsman worden vermeden door betere informatievoorziening, onder meer ten aanzien van de kostenstructuur:⁸³

“Veel klachten over de consequenties van tussentijdse beëindiging kunnen vermeden worden door de verzekeringsconsument die een levensverzekering met een spaar- of beleggingselement afsluit, daarover duidelijke, nauwkeurige en inzichtelijke informatie op schrift te verstrekken. Het liefst in de vorm van een schema waaruit de ontwikkeling van de afkoopwaarde blijkt gedurende de looptijd van de te sluiten verzekering. Omdat gezien de wijze van verkoop de kosten van een levensverzekering aanzienlijk zijn indien deze worden afgezet tegen de waarde van de verzekering na een relatief korte bestaansduur, lijkt het verstandig daarbij ook enige toelichting te geven op de kostenstructuur.”

- 4.32 In april 1998 heeft de Verzekeringskamer een onderzoeksrapport uitgebracht, getiteld “Informatieverstrekking aan verzekeringnemers”.⁸⁴ In de samenvatting van het rapport staat onder meer dat als belangrijkste knelpunten van de RIAV 1994 naar voren komen dat de informatie over de afkoop- en premievrije waarde doorgaans onvoldoende volledig is en dat de wettelijk verplichte informatie over diverse aspecten verspreid staat over verschillende informatiebronnen.⁸⁵

- 4.33 Over de wezenlijke kenmerken van het verzekeringsproduct waarover verzekeraars op grond van de RIAV 1994 géén informatie hoefden te geven, zoals de kosten en het beleggingsrisico, heeft de Verzekeringskamer het volgende geschreven:⁸⁶

“Daarnaast is geïnventariseerd welke informatie wordt verstrekt over wezenlijke kenmerken van het verzekeringsproduct, waarover in de Regeling [de RIAV 1994, A-G] geen voorschriften zijn gegeven. De voor de polishouder relevante informatie over een (voorbeeld)eindwaarde, het beleggingsrisico en de beleggingskosten is vaak niet of nauwelijks te vinden in de aangeboden schriftelijke informatiebronnen. Bij 95% van de traditionele levensverzekeringen en 44% van de beleggingsverzekeringen is niet duidelijk of de in rekenvoorbeelden getoonde bedragen na aftrek van alle relevante kosten luiden. Een indicatie van het beleggingsrisico ontbreekt bij 53% van de beleggingsverzekeringen. Bij 72% van de beleggingsverzekeringen is het totaal van aan- en verkoopkosten, switchkosten, beheerskosten en overige kosten zoals administratie- en poliskosten niet vermeld.”

- 4.34 Volgens de Verzekeringskamer was er ruimte en aanleiding om de RIAV 1994 aan te scherpen:⁸⁷

“Uit de juridische studie blijkt dat binnen het kader van de Europese verzekeringsrichtlijnen ruimte voor aanscherping van de Regeling [de RIAV 1994, A-G] bestaat. Deze ruimte is in Nederland nog ongebruikt gelaten. Het gaat dan met name om het voorschrift dat voor verzekeringsproducten duidelijke en nauwkeurige informatie over de afkoop- en premievrije waarde en over de kosten ten laste van de verzekeringnemer verstrekt dient te worden, en om het voorschrift dat voor beleggingsverzekeringen geen onrealistische verwachtingen mogen worden geschapen.

Op basis van de resultaten van het onderzoek meent de Verzekeringskamer dat er aanleiding is voor de wetgever de Regeling informatieverstrekking aan verzekeringnemers 1994 aan te passen.”

4.35 Na het verschijnen van het onderzoeksrapport heeft de minister van Financiën aan de Tweede Kamer laten weten dat het wenselijk is dat de informatieverstrekking door verzekeraars wordt verbeterd.⁸⁸

“In het licht van de onderzoeksresultaten en het advies van de Verzekeringskamer, en ook gelet op (...) onderzoeken van Consumentenbond en Verbond van Verzekeraars, is het wenselijk dat de informatieverstrekking wordt verbeterd. Centraal staat dat de informatie die gegeven wordt aan verzekeringnemers volledig, overzichtelijk en vergelijkbaar moet zijn. In geval van verzekeringen met een beleggingscomponent zal de verzekeringnemer inzicht moeten hebben in de kosten die zijn rendement beïnvloeden en het risico dat is verbonden aan het product dat hij afneemt en zich een beeld moeten kunnen vormen ten opzichte van andere aanbieders.

(...)

Tegen deze achtergrond wordt van overheidswege een aantal stappen gezet:

- De Regeling informatieverstrekking zal worden aangepast. Dit is wenselijk, omdat deze het juridisch kader geeft waarmee een «level playing field» gecreëerd wordt voor alle in Nederland actieve verzekeraars en waarmee recht wordt gedaan aan de positie van de individuele consument. Elementen als rechtszekerheid en handhaving spelen daarbij een belangrijke rol. De elementen zoals de Verzekeringskamer deze schetst in haar advies dienen hierbij als uitgangspunt.

- (...).”

4.36 Nadat er in de loop van 1997 in toenemende mate kritiek van overheid, maatschappelijke organisaties en consumenten op de werking en de naleving van de CRR 1996 was geuit, heeft het Verbond van Verzekeraars de werking van de CRR 1996 geëvalueerd. Dit heeft ertoe geleid dat het Verbond van Verzekeraars de CRR 1996 in april 1998 heeft vervangen door de Code Rendement en Risico 1998 (hierna: de ‘CRR 1998’), die per 1 oktober 1998 in werking is getreden.⁸⁹

4.37 Ten opzichte van de CRR 1996 (randnummer 4.24 hiervoor), is het doel van de CRR 1998 in die zin gewijzigd c.q. geherformuleerd dat consumenten nu “*op een begrijpelijke wijze*” een “*helder*” inzicht moeten krijgen, niet alleen in de wijze waarop rendement en risico van beleggingen van invloed zijn op toekomstige uitkeringen, maar ook in de aard van het product. Dit blijkt uit hoofdstuk I van de CRR 1998 (“*Algemene bepalingen*”):

“Art. 02. - Het doel van de Code is om consumenten op een begrijpelijke wijze een helder inzicht te geven in de aard van het produkt en de wijze waarop rendement en risico van beleggingen van invloed zijn op toekomstige uitkeringen.”

4.38 Op grond van de CRR 1998 dienden verzekeraars ten minste drie voorbeelden (voorbeeldkapitalen) te geven van mogelijk te behalen (netto) uitkeringen, in plaats van de vereiste twee voorbeelden op grond van de CRR 1996 (randnummer 4.25 hiervoor). De voorbeeldkapitalen moesten zijn gebaseerd op (i) het gemiddeld historisch fondsrendement, (ii) het gemiddeld historisch fondsrendement verminderd met een ‘afslag’⁹⁰ en (iii) een jaarlijks vast te stellen standaardfondsrendement.⁹¹ Het gemiddeld historisch rendement werd berekend op grond van, kort gezegd, de rendementen van de laatste twintig jaar. Hierover heeft Kool, het oud-bestuurslid van de Verzekeringskamer, het volgende opgemerkt:⁹²

“Dat verzekeraars graag voorbeeldkapitalen wilden laten zien, die berekend waren op basis van die twintig jaar, is geen verrassing. Op enkele jaren na zijn er met name op aandelen in de twintig jaar voorafgaande aan 2000 hoge tot zeer hoge rendementen behaald. Dat leidde tot exorbitante, doch leuk ogende voorbeeldkapitalen en dat leidde bij velen weer tot grote gulden-/eurotekens in de ogen. (...)

Maar, kunnen de aanhangers van het tonen van voorbeeldkapitalen op basis van het gemiddeld historisch fondsrendement zeggen: *'Er moesten toch ook voorbeeldkapitalen worden getoond op basis van het gemiddeld historisch fondsrendement na afslag en op basis van het standaardfondsrendement?'* Ja, dat is waar, maar waarom voorbeeldkapitalen laten zien die zich waarschijnlijk niet zullen manifesteren?"

4.39 Naast het geven van drie voorbeeldkapitalen, moesten verzekeraars op grond van de CRR 1998 vermelden welk rendement op de (bruto) premie werd behaald, uitgaande van een bepaald voorbeeldscenario (de zogenoemde productrendementen). Het productrendement liet aldus zien welk rendement jaar na jaar zou moeten worden behaald om op het voorbeeldkapitaal uit te komen. Ook verplichtte de CRR 1998 tot opname van de zogenoemde 'LET OP-teksten' in alle communicatie-uitingen betreffende levensverzekeringen of spaarkasovereenkomsten met beleggingsrisico.⁹³

4.40 In zijn jaarverslag over het jaar 1998 is de Ombudsman Levensverzekering onverminderd kritisch op de informatieverstrekking door verzekeraars, met name ten aanzien van het (hoge) kostenniveau, dat voor veel verzekeringnemers pas duidelijk wordt bij voortijdige afkoop van de verzekering:⁹⁴

"HET PROBLEEM

"Ik ben van mening dat van de verzekeringsconsument het besef mag worden verwacht dat aan de dienstverlening van een verzekeraar kosten zijn verbonden. Van algemene bekendheid is voorts dat het afkopen van een levensverzekering een onvoordelige transactie kan zijn. Dit neemt niet weg dat polishouders die na een relatief korte bestaansduur – en daar moet ook een bestaansduur van 10 jaar of zelfs langer toe gerekend worden – vaak ontsteld zijn over de hoogte van het vastgestelde afkoopbedrag dan wel over het niveau van de in rekening gebrachte eerste kosten. (...)

Er zijn derhalve dwingende redenen om de verzekeringsconsument bij het sluiten van een levensverzekering nadrukkelijk te wijzen op het feit dat hij een langjarige overeenkomst heeft gesloten en dat bij voortijdige beëindiging, met name gedurende de eerste jaren van de looptijd, de afkoopwaarde aanzienlijk veel lager kan zijn dan het bedrag aan betaalde premies. Het is onbetwist de bedoeling van de Europese Raad en de nationale wetgeving geweest dat verzekeraars in hun voorlichting niet kunnen volstaan met algemene, omschrijvende, informatie die de verzekeringsnemer géén duidelijk inzicht geeft in de consequenties van eventuele vroegtijdige beëindiging van de te sluiten levensverzekering."

4.41 Op 1 januari 1999, drie maanden na invoering van de CRR 1998, is de Regeling informatieverstrekking aan verzekeringnemers 1998⁹⁵ (hierna: de 'RIAV 1998') in werking getreden, die de RIAV 1994 verving. De informatie die op grond van art. 2 lid 2 RIAV 1994 moest worden verstrekt (randnummer 4.12 hiervoor), diende nu op grond van art. 2 lid 2 RIAV 1998 te worden verstrekt. Onder meer de informatieverplichting van de verzekeraar ten aanzien van de uitkering (art. 2 lid 2, onder b., RIAV 1994 en RIAV 1998) werd iets aangescherpt. Een omschrijving van de uitkering(en) waartoe de verzekeraar zich verplichtte, volstond niet langer. Het bedrag van de uitkering(en) diende te worden vermeld, of – voor zover dit bedrag niet op voorhand nauwkeurig kon worden bepaald (zoals bij beleggingsverzekeringen) – een nauwkeurige omschrijving van de uitkering(en), alsmede van de factoren waarvan de hoogte van de uitkering(en) afhankelijk is.

4.42 Verzekeraars dienden op grond van art. 2 lid 2 RIAV 1998 ook informatie te verstrekken over:

"q. de invloed van kosten en inhoudingen ten laste van de verzekeringnemer op het rendement en de uitkering verbonden aan de overeenkomst;

r. indien van toepassing, de kosten die naast de bruto-premie in rekening worden gebracht;

s. indien van toepassing, het aan de overeenkomst verbonden beleggingsrisico en de mate waarin dit risico ten laste is van de verzekeringnemer.”

4.43 Deze inlichtingen stonden *niet* genoemd in Bijlage II bij de DLR. Het betroffen derhalve aanvullende informatievoorschriften in de zin van art. 31 lid 3 DLR (randnummer 4.9 hiervoor). De algemene toelichting bij de RIAV 1998 vermeldde hierover het volgende:⁹⁶

“ Een belangrijke ontwikkeling van de laatste jaren is het toenemende aanbod van verzekeringsproducten met een beleggingscomponent. Volgens de Financiële Maandstatistieken van het CBS is het aandeel van deze producten in de levenmarkt (...) toegenomen van ongeveer 20% eind 1995 tot ongeveer 40% eind 1997. Inzicht in en vergelijkbaarheid van het rendement, de kosten, de afkoopwaarde en het risico die verbonden zijn aan dergelijke producten maken een goede oordeelsvorming bij de consument mogelijk.

(...)

De wijzigingen in de onderhavige regeling ten opzichte van de regeling van 1994 passen binnen de ruimte die geboden wordt door de derde generatie EU-verzekeringsrichtlijnen. Daarin staat centraal dat de consument duidelijke en nauwkeurige informatie moet ontvangen over de wezenlijke kenmerken van de hem aangeboden producten.”

4.44 De artikelsgewijze toelichting bij art. 2 RIAV 1998 voegde hieraan het volgende toe:⁹⁷

“ Ten opzichte van de regeling van 1994 is aan het eind van het tweede lid een drietal onderdelen toegevoegd (onderdelen q, r en s). Deze toevoeging speelt met name in op het toenemende belang van levensverzekeringen en spaarkasovereenkomsten met een beleggingscomponent.

Onderdeel q beoogt de verzekeringnemer inzicht te geven hoe inhoudingen en kosten zijn rendement en de uiteindelijke uitkering kunnen beïnvloeden. Met de systematiek van de nieuwe Code rendement en risico van het Verbond van Verzekeraars [de CRR 1998, A-G], waarbij gebruik wordt gemaakt van rekenvoorbeelden waarin de kosten en inhoudingen worden verwerkt, wordt invulling gegeven aan deze verplichting.

In sommige gevallen worden kosten van levensverzekeringen of spaarkasovereenkomsten met een beleggingscomponent naast de brutopremie in rekening gebracht. In dat geval is het van belang dat de consument hiervan op de hoogte wordt gebracht. Het betreft hier niet slechts de kostensoorten, maar ook een kwantitatieve weergave van de kosten. Met onderdeel r wordt de verplichting hiertoe geregeld. Voor zover alle kosten al verwerkt zijn in de brutopremie, legt onderdeel r geen extra verplichtingen op ten opzichte van onderdeel q.

Onderdeel s beoogt dat de verzekeringnemer duidelijk op de hoogte wordt gebracht van het beleggingsrisico dat verbonden is aan levensverzekeringen of spaarkasovereenkomsten met een beleggingscomponent en in hoeverre dat voor zijn rekening komt. Bij veel van de nieuwe overeenkomsten met een beleggingscomponent komt dit risico al dan niet geheel voor rekening van de verzekeringnemer. In geval van rekenvoorbeelden moet duidelijk aangegeven worden wat de effecten zijn van lagere rendementen dan de rendementen die in voorgaande periodes zijn gerealiseerd door het relevante fonds of de passende indexreeks. Met de Code rendement en risico van het Verbond van Verzekeraars wordt door middel van zowel tekstblokken als bepalingen voor rekenvoorbeelden invulling gegeven aan de verplichting om de verzekeringnemer inzicht te verschaffen in het beleggingsrisico.”

4.45 De algemene toelichting bij de RIAV 1998 vermeldde verder dat met de regeling een duidelijk kader in de regelgeving was gecreëerd, dat nader kon worden uitgewerkt. Ook werd, net als in de toelichting op de RIAV 1994 (randnummer 4.14 hiervoor), opgemerkt dat de toepassing van de RIAV 1998 door het burgerlijk recht wordt beheerst:⁹⁸

“ Een belangrijke taak voor de overheid bij het bevorderen van een transparante verzekeringsmarkt is gelegen in het creëren van een duidelijk kader in de regelgeving waarin de voorwaarden voor een goede informatieverstrekking opgenomen zijn. Bij de vormgeving en

uitwerking van dit kader bestaat vervolgens ruimte voor initiatieven van de marktpartijen zelf. (...) Dergelijke initiatieven in de markt zijn een belangrijke stap bij het bevorderen van de transparantie in de verzekeringsmarkt en zijn te zien als een uitwerking van het kader dat vastgelegd wordt in de onderhavige regeling. (...) Conform de regeling van 1994 betreft de onderhavige regeling de (pre)contractuele verhouding tussen verzekeraar en verzekeringnemer. Behalve door de WTV 1993 (de Verzekeringskamer kan door middel van haar aanwijzingsrecht naleving van deze regeling bevorderen) wordt de toepassing van deze regeling beheerst door het burgerlijk recht, waarbij bijvoorbeeld ook de eisen van redelijkheid en billijkheid (artikel 2 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek) gelden.”

- 4.46 Uit het voorgaande blijkt dat op grond van de RIAV 1998 informatie moest worden gegeven over (i) de *invloed van* alle kosten en inhoudingen (de risicopremie) op het te behalen rendement en de uitkering (zogenoemde indirecte transparantie), (ii) de kosten die de verzekeraar *naast de (bruto) premie* bij de verzekeringnemer in rekening brengt en (iii) het beleggingsrisico dat ten laste van de verzekeringnemer komt.
- 4.47 Ruim een half jaar na invoering van de RIAV 1998 zijn vanaf 1 augustus 1999 beleidsregels in werking getreden, die de Verzekeringskamer op grond van art. 2, tweede en vierde lid, en art. 4 RIAV 1998 heeft vastgesteld (de Beleidsregels inzake de Regeling informatieverstrekking aan verzekeringnemers 1998, hierna: de ‘Beleidsregels’).⁹⁹ De Beleidsregels hebben nadere invulling gegeven aan bepaalde op grond van de RIAV 1998 te verstrekken informatie, zoals de winstdeling, de afkoop- of premievrije waarde en het beleggingsrisico.
- 4.48 In de Beleidsregels stond dat op grond van art. 2 lid 4 RIAV 1998 de levensverzekeraar ervoor zorgdraagt dat de verzekeringnemer op overzichtelijke wijze inzicht wordt geboden in de wezenlijke kenmerken van de aangeboden overeenkomst van levensverzekering. Met het oog op deze overzichtelijkheid moest aan de verzekeringnemer een gestandaardiseerde productleeswijzer ter beschikking worden gesteld. Deze productleeswijzer gaf aan de verzekeringnemer aan op welke plaatsen in het schriftelijk informatiemateriaal, behorend bij het aangeboden verzekeringsproduct van de verzekeraar, de wezenlijke kenmerken van het verzekeringsproduct waren beschreven. Volgens het standaardformaat van de productleeswijzer waren onder meer de premies, uitkeringen en verplichtingen (onder 2), de risicofactoren (onder 3) en de kosten en inhoudingen (onder 6) wezenlijke kenmerken van een verzekering. In de productleeswijzer was ook ruimte voor *aanvullende informatie* die volgens de verzekeraar nodig is om een goed begrip te krijgen van de wezenlijke bestanddelen van de verzekering (onder 7):¹⁰⁰

	Wezenlijk kenmerk van het verzekeringsproduct	Te vinden in: (polisvoorwaarden, polisblad, brochure, offerte) op bladzijde: (eventueel nadere aanduiding van kolom of paragraaf)
1	Doelstelling van het product (bijv. risicodekking bij leven of overlijden of andere risicodekking, vermogensopbouw al dan niet gekoppeld aan hypotheek)	
2	Premies, uitkeringen en verplichtingen voor de polishouder (premiebetaling; fiscale behandeling van premies, uitkeringen, en afkoop; gezondheidsverklaring en/of medisch onderzoek)	
3	Risicofactoren (o.a. onzekere opbrengst, afkoop, en – indien van toepassing – gewijzigde kosteninhouningen of <i>en bloc</i> clauses. Indien het een beleggingsverzekering betreft: aard van de waarden en indicatie van het beleggingsrisico)	
4	(Voorbeeld) waarde van de polis aan het einde van de looptijd	
5	(Voorbeeld) afkoopwaarde en premievrije waarde	
6	Kosten en inhoudingen	
7	Facultatief: aanvullende informatie die volgens de verzekeraar nodig is voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de wezenlijk bestanddelen van het verzekeringsproduct, voor zover niet reeds in bovenstaande punten aan de orde geweest.	

4.49 In juli 1999 heeft de minister van Financiën de Tweede Kamer geïnformeerd over de uitkomsten van een vergelijkende analyse van de voorschriften rond

informatieverstrekking aan consumenten in verschillende financiële sectoren. De bevindingen waren dat goede ontwikkelingen zichtbaar waren, maar dat verdere verbeteringen (onder meer op het gebied van inzichtelijkheid) mogelijk en nodig waren:¹⁰¹

“In Nederland zijn de afgelopen jaren reeds goede ontwikkelingen te zien geweest. Verschillende onderzoeken zijn verricht waaruit bleek dat verbeteringen mogelijk en nodig waren. Als gevolg hiervan heeft met name in 1998 en 1999 aanscherping plaatsgevonden in de diverse sectoren, via zowel regelgeving als zelfregulering. Voorbeelden zijn de Regeling informatieverstrekking voor verzekeringnemers 1998 (...), de beleidsregels van de Verzekeringskamer en de Code Rendement en Risico van het Verbond van Verzekeraars.

(...)

Algemene bevinding uit de analyse is dat vanuit sectoroverstijgend perspectief verdere verbeteringen mogelijk en nodig zijn. Deze concentreren zich rond de volgende kernbegrippen: informatie over toezicht, inhoudelijke consistentie van informatie, verstrekkingswijze van informatie, inzichtelijkheid en naleving van de regels.”

4.50 De minister heeft benadrukt dat de inzichtelijkheid weliswaar moest worden verbeterd, maar dat ook moest worden gewaakt voor een onnodige verzwaring van de informatie-eisen voor verzekeraars en voor een informatieoverschot voor de consument:¹⁰²

“De informatie voor de consument moet inzicht bieden in de wezenlijke kenmerken van een product, en de consument de mogelijkheid bieden om te vergelijken met alternatieven. Dit impliceert dat naast consistentie voor soortgelijke producten of aspecten daarvan, ook relevant is het voorkomen van onnodige verzwaring van informatie-eisen voor aanbieders en van overkill aan informatie voor de consument.”

4.51 In reactie op een constatering vanuit de Tweede Kamer dat de verzekeringssector vóórloopt op andere spelers in de financiële markt als het gaat om informatieverstrekking aan de consument, heeft de minister van Financiën in december 1999 opgemerkt dat het niet zo is dat één sector op alle onderdelen van de informatieverstrekking beter scoort dan de andere. Volgens de minister

waren daarom voor alle sectoren wijzigingen voorzien.¹⁰³

- 4.52 In het jaarverslag over het jaar 1999 van de Stichting Klachteninstituut Verzekeringen, waarvan het verslag van werkzaamheden van de Ombudsman Levensverzekering vanaf dat moment onderdeel uitmaakte, heeft de Ombudsman opgemerkt dat het aantal klachten over beleggingsverzekeringen in dat jaar met 30% is toegenomen, omdat consumenten attenter zijn op de verzekeringskosten. Volgens de Ombudsman heeft het merendeel van de verzekeraars nog (steeds) moeite met het daadwerkelijk betrachten van transparantie op het punt van kosten:¹⁰⁴

“Kwantitatief is de klachtbehandeling in 1999 duidelijk een uitschieter. Het aantal ingediende klachten over de totstandkoming en uitvoering van levensverzekeringen en spaarkasovereenkomsten nam met 30% toe tot 1.124. Deze stijging is vooral terug te voeren naar het meer attent zijn van de verzekeringsconsument op het kostenaspect in levensverzekeringen. (...) Omdat het merendeel van verzekeraars en tussenpersonen, ondanks wettelijke en andere regelgeving, nog moeite heeft met het daadwerkelijk betrachten van transparantie op het punt van kosten, leidt dit tot meer en anders geformuleerde klachten dan de ‘klassieke’ klachten over tegenvallende afkoopwaarden.”

- 4.53 Dit terwijl transparantie omtrent de kosten en informatie omtrent het beleggingsrisico volgens de Ombudsman “*onmisbare voorwaarden*” zijn voor het aangaan van een levensverzekering:¹⁰⁵

“Voor levensverzekeringen die als drager dienen voor vermogensvorming en waarbij de consument zich verbindt om gedurende een reeks van jaren een vooraf vastgestelde premie te betalen, is het van essentieel belang dat die consument zich bewust is van de consequenties van de aangegane verplichting. Transparantie omtrent de kosten die de verzekeraar in rekening brengt voor zijn dienstverlening – en de wijze waarop dit plaatsvindt – alsmede informatie over het te lopen beleggingsrisico, zijn onmisbare voorwaarden voor het aangaan van een langjarige overeenkomst van levensverzekering.”

Periode (iv): 2000-2005

- 4.54 In het streven om tot sector-overstijgend toezicht te komen, is rond de eeuwwisseling een Raad van Financiële Toezichthouders (hierna: ‘de RFT’) samengesteld, bestaande uit toezichthouders van De Nederlandsche Bank, de Stichting Toezicht Effectenverkeer en de Verzekeringskamer. De RFT is verzocht om een Financiële Bijsluiter te ontwikkelen. Een belangrijke doelstelling van die bijsluiter was om producten in verschillende financiële sectoren beter vergelijkbaar te maken. Dit blijkt uit een brief van 19 september 2001 van de minister van Financiën aan de Tweede Kamer:¹⁰⁶

“Een belangrijke doelstelling van de Financiële Bijsluiter is het bevorderen van de mogelijkheden om producten met elkaar te kunnen vergelijken. Vanwege de toegenomen vervlechting van de producten is het daarbij van belang dat producten die in verschillende sectoren van de financiële markten worden aangeboden op consistente wijze en waar mogelijk aan identieke informatieverplichtingen worden onderworpen. Zo zullen producten die door verzekeraars worden aangeboden moeten kunnen worden vergeleken met producten van banken of beleggingsinstellingen indien deze producten in gelijke behoeften van de consument kunnen voorzien.”

- 4.55 De verplichting tot het verstrekken van de Financiële Bijsluiter zou vooralsnog worden beperkt tot complexe financiële producten, zoals beleggingsverzekeringen, die voor de consument vaak niet eenvoudig te doorgronden zijn:¹⁰⁷

“Vooralsnog wordt de verplichting tot het verstrekken van een Financiële Bijsluiter beperkt tot zogenaamde complexe financiële producten. Dit betekent in ieder geval dat voor producten die bestaan uit meerdere productsoorten en waarvan één van de elementen een beleggingskarakter kent, zoals effectenlease en levensverzekeringen met een beleggingscomponent, een Financiële

Bijsluiter zal moeten worden opgesteld en verstrekt. De aanschaf van dergelijke producten heeft voor de consument immers vaak verstrekken financiële gevolgen, terwijl de aard en de op elkaar inwerkende risico's van deze producten dikwijls niet eenvoudig te doorgronden zijn. Voor deze producten ligt de verplichting tot het verstrekken van een Financiële Bijsluiter voor de hand."

- 4.56 De Financiële Bijsluiter zou – met het oog op de beoogde vergelijkbaarheid – bepaalde standaardformuleringen voorschrijven en voor de presentatie van kosten zouden standaardmodellen worden ontwikkeld. Bij de keuze voor standaardisering speelde het spanningsveld tussen lengte en begrijpelijkheid een rol. Hoe omvangrijker de informatie, des te groter immers het risico was dat de consument de informatie niet zou lezen:¹⁰⁸

"Hier is sprake van een spanningsveld tussen de lengte en begrijpelijkheid van het kernpuntendocument [de Financiële Bijsluiter, A-G] en de volledigheid ervan. Het risico is groot dat de consument het kernpuntendocument niet leest wanneer het kernpuntendocument te omvangrijk wordt. Uitgangspunt is dat de onderlinge vergelijkbaarheid van de complexe financiële producten cross-sectoraal wordt bevorderd. Een standaardisering van inhoud en presentatie kan hier dienstig zijn."

Bij de keuze welke informatie in de Financiële Bijsluiter terecht moest komen en op welke wijze, werd dan ook rekening gehouden met het feit dat onderzoek aantoonde "*dat de consument al snel overvoert* [lees: overvoerd, A-G] *raakt met informatie*."¹⁰⁹

- 4.57 De RFT koos er om die reden voor om géén specificatie te verlangen van de kosten die aan het verzekeringsproduct zijn verbonden. Uit onderzoek bleek immers dat de consument met name was geïnteresseerd in de netto-opbrengst van het financiële product:¹¹⁰

"De RFT hanteert terecht het uitgangspunt dat de Financiële Bijsluiter een bondig, voor de consument toegankelijk document moet worden. Ook moet de Financiële Bijsluiter voor de consument als zodanig identificeerbaar zijn. Hiertoe heeft de RFT een standaardmodel ontwikkeld waarin met name informatie moet worden gegeven over:

- de aard en het doel van het product; een beschrijving van de met het product samenhangende financiële risico's;
- de verplichtingen voor de afnemer;
- een indicatie van het voorbeeldrendement en de voor de afnemer aan het product verbonden kosten;
- (...).

" Voor een aantal onderdelen, zoals bijvoorbeeld de indicatie van de financiële risico's, worden door de RFT standaardformuleringen voorgeschreven. Ook heeft de RFT voor de presentatie van de kosten en van de voorbeeldrendementen standaardmodellen ontwikkeld die het mogelijk moeten maken om verschillende (soorten) producten goed met elkaar te kunnen vergelijken.

Deze modellen heeft de RFT door het NIPO laten toetsen door middel van een consumentenonderzoek. Dit heeft ertoe geleid dat de geteste modellen op een aantal punten zijn vereenvoudigd. Zo heeft de RFT er onder meer toe besloten geen specificatie van de kosten te verlangen die aan een product verbonden zijn. Uit het NIPO-onderzoek blijkt namelijk dat de consument met name geïnteresseerd is in de netto-opbrengst die bij een bepaalde inleg uiteindelijk kan worden verwacht."

- 4.58 In juli 2002 is de Financiële Bijsluiter daadwerkelijk geïntroduceerd, met de inwerkingtreding van het Besluit financiële bijsluiter¹¹¹ (hierna: 'het Bfb') en de Nadere regeling financiële bijsluiter 2002¹¹² (hierna: 'de Nrfb'). In de nota van toelichting bij het Bfb stond dat de standaardisatie de inzichtelijkheid en vergelijkbaarheid van complexe producten vergroot.¹¹³ Op grond van het Bfb en de Nrfb diende de verzekeraar – net als al in de CRR 1998 werd voorgeschreven – ten minste drie

voorbeelden (voorbeeldkapitalen) van de mogelijke uitkeringen te geven, ditmaal op basis van het historisch behaalde rendement, een pessimistisch rendement en een standaardrendement van 4%. Over het behoud van het historisch behaalde rendement (berekend over de twintig achterliggende jaren) en het pessimistisch rendement heeft Kool, het oud-bestuurslid van de Verzekeringskamer, in 2002 het volgende geschreven:¹¹⁴

"(...) Vanuit het oogpunt van consumentenvoorlichting moet het betreurd worden dat het tonen van voorbeeldwaarden op basis van het gemiddeld historisch rendement is gehandhaafd. Die voorbeeldwaarden zullen nog jaren een irreëel beeld geven van de zegeningen van het beleggen, al zal het beroerde beursklimaat van de laatste jaren een dempend effect op het historisch rendement hebben. Hoe het ook zij, de financiële bijsluiter was een mooie gelegenheid geweest om van het begrip historisch rendement af te komen. Maar dat komt bij de evaluatie te zijner tijd van de financiële bijsluiter ongetwijfeld weer aan de orde.

(...) Negatieve rendementen doen hun intrede in het voorlichtingsmateriaal van financiële dienstverleners voor consumenten. Dat moet een schok voor velen zijn. Alhoewel niet weinigen een aantal jaren geleden een dergelijk plaatje als ernstig pessimistisch zouden hebben bestempeld, hebben we de afgelopen jaren gezien dat het nog (veel) erger kan, in ieder geval in termen van enkele jaren. Het zou een misvatting zijn als de consument zou denken dat het pessimistische rendement een ondergrens is van het rendement dat hij zal behalen. (...)."

4.59 Volgens Kool zal, hoewel bij de invoering van de Financiële Bijsluiter veel aandacht aan de verwerking van kosten in voorbeeldbedragen en nettorendementen is besteed, het kostenaspect door de complexiteit van de werkelijke kostenstructuren een "*voortdurend discussiepunt*" blijven.¹¹⁵

4.60 Op grond van het Bfb en de Nrfb dienden de drie voorbeeldkapitalen met productrendementen te worden aangevuld, net als in de CRR 1998 was voorgeschreven (randnummer 4.38 hiervoor). Ook werd in de Financiële Bijsluiter op gestandaardiseerde wijze gewaarschuwd voor de risico's verbonden aan het financiële product.

4.61 Op 1 juli 2002 is – als opvolger van de CRR 1998 – de Code Rendement en Risico 2002 (hierna: 'CRR 2002') in werking getreden, waarmee het Verbond van Verzekeraars de CRR in lijn heeft gebracht met het Bfb en de Nrfb. In de CRR 2002 is gekozen voor een verregaande integratie met de Financiële Bijsluiter, omdat daarin veel elementen van de CRR 1998 waren overgenomen.¹¹⁶

4.62 Op Europees niveau zijn op 19 december 2002 de Eerste Levensrichtlijn, de Tweede Levensrichtlijn en de DLR vervangen door Richtlijn 2002/83/EG¹¹⁷ (hierna: de 'Levensrichtlijn 2002'). Net als de DLR (randnummer 4.8 hiervoor), had de Levensrichtlijn 2002 als doel de toegang tot en de uitoefening van het levensverzekeringsbedrijf te vergemakkelijken, onder waarborging van een passende bescherming voor de verzekeringnemer:¹¹⁸

"(5) Met deze richtlijn is derhalve een belangrijke stap gezet op de weg naar het samenbrengen van de nationale markten in één geïntegreerde markt en die fase moet worden aangevuld met andere communautaire instrumenten teneinde onder waarborging van een adequate bescherming voor de verzekeringnemer, alle verzekeringnemers de mogelijkheid te geven een beroep te doen op elke verzekeraar die zijn hoofdkantoor in de Gemeenschap heeft en die daar zijn bedrijf uitoefent op grond van het recht van vestiging of in het kader van het vrij verrichten van diensten."

4.63 Eveneens in lijn met de considerans van de DLR (randnummer 4.8 hiervoor), stond in de considerans van de Levensrichtlijn 2002 dat het de minimumvoorschriften omtrent de informatieverplichtingen van verzekeraars coördineert:

"(52) De consument zal in het kader van een interne markt voor verzekeringen een grotere en meer gediversifieerde keuze uit overeenkomsten hebben. Hij moet om ten volle van deze

diversiteit en van een toegenomen concurrentie te kunnen profiteren, over de nodige inlichtingen beschikken om de overeenkomst te kunnen kiezen die het beste bij zijn behoeften past. Deze behoefte aan inlichtingen is nog sterker omdat de looptijd van de verbintenissen zeer lang kan zijn. Het is dientengevolge wenselijk de minimumvoorschriften te coördineren opdat de consument [een] duidelijke en nauwkeurige informatie ontvangt over de wezenlijke kenmerken van de hem aangeboden producten en over de gegevens betreffende de organismen [instanties, A-G] die bevoegd zijn om kennis te nemen van de klachten van verzekeringnemers, verzekerden of begunstigden van de overeenkomst.”

4.64 In de Levensrichtlijn 2002 werden de informatieverplichtingen van levensverzekeraars op dezelfde wijze geharmoniseerd als in de DLR. Art. 36 Levensrichtlijn 2002 was dan ook woordelijk gelijk aan art. 31 DLR (randnummer 4.9 hiervoor), met dien verstande dat naar Bijlage III werd verwezen in plaats van naar Bijlage II:

“1. Vóór de sluiting van de verzekeringsovereenkomst dienen aan de verzekeringnemer ten minste de in bijlage III, onder A, vermelde gegevens te worden medegedeeld.

2. De verzekeringnemer dient gedurende de gehele looptijd van de overeenkomst te worden ingelicht over elke wijziging van de in bijlage III, onder B, vermelde gegevens.

3. De lidstaat van de verbintenis mag van de verzekeringsondernemingen niet verlangen dat zij aanvullende gegevens naast de in bijlage III vermelde gegevens verstrekken, tenzij deze nodig zijn voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de wezenlijke bestanddelen van de verbintenis.

4. De toepassingsvoorschriften betreffende dit artikel en bijlage III worden door de lidstaat van de verbintenis vastgesteld.”

4.65 De bijlagen bij de DLR en de Levensrichtlijn 2002 waren eveneens identiek. Bijlage III bij de Levensrichtlijn 2002 bepaalde derhalve ook dat de inlichtingen, die aan de verzekeringnemer moesten worden meegedeeld, “*duidelijk, nauwkeurig en schriftelijk*” moesten worden verstrekt in een officiële taal van de lidstaat van de verbintenis. Er dienden wederom vóór sluiting van de overeenkomst¹¹⁹ diverse inlichtingen (a.1-a.16) te worden verstrekt, waaronder over de verzekeringsdekking (a.4), de premie(betaling) (a.7 en a.10) en de afkoop- en premievrije waarden (a.9).

4.66 In 2003 en 2004 heeft het Verbond van Verzekeraars nieuwe versies van de CRR uitgebracht (de Code Rendement en Risico 2003 en de Code Rendement en Risico 2004). Deze versies bevatten geen wijzigingen die relevant zijn voor de onderhavige procedure.

4.67 In de jaren 2000-2005 is de Ombudsman Verzekeringen, die per 1 januari 2001 in de plaats was gekomen van de Ombudsman Levensverzekering en de Ombudsman Schadeverzekering, in zijn jaarverslagen stevige kritiek blijven uiten op de informatieverstrekking door (levens)verzekeraars. Zo stond er in het jaarverslag over het jaar 2001 dat de kiem van veel problemen tussen verzekeraars en consumenten een gebrekkige communicatie is en dat informatie over levensverzekeringen (dus breder dan alleen beleggingsverzekeringen) soms zó ontoereikend is dat het de consument niet eens duidelijk is wat voor soort product hij heeft aangeschaft:¹²⁰

“Ook in dit jaarverslag over 2001 is onvolledigheid van informatie of anderszins tekortschietende communicatie een steeds weer terugkerend thema, hetgeen in diverse passages van het verslag nog eens typografisch is benadrukt. Het kenmerk van goede communicatie is, dat er niet alleen informatie wordt gezonden, maar ook wordt ontvangen en dat er een wisseling van die rollen is. In de driehoek verzekeraars – tussenpersonen – consumenten schort het daar helaas vaak aan. Veel verzekeraars hebben grote moeite, enigszins lijdend onder de last van de grote aantallen en de behoorlijk grote administratieve knelpunten, om klanten adequaat over de aard van het product, over relevante nieuwe ontwikkelingen of over productwijzigingen te informeren. Informatie over levensverzekeringen is, bij wijze van voorbeeld, soms zo ontoereikend dat het

klanten volledig onduidelijk is dat het geen spaarproduct, maar een verzekeringsproduct betreft of dat men niet beseft dat het om een hypotheek gaat waaraan onlosmakelijk een verpande levensverzekering is verbonden. (...).”

4.68 Volgens de Ombudsman blijven consumenten onwetend over de kostenstructuur van levensverzekeringsovereenkomsten:¹²¹

“Nog steeds laten zowel tussenpersonen als verzekeraars hun cliënten in de precontractuele fase in het ongewisse over de precieze kosten die aan het sluiten en voortbestaan van een levensverzekering zijn verbonden. Veel klagers stellen mij de vraag of dat zo maar is toegestaan. Ik begrijp uiteraard de onvrede en teleurstelling over de gang van zaken, maar kan in de regel niets concreets voor de verzekeringsconsument betekenen. Ik heb immers als Ombudsman Verzekeringen niet de bevoegdheid om over de tarieven van maatschappijen te oordelen. Wel hecht ik er grote waarde aan dat verzekeraars en tussenpersonen hun cliënten goed informeren over de essentiële kenmerken van aangeboden producten. Helaas is het zelfs na de invoering van de Financiële Bijsluiter per 1 juli 2002 nog geen gemeengoed dat de kosten die aan het sluiten en voortbestaan van een levensverzekering zijn verbonden, expliciet moeten worden vermeld.”

En:¹²²

“Veel geschillen waarbij mijn bemiddeling wordt gevraagd, zijn terug te voeren op gebrek aan transparantie in de kosten van verzekeringen. Consumenten schrikken nogal eens wanneer zij ontdekken welk deel van de premie uiteindelijk daadwerkelijk wordt belegd. Ik haast me op te merken dat ik mij niet bemoei met de hoogte van kosten – hoewel ik soms grote vraagtekens plaats bij de verhouding tussen de netto- en bruto-investeringen – en dat ik natuurlijk ook goed begrijp dat kosten, voor productontwikkeling, administratie, verkoop, provisie, verzekeringsaspecten et cetera, moeten worden gemaakt. Wel hekel ik al gedurende jaren de ondoorzichtige presentatie van deze kosten, hetgeen niet alleen tot geschillen leidt, maar de consument bovendien de mogelijkheid ontnaemt producten adequaat met elkaar te vergelijken. Gelukkig neem ik nu een positieve ontwikkeling op dit gebied waar. Een toenemend aantal verzekeraars besluit hun portefeuilles met betrekking tot dit aspect van kosten, wat hoogte en transparantie betreft, te herzien. Ik zie zeer uit naar de resultaten daarvan.”

4.69 De Ombudsman Verzekeringen heeft ook kritiek geuit op de nonchalante houding van consumenten. Hij merkt op dat consumenten de risico's van beleggingsverzekeringen soms schromelijk hebben onderschat en dat het van wezenlijk belang is dat verzekeraars – net als banken – polishouders veel nadrukkelijker op de grote risico's van beleggen wijzen:¹²³

“(…) Inmiddels hebben de meeste beleggers ook met de keerzijde van het beleggen kennisgemaakt en is het hen duidelijk geworden dat ook aan het sluiten van een beleggingsverzekering risico's zijn verbonden. De inmiddels bekende handreiking 'dat in het verleden behaalde rendementen geen garantie voor de toekomst bieden' is nu bewaarheid. Ik heb overigens de indruk dat menig consument, tussenpersoon en verzekeraar deze zinsnede in het nabije verleden toch niet altijd even serieus heeft genomen. De klachten over beleggingsverzekeringen bleven tot voor kort beperkt tot onvoldoende inzicht in de kostenstructuur, maar dat is duidelijk veranderd sinds de koersen sterk zijn gedaald. De ervaring leert dat de consument zeker bij relatief korte looptijden de risico's van beleggen, ondanks de ingrijpende gevolgen daarvan, soms schromelijk onderschat. (...)

(...)Het zou (...) van zorgvuldigheid getuigen indien verzekeringnemers voldoende informatie krijgen, waarmee wordt voorkomen dat zij op basis van onrealistische veronderstellingen ingrijpende beslissingen nemen. Richting banken heeft de Hoge Raad zich al eens uitgesproken voor een waarschuwingplicht in het geval een cliënt een al te risicovolle transactie wil verrichten.¹²⁴ De Hoge Raad vindt zelfs dat de bank, wanneer de cliënt zo'n transactie toch wil doorzetten, hem tegen een eigen gebrek aan inzicht moet beschermen. Mijns inziens is het

wenselijk dat de verzekeringsbranche eenzelfde lijn volgt. (...)."

- 4.70 De Ombudsman Verzekeringen heeft daarom verzekeraars geadviseerd bij het aanprijzen van beleggingsverzekeringen meer terughoudend te zijn:¹²⁵

"(...) Veel klagers hebben dan ook moeite met de wijze waarop sommige maatschappijen beleggingsverzekeringen met een aura van zekerheid blijven omringen. Deze verzekeraars stellen dat het geld van de consument bij hen in veilige handen is, gezien de expertise die zij in huis hebben, maar gaan daarmee voorbij aan de risico's die nu eenmaal aan beleggingsverzekeringen zijn verbonden. Zij zullen de zekerheid zoals zij die schetsen, in tijden van slechte beurskoersen niet kunnen waarmaken, hetgeen tot grote teleurstellingen zal leiden. Dit zal het imago van de bedrijfstak niet bevorderen, maar helaas is nog niet iedere verzekeraar daarvan doordrongen. Ik adviseer verzekeraars daarom bij het aanprijzen van beleggingsverzekeringen meer terughoudend te zijn en zich beter in de financiële positie van de consument te verdiepen. (...)."

Periode (v): 2006-2008

- 4.71 Op 1 januari 2006 is de Wet financiële dienstverlening¹²⁶ (hierna: de 'Wfd') in werking getreden. Op grond van art. 31 lid 1 Wfd moest de consument de informatie ontvangen die redelijkerwijs relevant was om het financiële product adequaat te kunnen beoordelen:

"Voorafgaande aan de totstandkoming van een overeenkomst inzake een financieel product verstrekt de financiële dienstverlener de consument informatie voor zover dit redelijkerwijs relevant is voor een adequate beoordeling van dat product."

- 4.72 De Wfd voorzag in de mogelijkheid om de informatie, die financiële dienstverleners op grond van de Wfd dienden te verstrekken, uit te werken bij algemene maatregel van bestuur. Eveneens op 1 januari 2006 is daarom het Besluit financiële dienstverlening¹²⁷ (hierna: het 'Bfd') in werking getreden. Art. 32 Bfd bevatte de informatieverplichtingen die voorheen in de RIAV 1998 waren opgenomen:

"1. Onverminderd artikel 30 verstrekt een aanbieder van levensverzekeringen een consument voorafgaande aan de totstandkoming van een overeenkomst inzake een levensverzekering, voorzover van toepassing, ten minste de volgende informatie:

(...)

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;

(...)

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 dan wel, indien de exacte premie niet kan worden gegeven, de wijze waarop deze premie wordt berekend;

(...)

q. de invloed van kosten ten laste van de consument op het rendement en de uitkering verbonden aan de overeenkomst;

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 consument;

(...)."

- 4.73 In de memorie van toelichting bij de Wfd heeft de regering gewezen op de informatieasymmetrie

tussen financiële dienstverleners en consumenten en het gegeven dat informatieverstrekking een belangrijke hoeksteen van consumentenbescherming vormt:¹²⁸

“Aan de aanschaf van financiële producten zijn doorgaans risico's verbonden. Risico's die voor de consument in de regel moeilijker te beoordelen zijn dan voor de financiële dienstverlener. De financiële dienstverlener beschikt ten opzichte van de consument over een grote kennisvoorsprong. Deze informatieasymmetrie hangt samen met de complexiteit en heterogeniteit van financiële producten. Daar komt bij dat veel financiële producten niet frequent worden aangeschaft – denk aan een hypotheek of een levensverzekering – zodat er voor de consument weinig leer- en reputatie-effecten optreden. Bovendien zijn veel financiële producten «ervaringsgoederen» waarvan de kwaliteit pas zichtbaar wordt naar [na, A-G] verloop van tijd (bijv. een schadeverzekering).

Voor een deel is de genoemde informatieasymmetrie het bestaansrecht van de financiële dienstverleners. Het stelt hen in staat producten en diensten te creëren waarmee in een behoefte van de consument wordt voorzien. Voor het goede functioneren van de markt is het echter van belang dat de consument in staat wordt gesteld zich een oordeel te vormen over de verschillende producten en de mogelijkheid heeft om producten te vergelijken. Om die reden is het wenselijk dat van financiële dienstverleners wordt verlangd dat zij adequate informatie verschaffen over de door hen aangeboden producten en diensten. Daarnaast is deze informatieverstrekking een belangrijke hoeksteen van de consumentenbescherming. Door goede informatieverstrekking kan de consument worden gewaarschuwd voor de risico's die aan een product verbonden zijn en kan hij de vraag beantwoorden of het product in zijn behoeften voorziet. De beslissing die de consument vervolgens neemt is zijn eigen verantwoordelijkheid. Adequate informatieverstrekking is de voorwaarde waaronder hij deze verantwoordelijkheid invulling kan geven.”

- 4.74 De regering heeft geconstateerd dat het huidige stelsel van wetgeving op belangrijke punten tekortschiet en dit tekort onvoldoende wordt gecompenseerd door de bestaande zelfregulering. Het doel van de Wfd is echter niet om de bestaande zelfregulering volledig te vervangen of te ontmoedigen:¹²⁹

“Deze gebreken in de huidige financiële toezichtwetgeving worden ten dele ondervangen door het stelsel van zelfregulering dat in Nederland aanwezig is. Wetgeving zou immers niet nodig zijn indien alle marktpartijen zich aan effectieve en inhoudelijk goede zelfregulering zouden houden. Momenteel is de meerderheid van de financiële dienstverleners aangesloten bij brancheorganisaties als (...) het Verbond van Verzekeraars (...). Veel van deze brancheorganisaties stellen als voorwaarde voor het lidmaatschap dat gedragscodes over de omgang met consumenten worden onderschreven. Ook zijn er op de markt zeer waardevolle initiatieven ontstaan als de Gedragscode Informatieverstrekking Dienstverlening Intermediair (GIDI) die de positie van de consument wezenlijk verbeteren. Geconstateerd moet echter worden dat slechts een beperkt deel van de markt zich committeert aan deze waardevolle initiatieven. De beperkte marktdekkendheid van de zelfregulering zorgt ervoor dat er een ongelijk speelveld ontstaat waarop bonafide dienstverleners concurreren met marktpartijen die zich aan gedragscodes weinig gelegen laten liggen. Daarbij komt dat de negatieve reputatie van deze laatste groep tevens de reputatie van de eerste groep kan aantasten.

Het is nadrukkelijk niet de intentie van dit wetsvoorstel om de bestaande zelfregulering volledig te vervangen of te ontmoedigen. Het wetsvoorstel kan eerder worden beschouwd als een wettelijke borging van dergelijke normen. Meer in het algemeen zoekt het wetsvoorstel aansluiting bij de normen waaraan het «goede» deel van de markt zich al vrijwillig houdt en bedoelt het met name de dienstverlening van het minder goede deel op een hoger niveau te tillen (of van de markt te weren).

(...)

Al met al kan worden geconstateerd dat er goede redenen zijn om waarborgen in te bouwen dat de consument goed wordt geïnformeerd en geadviseerd door deskundige en betrouwbare financiële dienstverleners. Hierbij is niet alleen de individuele consument, maar ook de economie als geheel gebaat. Het huidige stelsel van wetgeving schiet op belangrijke punten tekort en dit tekort wordt onvoldoende gecompenseerd door de bestaande zelfregulering. Alleen door middel van wetgeving die een bredere scope en een effectiever publiek toezichtinstrumentarium kent kan een marktdekkende kwaliteitsborging worden gecreëerd.”

- 4.75 In de memorie van toelichting bij de Wfd is ook opgemerkt dat de verplichtingen tot het verstrekken van adequate informatie voor een belangrijk deel reeds uit het civiele recht voortvloeien:¹³⁰

“Tenslotte kan nog worden gewezen op het Burgerlijk Wetboek. Voor een belangrijk deel vloeien de verplichtingen tot het verstrekken van adequate informatie en het behoorlijk adviseren van consumenten al voort uit het civiele recht. Dat neemt niet weg dat de weg naar de civiele rechter voor de individuele consument vaak een langdurige en kostbare aangelegenheid is. Tevens slaagt het civiele recht er slechts ten dele in overtreding van normen te voorkomen. Financiële dienstverleners die er een «hit-and-run»-tactiek op nahouden zullen over het algemeen verdwenen zijn voordat de consument hen voor de rechter kan dagen. Publiek toezicht voegt aan het civiele recht een extra prikkel tot het naleven van verplichtingen ten aanzien van informatieverstrekking en zorgvuldige advisering toe. Door middel van boetes, dwangsommen en doordat uiteindelijk malafide partijen van de markt kunnen worden geweerd kan publiek toezicht een wezenlijke aanvulling leveren op het systeem van consumentenbescherming dat reeds bestaat.”

- 4.76 Uit een brief van de minister van Financiën blijkt dat bij de invoering van de Wfd en het Bfd in principe zo dicht mogelijk bij de Europese regelgeving is aangesloten:¹³¹

“Een ander onderwerp dat aan de orde is gekomen is de herkomst van de normen in Wfd en Bfd. Uw Kamer heeft meerdere malen benadrukt dat waar Europese regelgeving verplicht tot het stellen van normen aan het gedrag van financiële dienstverleners – mits het niveau van bescherming van de consument adequaat is – in principe zo dicht mogelijk bij deze regelgeving dient te worden aangesloten. Dit opdat de financiële dienstverleners in Nederland geen concurrentieel nadeel ondervinden ten opzichte van collega’s uit andere EU-lidstaten. (...)”

- 4.77 Na de invoering van de Wfd en het Bfd zag het Verbond van Verzekeraars aanleiding de CRR 2004 aan te passen. In augustus 2006 is daarom de Code Rendement en Risico 2006 (hierna: de ‘CRR 2006’) geïntroduceerd.¹³²

- 4.78 Per 1 oktober 2006 is de Nadere regeling financiële dienstverlening¹³³ (hierna: de ‘NRfd’) in werking getreden. In aanvulling op de reeds bestaande verplichting (op grond van de RIAV 1998) om door middel van zogenoemde indirecte transparantie informatie te geven over *de invloed van* kosten en inhoudingen (risicopremie) op het rendement en de uitkering (randnummers 4.42 e.v. hiervoor), is de Financiële Bijsluiter door de NRfd in die zin gewijzigd dat verzekeraars nu ook de *totale hoogte* van de in de premie geïntegreerde kosten en risicopremie (inhoudingen) moesten vermelden, in absolute getallen dan wel in percentages van de uitkering.¹³⁴ Deze aanpassing voorkwam echter niet dat op de Financiële Bijsluiter kritiek werd geuit, vooral omdat die (nog steeds) tekortschoot op het gebied van concrete, voor een leek begrijpelijke, informatie:¹³⁵

“De Commissie [De Ruiters, zie randnummer 4.80 hierna, A-G] is evenwel tot het oordeel gekomen dat die Financiële Bijsluiter, ook in zijn sinds 1 oktober 2006 voorgeschreven vorm, te weinig bijdraagt aan de thans algemeen noodzakelijk geachte transparantie van (offertes voor) beleggingsverzekeringen. Dat oordeel bleek te worden gedeeld door degenen met wie de Commissie ter voorbereiding van dit rapport heeft gesproken. Weliswaar kan de bijsluiter worden gezien als een poging in de richting van meer transparantie, maar hij schiet daarin naar het

oordeel van de Commissie vooral tekort waar het gaat om concrete, en vooral ook cijfermatige, voor de leek op dit gebied bevattelijke, informatie. De consument vindt in de Financiële Bijsluiter zoals die sinds 1 oktober 2006 geldt, niet zodanig heldere informatie over wat hem wordt aangeboden dat hem zijn persoonlijke situatie met betrekking tot beleggingen, verzekeringen en kosten duidelijk wordt. De talloze klachten die in de samenleving worden gehoord – en die ook [de] Raad van Toezicht en de Ombudsman Verzekeringen vele malen voorgelegd krijgen – betreffen vrijwel steeds de beleving van de consument, die denkt dat de door hem betaalde bedragen worden belegd en die later bemerkt dat zulks maar ten dele het geval is geweest.”

4.79 Ook verplichtten de Wfd, het Bfd en de NRfd tot het hanteren van enigszins aangepaste waarschuwingsteksten in verband met het beleggingsrisico. Daarnaast moest door middel van afbeeldingen (*visuals*) op een schaal van 1 tot 5 worden aangegeven hoe risicovol het profiel van een fonds was en op een schaal van ‘zeer klein’ tot ‘zeer groot’ worden gewaarschuwd voor het risico dat de verzekeringnemer zijn inleg niet zou terugkrijgen.¹³⁶ Het was de bedoeling om deze ‘risico-indicator’ al in 2002 in te voeren, bij de introductie van de Financiële Bijsluiter. Dat is toen niet gelukt. Kool, het oud-bestuurslid van de Verzekeringskamer, schrijft hierover het volgende:¹³⁷

“(…) Het is kennelijk een complex vraagstuk, niet in het minst doordat het lastig is om zo veel verschillende producten die worden aangeboden in enkele categorieën onder te brengen. En wat te doen met nieuwe producten die niet lijken op iets wat al langer bestaat en waarbij derhalve niemand zich een idee kan vormen over het risico? Maar misschien is het een idee om in een risico-indicator een rubriek ‘wij weten het ook niet’ op te nemen. Daar is wel een aardig pictogram bij te maken en het is eerlijk. (...).”

4.80 Op 20 december 2006 heeft de Commissie transparantie beleggingsverzekeringen (hierna: ‘de Commissie De Ruiter’)¹³⁸ in opdracht van het Verbond van Verzekeraars een advies uitgebracht.¹³⁹ De Commissie De Ruiter had tot taak de aspecten van beleggingsverzekeringen te benoemen waarover verzekeraars informatie moeten verstrekken en criteria en voorwaarden te formuleren waaraan de informatieverstrekking moet voldoen.¹⁴⁰

4.81 In het rapport van de Commissie De Ruiter is een aantal conclusies genoemd uit door de Autoriteit Financiële Markten (hierna: ‘AFM’) uitgevoerd onderzoek:¹⁴¹

“De voor het werk van de Commissie relevante conclusies van de AFM op basis van het door haar vergaarde materiaal luiden kort samengevat:

- beleggingsverzekeringen zijn complexe en ondoorzichtige producten;
- de door verzekeraars verstrekte informatie omtrent die producten is onvolledig, ontoereikend en in enkele gevallen onjuist;
- niet altijd wordt door de verzekeringsmaatschappij, in haar rol van vermogensbeheerder, gehandeld in het belang van de verzekeringsconsument;
- een beleggingsverzekering is relatief duur, doordat een belangrijk deel van de inleg niet wordt belegd, maar bestemd is voor dekking van kosten en provisies en (in mindere mate) aan risicopremies;
- administratieve processen in de administratie van de maatschappijen zijn vaak verouderd en procedureafspraken ontbreken of, zo deze er zijn, worden ze onvoldoende nageleefd. De administraties van de maatschappijen zijn derhalve onvoldoende ingericht op het hanteren van deze producten.”

4.82 Volgens de Commissie De Ruiter was het gebrek aan transparantie een belangrijk, maar niet het enige manco van beleggingsverzekeringen. Door de hoge kosten, provisies en premies bleef de opbrengst van de verzekering vaak ver achter bij de verwachtingen van de consument:¹⁴²

“2.2 Transparantie

De Commissie heeft, zowel op basis van deze bevindingen van de AFM als op grond van de met de hiervoor genoemde belanghebbenden en betrokkenen gevoerde gesprekken en eigen wetenschap, vastgesteld dat een belangrijk manco van de in de markt waargenomen beleggingsverzekeringen het gebrek aan transparantie is. Daarop richt zich dan ook met name dit advies. (...).

Dit gebrek aan transparantie is tweeledig. In de eerste plaats is de Commissie duidelijk geworden dat veelvuldig een beleggingsverzekering wordt aangezien voor – en menigmaal ook wordt aangeprezen als – een vorm van sparen en/of beleggen. (...).

De Commissie kan zich niet aan de indruk onttrekken dat in vele gevallen het verzekeringselement volstrekt secundair is. Dit stelt extra in het licht dat het van groot belang is dat de klant moet weten wat hij koopt, zodat hij kan beslissen of hij aan een verzekeringsproduct wel behoefte heeft. (...).

Het tweede aspect van transparantie betreft inzicht in de verdere componenten van het aangeboden product, met name waar het gaat om de verschillende kostensoorten die in het product besloten liggen.

De conclusie van de Commissie is dan ook dat de aan de consument te verstrekken informatie dringend nadere regulering behoeft. Nog te veel blijkt enerzijds dat de verstrekte informatie tekort schiet, anderzijds dat die informatie versnipperd wordt aangereikt, waardoor de consument een totaalbeeld van het product en de daaraan verbonden kenmerken (inclusief kosten en risico's) ontbeert.

Het gaat echter niet alleen om transparantie. Generaliserend gesproken ervaart de consument dat het door hem gekochte product vooral een duur product is geweest: de opbrengst blijkt (zeer) ver achter te blijven bij de verwachtingen en de consument wijt dat vaak aan de hoge kosten, provisies en premies, die de verzekeraar hem in rekening heeft gebracht. (...).

(...)

2.4. Eerste conclusie

De Commissie heeft op basis van bovenstaande bevindingen alsmede eigen inzichten vastgesteld dat op dit moment de transparantie in de markt van beleggingsverzekeringen nog steeds zeer gebrekkig is. Op verbetering daarvan richt zich dan ook dit advies.

Het belang van de consument brengt met zich mee dat hij zodanig wordt geïnformeerd dat hij begrijpt wat het product inhoudt, wat de goede en kwade kansen zijn en wat er voor hem zal worden belegd, zodat hij met al die informatie tot een weloverwogen beslissing kan komen. Dit is conform de eisen die de toezichtregels stellen aan aanbieders.”

- 4.83 De Commissie De Ruiter achtte het voor verzekeringnemers van belang dat zij inzicht kregen in het totaal van de kosten en niet zozeer de opbouw ervan, hoewel de Modellen De Ruiter (randnummer 4.87 hierna), enigszins in strijd daarmee, wél een uitsplitsing voorschrijven van de inhoudingen op de premie):¹⁴³

“(…) Het product heeft een aanzienlijke complexiteit met een langetermijnkarakter en het gaat vaak slechts om incidentele aankoopbeslissingen. Daarbij is uiteraard voor de koper van belang, inzicht te krijgen in de hoogte van de kosten. Op zichzelf is het voor de klant niet van belang of de kosten worden veroorzaakt door het intermediair of dat zij worden gemaakt binnen de verzekeraar en/of het beleggingsfonds waarin de gelden zijn belegd. Voor de klant is in de eerste plaats het totaal aan kosten van belang en niet zozeer de opbouw ervan.”

- 4.84 Naar het oordeel van de Commissie De Ruiter moest als uitgangspunt gelden dat voor beleggingsverzekeringen geen andere regels behoren te gelden dan voor andere financiële producten waarbij de consument een vergelijkbaar beleggingsrisico loopt:¹⁴⁴

“Als uitgangspunt moet naar het oordeel van de Commissie dienen dat voor beleggingsverzekeringen geen andere regels behoren te gelden dan voor andere financiële producten waarbij de consument een vergelijkbaar beleggingsrisico loopt. Daarbij dient niet de juridische constructie, maar het economisch belang doorslaggevend te zijn. Zo moet het voor de vragen welke informatie moet worden verschaft en welke zorg moet worden betracht niet uitmaken of de consument beleggingsrisico loopt doordat de uitkering is uitgedrukt in eenheden waarvan de waarde afhangt van het beleggingsresultaat van (of in) een bepaald fonds, of dat de consument direct in een dergelijk fonds participeert.”

- 4.85 De Commissie De Ruiter heeft onder meer aanbevolen dat verzekeraars inzichtelijke informatie zouden verstrekken over de structuur en kostenontwikkeling gedurende de looptijd van de verzekering;¹⁴⁵

“2. Het is voor de consument van belang bij het aangaan van de overeenkomst een zo duidelijk mogelijk beeld te hebben van wat hij redelijkerwijze (op de einddatum) van het aangeboden product mag verwachten. Daartoe zal inzichtelijke informatie moeten worden verstrekt over de structuur en de kostenontwikkeling gedurende de looptijd van het product. De Commissie acht het wenselijk dat in brochures en offertes door de aanbieder een all-in kostenpercentage wordt gegeven, dat wil zeggen een opgave van alle (naar jaarbasis herleide) in rekening te brengen kosten. Apart moet worden vermeld de gemiddelde geschatte jaarlijkse verzekeringspremie over de looptijd. Tevens moet een waarschuwing worden opgenomen over de consequenties van vroegtijdig beëindigen en concreet moet worden aangegeven hoe vroegtijdige beëindiging van invloed is op het dan te ontvangen bedrag (afkoopwaarde).

3. De toerekening van kosten, provisies en premies verschilt van jaar tot jaar. Het gemiddelde all-in kostenpercentage zoals is vermeld onder 2 vangt dit gedeeltelijk op. Transparantie zal mede bereikt dienen te worden door middel van een jaarlijks te verstrekken opgave volgens een hierna te geven standaard schema dat aangeeft hoe de inleg in dat jaar is. Daarbij wordt aangetekend dat de verstrekking van die informatie kan samengaan met de verstrekking van de ook thans al verplichte informatie over de waarde van het belegde vermogen.”

- 4.86 De Commissie De Ruiter heeft samenvattend onder meer opgemerkt dat de huidige informatieverstrekking gebrekkig transparant is, waardoor de consument doorgaans pas na verloop van tijd bemerkt dat een (soms aanzienlijk) deel van zijn inleg voor risicodekking en kosten is gebruikt:

“2. Het belangrijkste gebrek van de huidige informatieverstrekking is het gebrek aan transparantie. De consument blijkt vaak in de veronderstelling te zijn dat het door hem gekochte product een spaarvoorziening is, en dat zijn inleg daartoe wordt belegd – veelal in door hem zelf aangewezen fondsen. Pas na verloop van tijd bemerkt hij dat van de door hem betaalde bedragen (soms aanzienlijke) gedeelten besteed zijn voor risicodekking en kosten.”

- 4.87 De Commissie De Ruiter heeft de voor de consument noodzakelijk geachte informatie ondergebracht in drie modellen, die bekendstaan als ‘de Modellen De Ruiter’. De Commissie heeft aanbevolen de modellen marktbreed in te voeren.¹⁴⁶ Het voorgestelde Model 2,¹⁴⁷ getiteld “Concrete informatie over uw verzekering”, was bedoeld om als bijlage te voegen bij een offerte voor een beleggingsverzekering. Het model zag er (deels) als volgt uit en bevat een overzicht van de aan de verzekering verbonden kosten (de “inhoudingen op de premies”):¹⁴⁸

“(…)

Overeengekomen premie: € ... per jaar/halfjaar/kwartaal/maand

Het betreft een polis met de volgende uitkeringen:

- bij leven op de einddatum: zie onderliggende offerte

- bij eerder overlijden: *de som van de tot dan betaalde premies*
- bij arbeidsongeschiktheid: *n.v.t.*

Overeengekomen premiesom: € ... (dus het totaal aan termijnpremies)

Inhoudingen op de premies. Op 100% van de premiesom wordt ingehouden voor:

- eerste kosten : ...% *dat is €..., te voldoen in ... maandelijkse termijnen*
- doorlopende kosten : ...% *van alle te betalen premies*
- dekking overlijdensrisico : *het gaat om een éénjarige risicopremie zonder kostenopslag, die jaarlijks kan fluctueren (gedurende de eerste maand wordt ingehouden €...)*

- arbeidsongeschiktheidsrisico :
- beheerkosten : *voor beheer uitstaande units of participaties 0,5% per jaar*

Inhoudingen bij het beleggingsfonds (belegd wordt in.....)

- beheerkosten : *voor de fondsbeheerder 0,3% per jaar*
- aankoopkosten units : ...% *over (bijv. de gehele premie)*
- verkoopkosten units : ...% *over alle onttrekkingen aan het fonds*

Op basis van de hierboven vermelde gegevens, waarop deze offerte is gebaseerd, berekenen wij een gemiddeld verwacht jaarlijks all-in kostenpercentage van ...% van de betaalde premie. Dit is dus exclusief de premie voor meeverzekerde risicodekkingen, die jaarlijks kan fluctueren. Bij vroegtijdige beëindiging kan een extra kostenpost ontstaan, die het all-in kostenpercentage mogelijk effectief kan verveelvoudigen.

(...)."

- 4.88 De Ombudsman Verzekeringen heeft in zijn jaarverslag over het jaar 2006 positief gereageerd op het rapport van de Commissie De Ruiter:¹⁴⁹

"In mijn vorige jaarverslagen en ook in die van mijn voorgangers is regelmatig aandacht gevraagd voor de mate waarin verzekeraars openheid verschaffen over de kosten die zij bij polishouders in rekening hebben gebracht. Ik ben dan ook zeer verheugd (...) over het advies van de commissie De Ruiter ten aanzien van de verbeterpunten op het gebied van transparantie en de voorschriften die ten aanzien van de kostenstructuur kunnen worden opgesteld. (...)."

- 4.89 Tegelijkertijd heeft de Ombudsman uitgesproken teleurgesteld te zijn dat het verzekeraars kennelijk pas nu ernst is, mede onder de druk van de toezichthouder en nadat de Ombudsman al meer dan tien jaar aandacht voor de problematiek met beleggingsproducten had gevraagd:¹⁵⁰

"Ik betreur het dat ondanks het feit dat mijn voorgangers en ik gedurende al meer dan tien jaar telkens weer aandacht voor deze problematiek [met beleggingsproducten, A-G] hebben gevraagd, het de bedrijfstak klaarblijkelijk pas nu, mede onder druk van de toezichthouder, ernst is. Andermaal wil ik de bedrijfstak vragen om weer te bewijzen dat verzekeren een speciaal vak is. Verzekeraars horen contracten aan te bieden die in overeenstemming zijn met de maatschappelijke functie van het levensverzekeringsbedrijf, dus waarin het afdekken van risico's voorop moet staan. Het blijft in mijn ogen wezensvreemd om verzekerden bij een teleurstellende opbrengst van hun polis bijvoorbeeld te melden, dat zij nu eenmaal bewust voor een beleggingsproduct hebben gekozen en dat zij zelf verantwoordelijk voor het beheer van hun 'portefeuille' waren. In hoeverre gemiddelde verzekeringsconsumenten hiertoe in staat zijn, waar zij de benodigde informatie vandaan moeten halen en wie gekwalificeerd en deskundig genoeg is om hen desgewenst van beleggingsadvies te dienen, blijven vragen die door partijen het liefst uit de weg worden gegaan. Bovendien is er een discrepantie tussen het beleggen bij verzekeraars en vermogensbeheerders. In beide gevallen kan het om aanzienlijke bedragen gaan, maar het sluiten van een beleggingsverzekering is een stuk laagdrempeliger, al dan niet tegen hogere kosten, en

heeft als gevolg daarvan een grotere kans op een ongelukkige afloop. In hoeverre de komst van de Wet financiële dienstverlening en de Wet op het financiële toezicht hierin verandering zal brengen, zal de ervaring moeten leren.”

4.90 Vlak na het verschijnen van het rapport van de Commissie De Ruiter zijn op 1 januari 2007 de Wfd, het Bfd en de NRfd vervangen door de Wet op het financieel toezicht¹⁵¹ (hierna: de 'Wft'), het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft¹⁵² (hierna: het 'Bgfo Wft') en de Nadere Regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft¹⁵³ (hierna: de 'NRgfo Wft'). Deze regelgeving bracht (in eerste instantie) geen relevante veranderingen aan in de wijze van informatieverstrekking door verzekeraars.

4.91 In januari 2007 echter heeft de minister van Financiën aan de Tweede Kamer laten weten dat de implementatie van de aanbevelingen van de Commissie De Ruiter de transparantie van beleggingsverzekeringen in belangrijke mate zal vergroten. De minister heeft geconstateerd dat het in de eerste plaats aan de verzekeraars zelf is om uitvoering te geven aan de aanbevelingen. Maar ook de wetgeving moest worden aangescherpt, al herhaalde de minister zijn eerder verkondigde boodschap (randnummers 4.50 en 4.56 hiervoor) dat voor een overschot aan informatie moest worden gewaakt:¹⁵⁴

“Ook de wetgever heeft hierin een verantwoordelijkheid. Aangezien de geconstateerde problemen rond beleggingsverzekeringen hebben kunnen optreden ondanks de in de loop der tijd geleidelijk aangescherpte regelgeving, ligt het in de rede dat ook op dat vlak aanpassingen nodig zijn. Alleen als de opgedane ervaringen afdoende worden verdisconteerd in het regelgevende kader geeft dit waarborgen voor de toekomst. Daarbij passen enkele opmerkingen. Aanscherping van de regels is wenselijk, met name om meer inzicht te bieden in de diverse kostensoorten en om ervoor te zorgen dat de consument jaarlijks wordt geïnformeerd over de ontwikkeling van zijn polis. Een aandachtspunt is wel dat gewaakt moet worden over een teveel aan informatie. Voorkomen moet worden dat de consument wel alle essentiële informatie krijgt, maar verpakt in zoveel papier dat het aan zijn doel voorbij schiet. (...) In de komende maanden zal worden bezien op welke punten de bestaande regels over informatieverstrekking moeten worden aangevuld en aangescherpt. (...).”

4.92 Het rapport van de Commissie De Ruiter heeft geresulteerd in een wijziging van het Bgfo Wft per 1 januari 2008.¹⁵⁵ In aanvulling op de informatie die verzekeraars reeds op basis van eerdere sectorspecifieke wetgeving moesten verstrekken, diende de verzekeraar vanaf nu ook de kosten uit te splitsen en de omvang ervan weer te geven. Onder meer is aan art. 60 lid 1 Bgfo Wft onderdeel 'l.' toegevoegd, dat destijds als volgt luidde:

“1. Onverminderd de artikelen 57 en 58 verstrekt een levensverzekeraar een cliënt voorafgaande aan de totstandkoming van een overeenkomst inzake een levensverzekering, voorzover van toepassing, ten minste de volgende informatie:

(...)

l. indien de uitkering wordt uitgedrukt in rechten van deelneming in een beleggingsinstelling:

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 de beleggingsinstelling jaarlijks in rekening brengt voor het beheer van de rechten van deelneming in die beleggingsinstelling;

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;
(...).”

4.93 In de nota van toelichting bij de wijziging van het Bgfo Wft staat dat inzicht in de diverse kostensoorten van belang is bij beleggingsverzekeringen, omdat daar geen vast kapitaal is verzekerd en de kosten daarom mede bepalend zijn voor de opbouw van het verzekerd kapitaal:¹⁵⁶

“De belangrijkste aanscherpingen in het Bgfo hebben tot doel ervoor te zorgen dat verzekeraars meer en beter inzicht bieden in de diverse *kostensoorten* bij beleggingsverzekeringen. Dat inzicht is van belang omdat de kosten die op de premie en op de beleggingen worden ingehouden mede bepalend zijn voor de opbouw van het verzekerd kapitaal en uiteindelijk voor de hoogte van de uitkering op de einddatum. Dat laatste is niet het geval als een vast kapitaal is verzekerd. De uitkering is dan niet afhankelijk van hogere of lagere kosten, zodat inzicht in de samenstelling van de premie weinig toegevoegde waarde heeft. (...)”

4.94 Intussen was in de loop van 2006 in de financiële consumentenmarkt een sterk toenemende onvrede over beleggingsverzekeringen ontstaan (randnummers 2.4 en 2.5 hiervoor). De klachten richtten zich met name op het gebrek aan transparantie van beleggingsverzekeringen, vooral waar het de kostenstructuur betrof. Velen vonden de werking en waardeontwikkeling van beleggingsverzekeringen sterk tegenvallen en die teleurstelling leek massaal en marktbreed te worden toen de gevolgen zichtbaar werden van een aantal zeer slechte beursjaren vlak na de eeuwwisseling.¹⁵⁷

4.95 Toen consumentenorganisaties massale claims tegen verzekeraars aankondigden, heeft de minister van Financiën het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (hierna: ‘het KiFiD’)¹⁵⁸ – in de persoon van de (beoogde) Ombudsman Financiële Dienstverlening en de (beoogde) voorzitter van de Geschillencommissie van het KiFiD – gevraagd om suggesties aan te reiken voor een snelle, adequate en buitengerechtelijke beslechting van het inmiddels marktbrede geschil.¹⁵⁹ De Ombudsman Financiële Dienstverlening, de heer Wabeke, heeft daarom op 4 maart 2008 een algemene aanbeveling aan verzekeraars uitgebracht (hierna: ‘de Aanbeveling OFD’), die in paragraaf 2 van deze conclusie al kort is genoemd (randnummer 2.6 hiervoor).¹⁶⁰

4.96 De Aanbeveling OFD vermeldde dat uit voorgelegde geschillen naar voren komt dat de consument nauwelijks zicht had op de kosten die in rekening werden gebracht en dat verkeerde beslissingen en onvrede over de hoogte van de kosten hadden kunnen worden voorkomen door de consument duidelijke en niet voor misverstand vatbare informatie te verstrekken:¹⁶¹

“In de aan de Ombudsman voorgelegde geschillen inzake beleggingsverzekeringen komt vrijwel steeds naar voren dat de consument nauwelijks zicht heeft op, of besef heeft van de kosten die in rekening worden gebracht met het sluiten, beheren en administreren van een levensverzekering en evenmin van de wijze waarop die kosten uitwerken op de waarde van de verzekering. Beëindiging van de verzekering eerder dan bij aankoop afgesproken, is bijvoorbeeld ongunstig, omdat dan vaak nog niet alle kosten zijn betaald en deze in één keer worden verrekend.

“ Het uitsluitend verkopen van levensverzekeringen op basis van voorbeeldkapitalen zonder de nodige aandacht te besteden aan de kostenstructuur en de invloed daarvan op de vermogensvorming, was tot 1 augustus 1999 vrij gebruikelijk, niettegenstaande een voortdurend pleidooi van de Ombudsman voor ruimere voorlichting op het punt van de eerste kosten. Nadien trad enige verbetering op, maar ook toen was van expliciete informatieverstrekking nog geen sprake. De Ombudsman waarschuwde daarvoor in diens jaarverslagen.

Wetenschap over de kostenstructuur van een levensverzekering kan in een aantal gevallen verkeerde beslissingen voorkomen. Met name van die consumenten die zich onvoldoende bewust zijn dat door het sluiten van een levensverzekering een langjarig contract wordt aangegaan. In

geval van voortijdige staking van de premiebetaling (of aanzienlijke verlaging van de verschuldigde premie) drukken de eerste kosten onevenredig zwaar op de waarde van de verzekering.

Onvrede over de hoogte van de kosten van een levensverzekering ontstaat wanneer een tegenvallende waardeontwikkeling of de nadelige consequentie van een vroegtijdige tussentijdse beëindiging of aanpassing van de gesloten verzekering (ook premievrijmaking) duidelijk wordt, hetgeen vermeden had kunnen worden door de consument, die op het punt staat een levensverzekering met een spaar- of beleggingselement af te sluiten, daarover op dat moment duidelijke en niet voor misverstand vatbare informatie te verstrekken.

Voorlichting op het punt van de eerste kosten, die aanzienlijk kunnen zijn, is echter bij verzekeraars én tussenpersonen altijd een teer punt geweest.”

4.97 Tegelijkertijd was de consument volgens de Ombudsman ook niet geheel zonder blaam:¹⁶²

“Aan de andere kant kan ook de consument niet worden ontslagen van zijn eigen verantwoordelijkheden. Het koopgedrag van consumenten met betrekking tot verzekeringsproducten is, gelet op de impact van deze financiële voorziening, in vergelijking tot de wijze waarop andere belangrijke zaken worden geselecteerd en gekocht, opmerkelijk. Voor de aanschaf van een keuken of een auto worden productvergelijkingen gemaakt, wordt informatie gevraagd en wordt onderhandeld.

Verzekeringsovereenkomsten worden door consumenten meestal gesloten zonder de documentatie goed te lezen, het product te begrijpen en zich elders voor vergelijking te oriënteren. Bovendien wordt de huidige kritiek op de beleggingsverzekeringen veelvuldig versimpeld en zelfs onjuist gebracht.

Weinig aandacht wordt besteed aan de structuur van deze producten. Dat geldt niet alleen voor consumenten, maar ook voor media en politiek. Veelvuldig en ten onrechte worden onder het begrip ‘kosten’ ook de risicopremie voor het verzekeringsdeel gebracht. Bovendien blijft onderbelicht dat de afnemer van beleggingsproducten zelf het beleggingsrisico draagt en dat verzekeraar het risico van overlijden, arbeidsongeschiktheid, eventuele garantieonderdelen en dergelijke aspecten van de overeenkomst draagt. Daarnaast heeft ook de consument in de voorgaande jaren weinig belangstelling getoond voor de bezwaren tegen de kritische kanten van beleggingsverzekeringen, zulks ondanks regelmatig – ook door de Ombudsman – gesignaleerde tekortkomingen.”

4.98 Hoewel de Ombudsman jegens de overheid en politiek geen bevoegdheden heeft, heeft hij ook kritiek geuit op de rol van de wetgever. De ministers van Financiën bleven immers lange tijd stellen dat de informatieverstrekking door verzekeraars goed was, terwijl bij herhaling was gewaarschuwd dat beleggingsverzekeringen niet transparant waren:¹⁶³

“In dit verband dient ook een kanttekening te worden gemaakt bij de opvattingen en het handelen van de politiek en de overheid. De opvattingen van politici over de toereikendheid van informatieverstrekking aangaande financiële producten veranderde in de loop der jaren. Hoewel de Ombudsman bij herhaling had gewaarschuwd tegen de intransparantie van beleggingsverzekeringen stelden opeenvolgende ministers van Financiën dat de informatieverstrekking door (beleggings)verzekeraars goed zou zijn, hetgeen door de volksvertegenwoordiging niet werd bekritiseerd. Thans wordt sinds enige tijd daarover anders geoordeeld.”

4.99 De Ombudsman is tot het oordeel gekomen dat het voor de consument kenbaar kan zijn geweest dat hij een beleggingsverzekering kocht, maar niet hoe binnen die verzekering de verdeling en toekenning van het spaar- en risicodeel was. Ook kan het volgens de Ombudsman voor de consument kenbaar zijn geweest dat de verzekeraar een deel van de inleg (de bruto premie) voor de betaling van kosten aanwendde, maar niet kenbaar was hoe groot dit deel

“De Ombudsman heeft, na bestudering van de hem bekende beleggingsverzekeringen en de bij de verkoop ervan gehanteerde informatieverstrekking, alsmede de hem voorgelegde geschillen over beleggingsverzekeringen, geconcludeerd dat het doorgaans in de offertefase, doch vrijwel steeds ten tijde van de toezending van de polis en de polisvoorwaarden, redelijkerwijs voor de consument kenbaar kan zijn geweest dat deze een beleggingsverzekering kocht, bestaande uit een risicodeel (de gevolgen van overlijden, arbeidsongeschiktheid, etc.) en een beleggingsdeel (voor vermogensvorming) en dat de premie (inleg) deels bestemd was voor het ene deel, deels voor het andere deel. Deze conclusie houdt evenwel niet in dat het voor de consument duidelijk was hoe de verdeling en toekenning van spaar- en risicodeel was.

Voorts is de Ombudsman van mening dat de consument ermee bekend moet zijn geweest dat een deel van zijn inleg werd aangewend voor de betaling van de kosten, verbonden aan het product en de verkoop en administratie ervan. Deze opvatting impliceert evenwel niet dat het voor de consument duidelijk was hoeveel kosten hem in rekening werden gebracht, hoe die inhouding geschiedde en hoeveel van het rendement van zijn ‘spaardeel’ door verzekeraar wordt ingehouden.

Bij bewuste keuze door de consument voor een beleggingsverzekering moet worden aangenomen dat het beleggingsrisico geheel voor de consument is, zoals dat het geval is na de keuze voor andere financiële producten op beleggingsbasis.

Bij de bewuste keuze voor een financieel product, dat de gevolgen van bepaalde risico’s enigerlei wijze dekt, moet worden aangenomen dat de consument zich kan realiseren dat een deel van zijn inleg nodig is voor de dekking van het risico.

Algemeen gesproken mag ook de consument beseffen dat een verzekering nu eenmaal niet ‘gratis’ is en dat een verzekeraar, als iedere aanbieder van producten of diensten, uiteraard een marge nastreeft.

De hoogte van de gehanteerde risicopremie en de hoogte en systematiek van de kosteninhoudingen blijken evenwel, na bestudering van de beleggingsproducten van verzekeraars, waaronder de productinformatie voor de consument, en bij de behandeling van de voorgelegde geschillen doorgaans onvoldoende duidelijk.”

4.100 De Ombudsman heeft geconcludeerd dat het gebrek aan transparantie voor de consument een tekortkoming inhoudt, waarvoor de verzekeraar verantwoordelijk is:¹⁶⁵

“De Ombudsman concludeert dat het cruciale manco van de beleggingsverzekeringen in het algemeen, gunstige uitzonderingen daargelaten, de intransparantie voor de consument is geweest. Verzekeraar, als ontwikkelaar en aanbieder van deze producten, is voor die tekortkoming verantwoordelijk, onverminderd de verantwoordelijkheid van het intermediair.”

4.101 De Ombudsman heeft verzekeraars aanbevolen om verzekeringnemers, die vóór 1 januari 2008 een beleggingsverzekering hebben afgesloten waarvan het kostenniveau over de gehele looptijd hoger is dan 3,5% van het bruto fondsrendement, ten minste voor de meerkosten te compenseren.¹⁶⁶ Een aanzienlijk aantal verzekeraars, waaronder NN, heeft de aanbeveling van de Ombudsman opgevolgd en compensatieregelingen getroffen. Verzekeraars hebben via deze regelingen in totaal ongeveer € 3 miljard aan klanten (terug)betaald (randnummer 2.6 hiervoor).

4.102 Op 11 maart 2008 heeft de minister van Financiën de Tweede Kamer geïnformeerd over de Aanbeveling OFD. Volgens de minister was de Aanbeveling OFD “een belangrijke eerste stap in het oplossen van de problemen van beleggingsverzekeringsspolishouders”, hoewel hij eerder (in januari 1996) een convenant met een maximum kostenpercentage nog niet nodig achtte (randnummer 4.20 hiervoor). Ten aanzien van de door de Ombudsman Financiële Dienstverlening genoemde rol van de overheid, heeft de minister benadrukt dat verzekeraars, onafhankelijk van de regelgeving, de plicht hebben om consumenten goed te informeren:¹⁶⁷

"De Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft in zijn aanbeveling ook de rol van de overheid genoemd (...).

De Ombudsman heeft vastgesteld dat transparantie de voornaamste tekortkoming bij de verkoop van beleggingsverzekeringen is geweest. In mijn brief van 19 januari 2007 heb ik uw Kamer reeds geïnformeerd over problemen met betrekking tot de transparantie van beleggingsverzekeringen en de manier waarop die verbeterd zou kunnen worden. De ontwikkeling van regelgeving met betrekking tot informatieverstrekking van de afgelopen jaren is een uiting van de veranderde inzichten in dit opzicht. Verzekeraars hadden niettemin onafhankelijk van de regelgeving de plicht (...) om consumenten tijdig, op een juiste en volledige wijze (...) te informeren over de kenmerken van door hen aan te schaffen producten."

Periode (vi): ná 2008

4.103 Op 25 november 2009 is Richtlijn 2009/138/EG (hierna: 'Solvabiliteit II') tot stand gekomen, die – voor het grootste deel – op 12 november 2012 in werking is getreden.¹⁶⁸ Solvabiliteit II omvat een herziening en herschikking van bestaande Europese richtlijnen, waaronder de Levensrichtlijn 2002, die met de inwerkingtreding van Solvabiliteit II is ingetrokken. De considerans bij Solvabiliteit II vermeldt, net als bij de eerdere Levensrichtlijnen, dat consumenten vóór sluiting van de verzekeringsovereenkomst en tijdens de hele duur ervan over de nodige inlichtingen dienen te beschikken om de overeenkomst te kunnen kiezen die het beste bij hun behoeften past, zodat zij ten volle kunnen profiteren van de diversiteit en van de toegenomen concurrentie op de interne verzekeringsmarkt.¹⁶⁹

4.104 Art. 185 lid 1 Solvabiliteit II bepaalt welke gegevens, vóór de sluiting van de levensverzekeringsovereenkomst, ten minste aan de verzekeringnemer moeten worden medegedeeld. De te verstrekken gegevens komen overeen met de gegevens genoemd in Bijlage III bij de Levensrichtlijn 2002 (randnummers 4.64 en 4.65 hiervoor). Solvabiliteit II is in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd met de Implementatiewet richtlijn solvabiliteit II.¹⁷⁰

4.105 In juni 2012 is de Code Rendement en Risico 2012 (hierna: de 'CRR 2012') van kracht geworden, als vervanger van de CRR 2006. Het Verbond van Verzekeraars heeft de CRR 2012 aangepast aan de sinds 2006 gewijzigde wetgeving, waarin de wettelijke voorschriften voor het informeren van consumenten bij het afsluiten van levensverzekeringen sterk zijn uitgebreid.¹⁷¹

4.106 Met ingang van 1 augustus 2018 is Verordening (EU) 1286/2014¹⁷² (hierna: de 'PRIIPs Verordening') van kracht geworden. PRIIP staat voor *Packaged Retail and Insurance-based Investment Products*. Art. 13 lid 1 van de PRIIPs Verordening bepaalt dat op de (levens)verzekeraar die een beleggingsverzekering aan een niet-professionele klant aanbiedt de plicht rust om de klant het zogenoemde 'Essentiële informatiedocument' (hierna: het 'Eid') te verstrekken. Het Eid bevat precontractuele informatie die ertoe strekt om de klant in staat te stellen de aangeboden verzekering beter te begrijpen en om verschillende verzekeringen met elkaar te kunnen vergelijken en daarmee tot een betere en afgewogen beslissing te komen. Het document bestaat uit maximaal drie pagina's en moet accuraat, eerlijk en duidelijk zijn. Verder mag de informatie niet misleidend zijn en dient de informatie in het document te stroken met alle bindende contractuele documenten en de voorwaarden van het PRIIP.¹⁷³

4.107 Met het oog op de invoering van de PRIIPs Verordening is per 1 januari 2018 het Bgfo Wft gewijzigd. De verplichting tot het verstrekken van de Financiële Bijsluiter is in verband daarmee voor beleggingsverzekeringen vervangen door een rechtstreeks uit de PRIIPs Verordening voortvloeiende verplichting tot het verstrekken van het Eid.

4.108 Met ingang van 1 oktober 2018 gelden daarnaast enige informatieverplichtingen ingevolge de Richtlijn (EU) 2016/97 betreffende verzekeringsdistributie.¹⁷⁴ Deze richtlijn is in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd met de Wet implementatie richtlijn verzekeringsdistributie¹⁷⁵ en het Besluit implementatie richtlijn verzekeringsdistributie.¹⁷⁶ Met de richtlijn is onder meer beoogd om beleggingsverzekeringen mede te onderwerpen aan specifieke normen die zijn gericht op het beleggingselement in die producten. Zo dient in geval van advisering aan een cliënt over een beleggingsverzekering een geschiktheidsverklaring te worden verstrekt, waarin is opgenomen hoe het advies beantwoordt aan de voorkeuren, beleggingsdoelstellingen en andere kenmerken van de cliënt en dient 'passende informatie' te worden verstrekt aan (potentiële) klanten met betrekking tot de distributie van beleggingsverzekeringen en met betrekking tot alle kosten en bijbehorende lasten.¹⁷⁷

Slotsom: langzaamaan steeds meer en concretere informatie

4.109 Uit het chronologische overzicht blijkt dat de sectorspecifieke regelgeving door de jaren heen langzaamaan steeds verdergaande eisen is gaan stellen aan de informatie die levensverzekeraars aan (potentiële) verzekeringnemers moeten verstrekken. Vóór 1992

bestonden er nog helemaal geen sectorspecifieke informatieverplichtingen voor levensverzekeraars. In 1992 zijn met de DLR de eerste sectorspecifieke informatieplichten voor levensverzekeraars geïntroduceerd, in Nederland geïmplementeerd via art. 51 Wtv in de RIAV 1994. Die informatieplichten zagen onder meer op de verzekeringsdekking (de uitkering) en de door de verzekeringnemer te betalen (bruto) premie, maar niet op de kosten en risicopremie die de verzekeraar in rekening brengt of de risico's die aan bepaalde levensverzekeringen, zoals beleggingsverzekeringen, zijn verbonden. Vanaf 1997, op basis van de zelfregulering van de CRR 1996, dienden verzekeraars verzekeringnemers te informeren dat de rendementen jaarlijks kunnen fluctueren en dat aan de gegeven voorbeeldkapitalen geen rechten kunnen worden ontleend. Vanaf 1999 – met de inwerkingtreding van de RIAV 1998 – moesten levensverzekeraars informatie verstrekken over *de invloed van* kosten en de risicopremie op het rendement en de uitkering (indirecte transparantie) en over de kosten die náást de te betalen (bruto) premie in rekening worden gebracht. Per 1 oktober 2006 – met de inwerkingtreding van de NRfd – dienden verzekeraars de *totale* hoogte van de in de premie geïntegreerde kosten en risicopremie te vermelden. Pas vanaf 2008, dus zeventien jaar na de invoering van de eerste sectorspecifieke regelgeving, zijn verzekeraars op grond van die regelgeving (het Bgfo Wft) verplicht om de in rekening gebrachte kosten uit te splitsen en de omvang ervan weer te geven.

4.109 Deze (trage) ontwikkeling van de sectorspecifieke regelgeving overziend, is mijn indruk dat de regelgevers lange tijd (in elk geval tot 2008) achter de feiten hebben aangelopen. In de volgende paragraaf ga ik hier nader op in.

5 Regelgevers lijken bij de ontwikkeling van de sectorspecifieke informatieplichten lange tijd achter de feiten aan te hebben gelopen

- 5.1** Het eerste dat opvalt als de parlementaire geschiedenis van de sectorspecifieke regelgeving in chronologische volgorde wordt bezien, is dat de minister van Financiën in 1995 nog van mening was dat er *“geen reden”* was om te komen tot een convenant met de levensverzekeringsbranche over een maximum kostenpercentage, terwijl de minister dertien jaar later, in 2008, het compleet tegenovergestelde zegt als hij de aanbeveling van de Ombudsman Financiële Dienstverlening, met als kernpunt een maximum kostenpercentage, *“een belangrijke eerste stap in het oplossen van de problemen van beleggingsverzekeringsspolishouders”* noemt (randnummers 4.20 en 4.102 hiervoor). Deze ommezwaai laat goed zien dat op het ministerie van Financiën tussen 1995 en 2008 sprake is geweest van toenemend inzicht: waar in 1995 de problemen nog niet of onvoldoende werden gesignaleerd of onderkend, waren diezelfde problemen in 2008 wel van dusdanige omvang dat ze moesten worden aangepakt.
- 5.2** Met dit beeld van toenemend inzicht komt overeen dat in de parlementaire geschiedenis in de loop der jaren op meerdere momenten is gesignaleerd dat de sectorspecifieke regelgeving omtrent informatieverstrekking door (beleggings)verzekeraars weliswaar gaandeweg is aangescherpt, maar nog steeds te wensen overliet (randnummers 4.35, 4.49 en 4.74 hiervoor). Terug te halen is dat (in elk geval) reeds in 1998 het besef bij de minister van Financiën bestond dat de informatieverstrekking door verzekeraars moest worden verbeterd (randnummer 4.35 hiervoor), maar dat in 2003/2004 nog steeds moest worden geconstateerd dat de financiële toezichtwetgeving gebreken vertoonde (randnummer 4.74 hiervoor). Kennelijk wisten de regelgevers jarenlang onvoldoende *hoe* ze de informatieverstrekking het beste konden verbeteren.
- 5.3** Tekenend in dit verband is dat in de parlementaire geschiedenis op meerdere momenten is gewaarschuwd voor een informatie-overschot voor consumenten (randnummers 4.50, 4.56 en 4.91 hiervoor). Deze waarschuwing laat zien dat in elk geval voor de regelgevers niet duidelijk was welke concrete informatie verzekeringnemers nodig hebben om een goed begrip te krijgen van het verzekeringsproduct. Dat dit voor de regelgevers lange tijd niet (voldoende) duidelijk was, valt wel op. Met name door de Ombudsman Levensverzekering (tot en met 2000), de Ombudsman Verzekeringen (vanaf 2001 tot en met 2006) en de Ombudsman Financiële Dienstverlening (vanaf 2007), maar ook breder in de literatuur, is immers jaar na jaar onomwonden geconstateerd dat de informatieverstrekking door verzekeraars met betrekking tot beleggingsverzekeringen onvoldoende transparant en ondermaats was, onder meer ten aanzien van de kosten en de risicopremie (randnummers 4.15-4.19, 4.21, 4.22, 4.28-4.31, 4.38, 4.40, 4.52, 4.53, 4.58, 4.59, 4.67-4.70, 4.81, 4.82, 4.85, 4.86, 4.89, 4.96 en 4.100 hiervoor). Daarbij is er meerdere malen op gewezen dat de consument pas compleet wordt voorgelicht als hij inzicht krijgt in het deel van de betaalde premie dat voor kosten en risicodekking wordt gebruikt en het deel dat daadwerkelijk voor het fondsrendement wordt gebruikt. Naar deze toch vrij serieuze en duidelijke signalen is echter tot 2008 onvoldoende geluisterd, zo heeft ook de Ombudsman geconstateerd:¹⁷⁸

“In de praktijk van de Ombudsman Verzekeringen, de rechtsvoorganger van de Ombudsman Financiële Dienstverlening, vormden teleurstelling over tegenvallende waarde van

beleggingsverzekeringen en onbegrip over de kostenlading het grootste deel van de geschillen inzake levensverzekeringen. Sedert 1995 (!) besteedde de Ombudsman in ieder jaarverslag aandacht aan deze door de consument ervaren problematiek en drong hij aan op verbetering van de transparantie. In de praktijk van de Ombudsman Financiële Dienstverlening was de ervaring in 2007 niet anders. Tot voor kort vonden de signalen van de Ombudsman weinig weerklank.”

- 5.4** Het lijkt er aldus op dat de regelgevers, hoewel zij op zich wel al vrij snel waren gefocust op de levensverzekeringsbranche, lange tijd onvoldoende oog hebben gehad voor (onder meer) de kritische jaarverslagen van de opeenvolgende Ombudsmannen. Zodoende raakten zij pas in de loop van de tijd – pas ná de grote opmars van de beleggingsverzekering in Nederland en dus te laat – voldoende ervan doordrongen *dat* er problemen waren op het gebied van informatieverstrekking en *waar* die problemen precies lagen. Een soortgelijke kanttekening heeft de Ombudsman Financiële Dienstverlening in 2008 in zijn Aanbeveling OFD geplaatst bij de rol van de overheid en de politiek in de ontstane problematiek met beleggingsverzekeringen (randnummer 4.98 hiervoor). In zijn ogen zijn de verbeteringen in de informatieverstrekking tot 2008 onvoldoende geweest:¹⁷⁹

“Slechts met zeer kleine stappen zijn sedert 2000 verbeteringen in de voorlichting over beleggingsproducten bereikt, die echter, tot aan het moment van implementatie van de aanbevelingen van de Commissie De Ruiter in de loop van 2008, naar de opvatting van de Ombudsman onvoldoende zijn geweest.”

- 5.5** Ook lijkt het de regelgevers pas vrij laat duidelijk te zijn geworden *hoe* de ontstane problemen op het gebied van beleggingsverzekeringen het beste konden worden opgelost. Uit de herhaalde oproep te waken voor een informatie-overschot leid ik af dat de regelgevers aanvankelijk niet goed voor ogen hadden welke informatie essentieel was voor verzekeringnemers om enigszins inzicht te krijgen in de aard en werking van hun beleggingsverzekering en daardoor vooral vreesden dat met het toenemen van informatieplichten consumenten door de bomen het bos niet meer zouden zien. Dit terwijl toch vrij snel duidelijk had kunnen zijn waar de schoen (met name) wrong. De Ombudsman Levensverzekering heeft namelijk in zijn jaarverslagen over de jaren 1992 en 1993 al geconstateerd dat veel verzekeringnemers de omvang van de aan de levensverzekering verbonden kosten onderschatten en de verzekeraar dus niet terughoudend moet zijn met informatieverstrekking over de invloed van kosten op het te behalen beleggingsresultaat (randnummers 4.15 en 4.16 hiervoor). In het jaarverslag over het jaar 1996 staat zelfs letterlijk, onder verwijzing naar het jaarverslag over het jaar 1995, dat de consument niet compleet is voorgelicht als geen inzicht is verschaft in het deel van de betaalde premies dat bedoeld is voor kosten en risicodekking, welk deel van de (bruto) premie dus *niet* meetelt voor het fondsrendement (randnummer 4.30 hiervoor). Waar de regelgevers aanvankelijk kennelijk vooral bezig waren te voorkomen dat verzekeraars teveél informatie aan de verzekeringnemer zouden moeten verschaffen, blijkt uit de Modellen De Ruiter (randnummer 4.87 hiervoor) dat de ‘angst’ voor een informatie-overschot ongegrond was, althans relativering vereiste. Inzicht in de aard en werking van de beleggingsverzekering kan immers ook (en beter en sneller) worden bereikt door de juiste informatie (met name ten aanzien van de kosten, risicopremie en risico’s) op overzichtelijke wijze op één of enkele pagina’s weer te geven.

- 5.6** In maart 2008 heeft de minister van Financiën de (trage) ontwikkeling van de sectorspecifieke regelgeving door de jaren heen verklaard door “*de veranderde inzichten in dit opzicht*” (randnummer 4.102 hiervoor). Zoals gezegd, is bij de regelgevers eerder sprake geweest van *toenemend* inzicht, in die zin dat uit de ontwikkeling van de sectorspecifieke regelgeving blijkt dat het de regelgevers pas gaandeweg duidelijk is geworden *dat* er problemen waren met de informatieverstrekking, *waar* die problemen lagen en *hoe* ze het beste konden worden aangepakt. Met het toenemen van het inzicht in de problematiek, zijn ook de sectorspecifieke informatieverplichtingen toegenomen en aangescherpt. Dat de inzichten zijn *toegenomen*, betekent echter niet dat de inzichten ook zijn *veranderd*. Door de jaren heen is immers altijd het uitgangspunt geweest dat verzekeraars hun klanten juist en volledig moeten informeren, zodat ze een goed beeld krijgen van het verzekeringsproduct dat ze aanschaffen en de werking, gevolgen en risico’s daarvan.

- 5.7** Wat er verder zij van de “*veranderde inzichten*” op het vlak van sectorspecifieke regelgeving, de minister van Financiën heeft herhaaldelijk erop gewezen dat de verzekeraar, ongeacht de sectorspecifieke regelgeving, de plicht had om de verzekeringnemer op juiste en volledige wijze te informeren (randnummers 4.75, 4.91 en 4.102 hiervoor). Hiermee had de minister van Financiën kennelijk het oog op de informatie die verzekeraars sinds jaar en dag moeten verstrekken op grond van (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen en leerstukken. Van die normen en leerstukken wordt in de volgende paragraaf een schets gegeven. Dit met het oog op beantwoording van de eerste prejudiciële vraag, die in wezen aan de orde stelt of het mogelijk is dat levensverzekeraars op basis van het privaatrecht méér informatie aan

verzekeringnemers hadden moeten verstrekken dan zij op grond van de sectorspecifieke regelgeving verplicht waren te doen (paragraaf 14 hierna).

6 Privaatrechtelijke normen/leerstukken en informatieverstrekking

6.1 Vanaf de jaren negentig van de vorige eeuw is stapsgewijs sectorspecifieke regelgeving in werking getreden op grond waarvan (levens)verzekeraars bepaalde informatie aan verzekeringnemers moesten verstrekken. Het chronologische overzicht in paragraaf 4 hiervoor laat zien dat het grootste deel van deze sectorspecifieke regels pas ná de eeuwwisseling tot stand is gekomen, op het moment dat de sterke groei van beleggingsverzekeringen al had plaatsgevonden en de verkoop van deze verzekeringen reeds begon af te nemen (randnummer 2.4 hiervoor).¹⁸⁰

6.2 Dat de eerste sectorspecifieke regelgeving op het gebied van informatieverstrekking door levensverzekeraars uit 1992 stamt, betekent natuurlijk niet dat levensverzekeraars vóór 1992 geen informatie aan verzekeringnemers hoefden te verstrekken. Levensverzekeraars waren ook toen al, op grond van het geldende privaatrecht, gehouden hun klanten adequaat te informeren. Omdat het privaatrecht levensverzekeraars (dus) ook kan verplichten om informatie te verstrekken, is het van belang om inzichtelijk te maken welke (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen en leerstukken levensverzekeraars hiertoe kunnen verplichten. Ten behoeve van de leesbaarheid spreek ik hierna kortweg van 'normen', hoewel dat bij sommige leerstukken mogelijk wat vreemd klinkt.

6.3 Het gaat daarbij niet alleen om normen die een 'zuivere' informatieplicht inhouden, maar ook om normen die gevolgen verbinden (voor de inhoud/totstandkoming van de overeenkomst) aan het verstrekken van te weinig (duidelijke) informatie of aan het ontbreken van bepaalde informatie. Het Nederlandse verbintenissenrecht kent diverse van zulke privaatrechtelijke normen. Hierna worden achtereenvolgens de volgende normen behandeld, uitgaande van de door het hof in de prejudiciële vragen genoemde normen, aangevuld met het dwalingsleerstuk:

- (i) wilsovereenstemming;
- (ii) de transparantie- en oneerlijkheidstoetsen;
- (iii) zorgplicht;
- (iv) dwaling; en
- (v) eisen van redelijkheid en billijkheid.

Het blijft overigens bij een gerichte en functionele bespreking van deze privaatrechtelijke normen; van een uitputtende behandeling is geen sprake. Het gaat erom een beeld te krijgen bij de normen op grond waarvan verzekeraars kunnen zijn gehouden bepaalde informatie aan verzekeringnemers te verstrekken. Het gaat dus niet om een volledig overzicht van rechtspraak en literatuur op deze gebieden.

Norm (i): wilsovereenstemming

6.4 Wilsovereenstemming is één van de normen waarbij mogelijk niet direct aan informatieplichten en informatieverstrekking wordt gedacht. De vraag wat partijen zijn overeengekomen (wilsovereenstemming) is namelijk een andere dan de vraag welke informatie een verzekeraar moet verstrekken (een informatieplicht). Toch hebben wilsovereenstemming en informatieverstrekking met elkaar te maken. Indien een verzekeraar immers over een bepaald (wezenlijk) onderdeel van de verzekering géén of niet voldoende informatie aan de (potentiële) verzekeringnemer verstrekt, kan die laatste ten aanzien van dat onderdeel van de verzekering zijn wil niet werkelijk bepalen, waardoor op dat punt mogelijk geen wilsovereenstemming tot stand komt. Een verzekeraar dient dus – om wilsovereenstemming met betrekking tot alle (wezenlijke) onderdelen van de verzekering te bereiken – voldoende informatie over die

onderdelen van de verzekering aan (potentiële) verzekeringnemers te verstrekken. Een nadere toelichting kan dat verduidelijken.

- 6.5 De overeenkomst van verzekering is consensueel van aard: zij komt in beginsel tot stand zodra tussen partijen wilsovereenstemming bestaat. Er is wilsovereenstemming indien het aanbod en de aanvaarding elkaar dekken. Of dat het geval is, moet worden vastgesteld aan de hand van art. 6:217 BW (aanbod en aanvaarding) en art. 3:33 en 3:35 BW (de wilsvertrouwensleer).¹⁸¹ Daarnaast moeten de verbintenissen, die partijen met het aangaan van de overeenkomst op zich nemen, voldoende bepaalbaar zijn (art. 6:227 BW).
- 6.6 Indien in een overeenkomst bepaalde bestanddelen/elementen ontbreken, kan het gevolg zijn dat de overeenkomst een leemte vertoont of dat de overeenkomst zelfs helemaal niet tot stand komt bij gebreke van voldoende bepaalbaarheid van de verbintenissen. Het moet in dat laatste geval gaan om de hoofdzaken van de beoogde overeenkomst: de essentiële punten en de belangrijkste, voornaamste elementen, zonder welke een overeenkomst in het algemeen, dan wel een bepaalde overeenkomst, niet tot stand kan komen.¹⁸² De hoofdzaken van de overeenkomst – de 'essentialia' – kunnen, anders dan 'de rest' van de overeenkomst,¹⁸³ immers in geval van een leemte niet aan de hand van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 1 BW worden aangevuld. Aanvulling is dus *niet* aan de orde wanneer het om de hoofdzaken van de (beoogde) overeenkomst gaat.
- 6.7 Er is geen algemeen antwoord te geven op de vraag wat de hoofdzaken of essentialia van een overeenkomst zijn. Bepalend is of een element van zo wezenlijke betekenis is dat zonder dat element de overeenkomst niet tot stand zou zijn gekomen of zonder het element niet van wilsovereenstemming over het wezen van de overeenkomst sprake zou zijn. Niet bepalend is of het element een voor (één van) partijen belangrijk punt regelt. Of sprake is van een essentieel element van de overeenkomst moet in objectieve zin worden bepaald en hangt niet af van de subjectieve inzichten van de partijen of een van hen.¹⁸⁴ Dit maakt dat de essentialia van een overeenkomst moeten worden bepaald aan de hand van de aard van de overeenkomst, de eventuele wettelijke omschrijving daarvan en van de omstandigheden van het geval.¹⁸⁵ Grofweg kan een onderscheid worden gemaakt tussen punten die de 'kern' van de prestaties betreffen (doorgaans de elementen: 'wat' en 'voor welke prijs'¹⁸⁶) en overige onderdelen van de te sluiten overeenkomst. Dit onderscheid gaat echter niet in alle gevallen op. Bij sommige overeenkomsten behoren ook andere bestanddelen tot de essentialia: uiteindelijk beslissen de omstandigheden van het geval.¹⁸⁷
- 6.8 De vraag of een overeenkomst een leemte vertoont – en partijen dus over een element van de overeenkomst (onbewust) geen wilsovereenstemming hebben bereikt, althans zelf geen regeling hebben getroffen – moet volgens Uw Raad worden beantwoord aan de hand van de maatstaf uit het *Haviltex*-arrest.¹⁸⁸ Strikt genomen zullen (bijna) alle overeenkomsten op onderdelen in meer of mindere mate onvolledig zijn. Meestal zal echter, met behulp van de *Haviltex*-maatstaf, een reële uitleg aan de overeenkomst kunnen worden gegeven, zónder dat uitdrukkelijk wordt geconstateerd dat sprake is van een (op te vullen) leemte. Rechters oordelen dan ook niet zo vaak dat een overeenkomst een leemte vertoont.¹⁸⁹ Soms echter biedt uitleg alleen geen soelaas en moet de leemte wel (expliciet) worden aangevuld aan de hand van art. 6:248 lid 1 BW.
- 6.9 Deze situatie was aan de orde in een geschil tussen (onder meer) Aegon en Stichting Koersplandewegkwijt met betrekking tot een bepaald type beleggingsverzekering: de spaarkas (randnummer 3.5, onder (i), hiervoor). Het hof Amsterdam¹⁹⁰ heeft in 2011 geoordeeld dat er weliswaar een contractuele grondslag bestond voor het *inhouden* van een premie voor de overlijdensrisicoverzekering, maar dat nergens was vastgelegd hoe *hoog* deze premie zou zijn. Omdat de hoogte van de premie volgens het hof een wezenlijk element van de spaarkasovereenkomst vormt, hadden de deelnemers in de spaarkas recht op juiste informatie daarover.¹⁹¹ Het hof heeft hierbij in ogenschouw genomen – onder het noemen van de DLR, de RIAV 1994 en de CRR 1996 – dat de opvattingen, over welke informatie financiële instellingen aan

consumenten moesten verstrekken, sinds de jaren 1989-1998 (ingrijpend) zijn gewijzigd. Volgens het hof heeft Aegon echter onvoldoende onderbouwd dat de toenmalige opvattingen meebrachten dat een verzekeraar géén informatie over de hoogte van een verzekeringspremie hoefde te verschaffen.¹⁹² Uw Raad heeft in 2013 het arrest van het hof in stand gelaten. Naar het oordeel van Uw Raad is het niet onjuist of onbegrijpelijk dat het hof heeft geoordeeld dat sprake is van een leemte ter zake van een wezenlijk onderdeel in de spaarkasovereenkomsten.¹⁹³

"3.4.1 Onderdeel I is gericht tegen het oordeel dat partijen geen wilsovereenstemming hebben bereikt over de hoogte van de overlijdensrisicopremie en dat de KoersPlanovereenkomsten in zoverre een leemte vertonen. Het onderdeel klaagt naar de kern genomen dat dit oordeel onjuist dan wel onbegrijpelijk is, omdat alle rechten en verplichtingen van partijen op basis van de contractsdocumentatie exact en objectief kunnen worden neergelegd. De omstandigheid dat de precieze bedragen van de deelcomponenten binnen de inleg niet steeds dadelijk geheel duidelijk waren, doet daaraan niet af.

Aegon heeft deze klacht onderbouwd met het betoog dat de verplichtingen van partijen op niet voor misverstand vatbare wijze in de contractsdocumentatie waren neergelegd. De deelnemer verplicht zich tot betaling van de in een vast bedrag uitgedrukte inleg (= spaarstorting + premie), tegenover welke prestatie Aegon zich verplicht tot hetzij de belegging van alle in de desbetreffende beleggings-/spaarkas ontvangen spaarstortingen met het oog op de verdeling van het beleggingsresultaat van die kasovereenkomsten aan de nog levende deelnemers aan het einde van de looptijd, hetzij de voldoening van de overeengekomen verzekeringsuitkering aan de begunstigden van de deelnemer in geval van diens voortijdig overlijden.

3.4.2 Bij de beoordeling van deze klacht wordt vooropgesteld dat tussen partijen niet ter discussie staat dat zij overeenkomsten hebben gesloten. In dat geval komt de vraag of die overeenkomst een leemte vertoont erop neer of ter zake van een onderdeel van die overeenkomst geen wilsovereenstemming bestaat. Die vraag dient te worden beantwoord aan de hand van de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen van die overeenkomst mochten toekennen en op hetgeen zij, mede gelet op de maatschappelijke kring waartoe zij behoren en de rechtskennis die van hen kan worden gevergd, te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (HR 13 maart 1981, *LJN* AG4158, *NJ* 1981/625, *Haviltex*).

3.4.3 Het hof heeft zijn oordeel dat de KoersPlanovereenkomsten met betrekking tot de hoogte van de overlijdensrisicopremie een leemte vertonen onder meer hierop gebaseerd, dat de overlijdensrisicopremie een wezenlijk onderdeel is van de KoersPlanovereenkomsten (rov. 4.20). Daarbij heeft het niet alleen in aanmerking genomen dat de premie in het algemeen een wezenlijk element is van de verzekering (art. 7:925 BW), maar ook dat in de KoersPlanovereenkomsten de hoogte van de premie bepalend is voor de hoogte van de spaarstorting ('communicerende vaten') en daarmee voor het te verwachten beleggingsrendement. Het hof heeft vastgesteld dat naarmate de spaarstorting lager is dan de deelnemer op grond van de contractsdocumentatie mocht verwachten, het beleggingsrendement van de spaarkas hoger dient te zijn om het voorgespiegelde eindkapitaal te halen. Bij een gelijkblijvend rendement haalt een deelnemer met een hoge overlijdensrisicopremie dus een lagere opbrengst dan waarop hij kon rekenen, uitgaande van een lage of gemiddelde hoogte van de premie (rov. 4.20). Deze overwegingen, die erop neerkomen dat sprake is van een leemte ter zake van een wezenlijk onderdeel in de KoersPlanovereenkomsten, getuigen niet van miskenning van de hiervoor in 3.4.2 vermelde maatstaf en zijn niet onbegrijpelijk of ontoereikend gemotiveerd."

6.10 Het hof Amsterdam heeft de leemte in de KoersPlanovereenkomsten op grond van art. 6:248 lid 1 BW aangevuld in lijn met het maximum kostenpercentage genoemd in de Aanbeveling OFD (randnummer 4.95 hiervoor). Uw Raad heeft deze invulling in stand gelaten.¹⁹⁴ Hieruit valt af te leiden dat de hoogte van de overlijdensrisicopremie weliswaar een *wezenlijk* onderdeel van de

spaarkasovereenkomsten was, waarover Aegon informatie aan haar verzekeringnemers had moeten verstrekken, maar géén *essentieel* onderdeel van de spaarkasovereenkomsten. In dat laatste geval hadden de spaarkasovereenkomsten immers niet aan de hand van art. 6:248 lid 1 BW in lijn met de redelijkheid en billijkheid kunnen worden aangevuld, maar was de consequentie geweest dat de overeenkomsten in het geheel niet tot stand waren gekomen (randnummer 6.6 hiervoor).

- 6.11 Kortom: verzekeraars moeten voldoende informatie verstrekken over, in elk geval, de wezenlijke bestanddelen van een beleggingsverzekering, omdat ze anders het risico lopen dat ten aanzien van die bestanddelen geen wilsovereenstemming tot stand komt en de beleggingsverzekeringsovereenkomst een leemte vertoont of zelfs in het geheel niet tot stand komt. In het eerste geval kan de rechter de leemte invullen aan de hand van de aanvullende eisen van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW), net als het hof Amsterdam heeft gedaan in de procedure tussen Aegon en Stichting Koersplandewegkwijt. In het tweede geval kan de overeenkomst niet worden aangevuld, met als gevolg dat heeft te gelden dat de overeenkomst niet tot stand is gekomen.

Norm (ii): de transparantie- en oneerlijkheidstoetsen

- 6.12 Een tweede privaatrechtelijke norm op grond waarvan verzekeraars zijn gehouden om verzekeringnemers adequaat te informeren, vindt zijn oorsprong in de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten¹⁹⁵ (hierna: 'de Richtlijn oneerlijke bedingen').
- 6.13 De Richtlijn oneerlijke bedingen is van toepassing op overeenkomsten die zijn gesloten vanaf 1 januari 1995.¹⁹⁶ Zij ziet op bedingen (i) die eenzijdig zijn opgesteld, (ii) waarover niet afzonderlijk is onderhandeld en (iii) die zijn opgenomen in een overeenkomst. (Beleggings)verzekeringsovereenkomsten met consumenten, waarbij de bedingen in de polisvoorwaarden eenzijdig door de verzekeraar zijn opgesteld, vallen binnen het bereik van de Richtlijn oneerlijke bedingen.¹⁹⁷ De Richtlijn oneerlijke bedingen betreft volgens het HvJ EU een algemene richtlijn ter bescherming van de consument en het is de bedoeling dat de richtlijn in alle sectoren van de economie van toepassing is.¹⁹⁸ De levensverzekeringsbranche is hiervan niet uitgezonderd.
- 6.14 Alle eenzijdig opgestelde bedingen moeten duidelijk en begrijpelijk zijn voor een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument¹⁹⁹ (art. 5 Richtlijn oneerlijke bedingen). Naast deze transparantie-eis geldt dat bedingen niet, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk mogen verstoren (art. 3 lid 1 Richtlijn oneerlijke bedingen). Dit betreft de oneerlijkheidstoets. Deze toets wordt *niet* verricht ten aanzien van bedingen die het eigenlijke voorwerp (de kern) van de overeenkomst betreffen (de zogenoemde 'kernbedingen'²⁰⁰), mits die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld (art. 6:231, aanhef en onder a, BW).²⁰¹ Dit betekent dat een kernbeding slechts op oneerlijkheid kan worden getoetst als het *niet* duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd. Het is aan de nationale rechter om te beoordelen of sprake is van een kernbeding, waarbij hij rekening moet houden met de aard, de algehele opzet en de voorwaarden van de overeenkomst, alsmede met de juridische en feitelijke context ervan.²⁰² Oneerlijke bedingen binden de consument niet, maar de overeenkomst als zodanig blijft voor partijen wel bindend indien de overeenkomst zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan (art. 6 Richtlijn oneerlijke bedingen).
- 6.15 De Richtlijn oneerlijke bedingen is door Nederland – na op de vingers te zijn getikt door het HvJ EU²⁰³ – geïmplementeerd in afdeling 6.5.3 (betreffende algemene voorwaarden) van het BW.²⁰⁴ De oneerlijkheidstoets is vervat in art. 6:233, aanhef en onder a, BW, op grond waarvan een beding in de algemene voorwaarden vernietigbaar is indien het onredelijk bezwarend is voor de wederpartij, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige

omstandigheden van het geval. De transparantie-eis is voor overeenkomsten waarbij de consument wederpartij is van een gebruiker van algemene voorwaarden geïmplementeerd in art. 6:238 lid 2 BW, dat bepaalt dat bedingen duidelijk en begrijpelijk moeten zijn opgesteld en dat de voor de wederpartij gunstigste uitleg prevaleert indien twijfel bestaat over de betekenis van een beding, en art. 6:231, aanhef en onder a, BW (ten aanzien van kernbedingen). Indien een beding als oneerlijk/onredelijk bezwarend moet worden aangemerkt, kan de Nederlandse rechter het beding op grond van art. 6:233, aanhef en onder a, BW vernietigen. De Nederlandse rechter moet via (onder meer) deze nationale bepalingen ambtshalve²⁰⁵ toepassing geven aan de Richtlijn oneerlijke bedingen.

- 6.16 Het is vaste rechtspraak van het HvJ EU dat het transparantie-vereiste van art. 5 Richtlijn oneerlijke bedingen ruim moet worden opgevat. De Richtlijn oneerlijke bedingen berust immers op de gedachte dat een 'koper' (de consument) zich tegenover een 'verkoper' (in deze context: de verzekeraar) in een zwakke positie bevindt en met name over minder informatie beschikt. Dit maakt dat het niet voldoende is als de bedingen formeel en grammaticaal begrijpelijk zijn. In de overeenkomst moet ook de concrete werking van het mechanisme waarop het betrokken beding betrekking heeft en, in voorkomend geval, de verhouding tussen dit mechanisme en andere relevante bedingen, op een transparante wijze worden uiteengezet. Een en ander moet ervoor zorgen dat de consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria kan inschatten welke economische gevolgen voor hem uit de overeenkomst voortvloeien.²⁰⁶ Ten aanzien van becijferde simulaties (cijfervoorbeelden) geldt dat zij nuttige informatie kunnen vormen, indien zij zijn gebaseerd op voldoende en juiste gegevens, en indien zij objectieve beoordelingen bevatten die op duidelijke en begrijpelijke wijze aan de consument worden meegedeeld.²⁰⁷ De becijferde simulatie moet de consument helpen begrijpen wat de werkelijke omvang is van de risico's die inherent zijn aan het sluiten van de overeenkomst.²⁰⁸ De rechter moet op basis van alle relevante feitelijke gegevens onderzoeken of aan de transparantie-eis is voldaan, waaronder de reclame en de informatie die in het kader van de onderhandeling is verstrekt.²⁰⁹ Tevens moet bij de beoordeling rekening worden gehouden met alle bepalingen van het Unierecht die voorzien in verplichtingen inzake consumentenvoorlichting en die op de betrokken overeenkomst van toepassing kunnen zijn.²¹⁰
- 6.17 Indien een bepaald beding *niet* aan de transparantie-eis voldoet, betekent dit – ook als sprake is van een kernbeding (randnummer 6.14 hiervoor) – niet automatisch dat het beding *ook* onredelijk bezwarend/oneerlijk is in de zin van art. 3 Richtlijn oneerlijke bedingen.²¹¹ Er is dus géén sprake van een rechtstreekse koppeling van de transparantie-eis van art. 5 Richtlijn oneerlijke bedingen (art. 6:231, aanhef en onder a, BW en art. 6:238 lid 2 BW) aan de sanctie van art. 6 Richtlijn oneerlijke bedingen (art. 6:233, aanhef en onder a, BW). Het oneerlijke karakter van een beding moet namelijk worden bepaald aan de hand van alle omstandigheden van het geval (art. 4 lid 1 Richtlijn oneerlijke bedingen). De omstandigheid dat het beding niet duidelijk en begrijpelijk is opgesteld (en dus in strijd is met de transparantie-eis), betreft 'slechts' één van die omstandigheden. Daarnaast moeten alle andere bedingen van de overeenkomst in aanmerking worden genomen, rekening houdend met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft (wederom art. 4 lid 1 Richtlijn oneerlijke bedingen).²¹²
- 6.18 Om te bepalen of een beding een 'aanzienlijke verstoring van het evenwicht' tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen veroorzaakt, in de zin van art. 3 Richtlijn oneerlijke bedingen, moet met name rekening worden gehouden met de toepasselijke regels van het nationale recht wanneer partijen op dit punt geen regeling zouden hebben getroffen. Aan de hand van een dergelijk vergelijkend onderzoek kan de nationale rechter bepalen of, en in voorkomend geval, in welke mate de overeenkomst de consument in een juridisch minder gunstige positie plaatst dan die welke het geldende nationale recht bepaalt. Om te bepalen of een beding, 'in strijd met de goede trouw', het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort, moet de nationale rechter nagaan of de verkoper, door op eerlijke en billijke wijze te onderhandelen met de consument, redelijkerwijs ervan kon uitgaan dat de consument een

dergelijk beding zou aanvaarden indien daarover afzonderlijk was onderhandeld.²¹³

- 6.19 De Richtlijn oneerlijke bedingen brengt, kortom, voor levensverzekeraars mee dat zij ten aanzien van eenzijdig opgestelde bedingen dusdanige informatie aan de consument (als potentiële verzekeringnemer) moeten verstrekken dat deze op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria kan inschatten welke economische gevolgen voor hem uit de beleggingsverzekeringsovereenkomst voortvloeien. Indien de levensverzekeraar onvoldoende (duidelijke) informatie heeft verstrekt en tevens sprake is van een oneerlijk beding, staat het betreffende beding aan vernietiging bloot.

Norm (iii): zorgplicht

- 6.20 Een derde privaatrechtelijke norm op grond waarvan levensverzekeraars kunnen zijn gehouden om informatie aan (potentiële) verzekeringnemers te verstrekken, is 'de zorgplicht'.²¹⁴ Op financiële dienstverleners, zoals levensverzekeraars, rusten diverse privaatrechtelijke zorgplichten. Deze zorgplichten zijn ontwikkeld via open normen in het privaatrecht, zoals art. 6:2, art. 6:248 en (afhankelijk van de rechtsverhouding tussen de financiële dienstverlener en de klant) art. 7:401 BW.²¹⁵ In essentie zijn civiele zorgplichten verplichtingen om tot op zekere hoogte rekening te houden met de belangen van een ander. Ze krijgen gestalte in de concrete omstandigheden van het geval, omdat in zijn algemeenheid vooraf niet volledig kan worden gespecificeerd hoe er in een bepaalde situatie moet worden gehandeld.²¹⁶
- 6.21 Uit de civielrechtelijke zorgplichten kunnen (zowel voorafgaand aan als tijdens een contractuele relatie) informatie-, onderzoeks- en waarschuwingsplichten voor financiële dienstverleners voortvloeien, met name als zij te maken hebben met consumenten en het om complexe financiële producten gaat. De rechtvaardiging voor deze plichten wordt onder meer gezocht in de omstandigheid dat hierdoor de informatieongelijkheid tussen partijen kan worden overbrugd. Een financiële dienstverlener heeft vaak een veel minder deskundige klant tegenover zich. Deze ongelijkheid kan zoveel mogelijk worden rechtgetrokken door een scala aan informatie-, onderzoeks- en waarschuwingsplichten op de financiële dienstverlener te leggen. De achterliggende gedachte is – of dat nou terecht is of niet – dat als een consument goed is geïnformeerd over de inhoud en risico's van het financiële product, hij ook een bij zijn financiële situatie passende, verstandige beslissing zal nemen over de aanschaf en het behoud (al dan niet voorzetting van de contractuele relatie) ervan. Een andere veelgehoorde (macro-economische) rechtvaardiging voor het aannemen van informatie-, onderzoeks- en waarschuwingsplichten is dat informatie-uitwisseling essentieel is om de behoefte aan een bepaalde dienst of een bepaald financieel product goed aan te laten sluiten op het aanbod daarvan. Ook waarborgen informatie-, onderzoeks- en waarschuwingsplichten, waarmee de consument wordt beschermd, de integriteit van en het vertrouwen in financiële markten en marktpartijen.²¹⁷
- 6.22 Het is vaste rechtspraak dat civielrechtelijke zorgverplichtingen een verdere reikwijdte kunnen hebben dan de in publiekrechtelijke regelgeving neergelegde (gedrags)regels.²¹⁸ Dat verbaast niet als wordt bedacht dat de publiekrechtelijke (gedrags)regels, die vanaf de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw sectorgewijs zijn ontwikkeld en in die jaren vaak een ondergrens (minimumharmonisatie) inhielden, hun oorsprong vinden in reeds bestaande civielrechtelijke zorgverplichtingen.²¹⁹
- 6.23 Op banken en andere professionele kredietverstrekkers rust – vanwege hun maatschappelijke functie – volgens vaste rechtspraak voorts een 'bijzondere' zorgplicht jegens hun cliënten.²²⁰ Deze bijzondere zorgplicht strekt mede ertoe de cliënt te beschermen tegen het gevaar van een gebrek aan kunde en inzicht of van eigen lichtvaardigheid, zoals Uw Raad het vaak verwoordt.²²¹ De bijzondere zorgplicht kan zich, net als de 'gewone' zorgplicht overigens, onder meer manifesteren in onderzoeks-, advies-, informatie- en waarschuwingsplichten. De inhoud en de reikwijdte van de bijzondere zorgplicht hangt mede af van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de betrokken wederpartij, de ingewikkeldheid van

het product en de daaraan verbonden risico's.²²²

6.24 In de literatuur gaan stemmen op om de bijzondere zorgplicht, die voor banken en andere professionele kredietverstrekkers geldt, uit te breiden naar financiële instellingen die beleggingsdiensten verlenen. Die stemmen zijn gebaseerd op de redenering dat als instellingen met banken vergelijkbare diensten aanbieden, het logisch is om ze ook aan dezelfde bijzondere zorgplicht te onderwerpen.²²³ Dit betoog is ook gericht op verzekeraars, met name op verzekeraars die complexe producten aanbieden, zoals beleggingsverzekeringen. Bij dergelijke verzekeringen is het belang van de verzekeringnemer (en de verzekeraar) immers anders dan bij een 'klassieke' verzekering. Bij 'klassieke' verzekeringen gaat om een vaste, toegezegde uitkering, waarmee zekerheid wordt geboden in geval van een schadeval. Het risico ligt in die gevallen bij de verzekeraar. Bij beleggingsverzekeringen ligt het risico echter bij de verzekeringnemer, omdat het gaat om een onzeker resultaat, dat onder meer afhankelijk is van de beleggingsinspanningen van de verzekeraar. Wat dat betreft zou dus kunnen worden gezegd dat de rol van verzekeraars bij het aanbieden van beleggingsverzekeringen is opgeschoven van zuivere verzekeraar naar een verzekeraar die ook beleggingsdiensten verleent.²²⁴

6.25 Of de bijzondere zorgplicht, zoals Uw Raad die voor banken heeft ontwikkeld en die ook op andere professionele kredietverstrekkers van toepassing is, nu wel of niet ook voor verzekeraars geldt, aangenomen mag worden dat verzekeraars zorg moeten dragen voor een dusdanige informatieverstrekking ten behoeve van (potentiële) verzekeringnemers dat zij over voldoende kennis en inzicht beschikken om zelfstandig een verantwoorde keuze te maken bij de aanschaf van een verzekeringsproduct. Doen levensverzekeraars dit niet, dan bestaat het risico dat zij jegens de verzekeringnemer tekortschieten in hun zorgplicht en schadeplichtig worden.

Norm (iv): dwaling

6.26 Een vierde privaatrechtelijke norm op grond waarvan levensverzekeraars kunnen zijn gehouden om bepaalde informatie, op duidelijke wijze, aan (potentiële) verzekeringnemers te verstrekken, is te ontleen aan het dwalingsleerstuk.

6.27 Er is sprake van (eigenlijke) dwaling als de wil van een van de partijen bij de overeenkomst zich heeft gevormd onder invloed van een valse voorstelling. Degene die dwaalt, maakt zich een valse voorstelling van de werkelijkheid, doordat hij zich van iets niet bewust is. Dwaling impliceert dus altijd enige onwetendheid.²²⁵

6.28 Een overeenkomst die onder invloed van de dwaling tot stand is gekomen, is vernietigbaar wanneer aan de voorwaarden van art. 6:228 BW is voldaan. De bevoegdheid tot vernietiging op grond van dwaling vervalt echter wanneer de wederpartij tijdig een wijziging van de gevolgen van de overeenkomst voorstelt, die het nadeel dat de dwalende bij instandhouding van de overeenkomst lijdt, op afdoende wijze opheft (art. 6:230 lid 1 BW). Ook kan de rechter op verlangen van een van de partijen, in plaats van de vernietiging uit te spreken, de gevolgen van de overeenkomst ter opheffing van het nadeel wijzigen (art. 6:230 lid 2 BW). De dwalende heeft mogelijk ook recht op schadevergoeding op grond van art. 6:162 BW.

6.29 Een geslaagd beroep op dwaling vereist in de eerste plaats dat er tussen de dwaling en het aangaan van de overeenkomst causaal verband bestaat. Dit blijkt uit de tekst van art. 6:228 lid 1 BW, waarin staat dat een onder invloed van dwaling tot stand gekomen overeenkomst vernietigbaar is, indien de overeenkomst bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten, althans – zo moet art. 6:228 lid 1 BW worden gelezen – niet zou zijn gesloten op dezelfde voorwaarden. Dit betekent dat een beroep op dwaling pas gegrond kan zijn indien een eigenschap ontbreekt die voor de dwalende dermate essentieel was, dat hij de overeenkomst niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten als hij met het ontbreken van de eigenschap bekend was geweest.²²⁶

- 6.30 Naast causaal verband tussen de dwaling en het aangaan van de overeenkomst, moet aan de eis van kenbaarheid zijn voldaan. Dit houdt in dat de wederpartij heeft geweten of heeft moeten begrijpen dat de omstandigheid, ter zake waarvan die contractant zich op dwaling beroept, voor hem essentieel was. Het is niet nodig dat de *dwaling* voor de wederpartij kenbaar moet zijn geweest. De wederpartij behoeft dus niet te hebben begrepen dat haar partner zich een onjuiste voorstelling vormde omtrent de aanwezigheid van een zekere eigenschap. Voldoende is dat de wederpartij heeft begrepen dat de contractant het van beslissende betekenis achtte dat een bepaalde eigenschap aanwezig was. Of aan de eis van de kenbaarheid is voldaan, hangt af van de omstandigheden van het geval. In sommige gevallen zal uitdrukkelijk zijn vermeld dat de desbetreffende eigenschap van beslissende betekenis werd geacht. In andere gevallen kan het worden afgeleid uit de aan de overeenkomst voorafgaande besprekingen of uit de inhoud van de overeenkomst.²²⁷
- 6.31 Voor een vernietiging op grond van dwaling is ten derde vereist dat de (i) dwaling te wijten is aan een inlichting van de wederpartij, of (ii) de wederpartij de dwalende had behoren in te lichten, of (iii) de wederpartij van dezelfde onjuiste veronderstelling als de dwalende is uitgegaan (art. 6:228 lid 1, onder a, b en c, BW). In de context van deze prejudiciële procedure draait het om de onder (ii) genoemde mededelingsplicht op grond van art. 6:228 lid 1, onder b, BW.
- 6.32 De vraag wanneer een mededelingsplicht (spreekplicht) bestaat kan niet in algemene termen worden beantwoord. In elk geval moet zijn voldaan aan de volgende vier basisvereisten/minimumvoorwaarden: (i) de wederpartij kent de juiste stand van zaken, althans mag worden geacht die te kennen (de wetenschapseis), (ii) de wederpartij weet of moet weten dat het bewuste punt voor de ander van gewicht is (wederom de eis van kenbaarheid), (iii) de wederpartij moet rekening houden met de mogelijkheid dat de ander dwaalt en (iv) de wederpartij behoorde de ander in de gegeven omstandigheden naar verkeersopvattingen uit de droom te helpen. Wanneer dat laatste het geval is, is in zijn algemeenheid niet te zeggen. In elk geval geldt dat een verkoper niet hoeft te melden dat de bedongen prestatie elders goedkoper, in een betere vorm, op betere voorwaarden of met minder ongemak is te verkrijgen. Binnen de gebruikelijke marges hoeft immers niemand op zijn eigen prestatie af te dingen.²²⁸
- 6.33 In een prejudiciële procedure over rentederivaten heeft Uw Raad in 2019 over de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1, onder b, BW overwogen dat degene die een financieel product of een financiële dienst aanbiedt aan een wederpartij die daarover geen specifieke deskundigheid heeft of mag worden verondersteld te hebben, in het algemeen een mededelingsplicht heeft om redelijkerwijs te voorkomen dat die wederpartij de overeenkomst aangaat onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken. De aanbieder dient inlichtingen te verschaffen die voldoende duidelijk zijn om te bewerkstelligen dat de wederpartij tijdig inzicht kan krijgen in de wezenlijke kenmerken van dat product of die dienst. De omvang en inhoud van deze mededelingsplicht zijn afhankelijk van de omstandigheden van het geval.²²⁹
- 6.34 Tegelijkertijd moet de wederpartij zich van haar kant redelijke inspanningen getroosten om te voorkomen dat zij onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken contracteert. De dwaling moet dus verschoonbaar zijn. Van de wederpartij mag daarom in ieder geval worden verlangd dat wordt kennisgenomen van de inhoud van de overeenkomst en van voorafgaand aan het sluiten daarvan verstrekte brochures en andere schriftelijke informatie, en dat deze stukken aandachtig en met de nodige oplettendheid worden bestudeerd. Ook mag worden verlangd dat aandachtig wordt kennisgenomen van een eventuele mondelinge toelichting. Indien de genoemde stukken, ook na een eventuele mondelinge toelichting, onduidelijkheden bevatten, mag van de wederpartij worden verlangd dat daarover vragen worden gesteld.²³⁰
- 6.35 Uitgangspunt is volgens Uw Raad derhalve dat, “ook bij een rentedervivaat”, aan de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1, onder b, BW is voldaan indien in algemene productinformatie inlichtingen zijn gegeven waaruit de wederpartij die zich redelijke inspanning getroost, tijdig inzicht heeft kunnen krijgen in de wezenlijke kenmerken en risico’s van het

derivaat, zoals het risico dat het rentederivaat een (aanzienlijke) negatieve waarde kan ontwikkelen bij tussentijdse beëindiging.²³¹

6.36 Mede gelet op de algemene formulering door Uw Raad ("*ook bij een rentederivaat*"), ligt het voor de hand om aan te nemen dat dit uitgangspunt ook geldt bij de beleggingsverzekeringen die in deze procedure centraal staan. Dit betekent dat verzekeraars aan (potentiële) verzekeringnemers dusdanige informatie moeten verstrekken dat zij, met een redelijke inspanning, inzicht kunnen krijgen in de wezenlijke kenmerken en risico's van de beleggingsverzekering. Bij gebreke hieraan staat de verzekeringsovereenkomst, zoals gezegd, bloot aan vernietiging op grond van dwaling, tenzij de verzekeraar tijdig een wijziging van de gevolgen van de overeenkomst voorstelt, die het nadeel dat de dwaling bij instandhouding van de overeenkomst lijdt, op afdoende wijze opheft (art. 6:230 lid 1 BW).

6.37 Ik merk terzijde op dat, zoals Uw Raad in de hiervoor genoemde prejudiciële beslissing over de rentederivaten ook heeft verduidelijkt, de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1, onder b, BW moet worden onderscheiden van de uit de bijzondere zorgplicht voortvloeiende waarschuwingsplicht, die een professionele aanbieder van risicovolle financiële producten en diensten kan hebben jegens een wederpartij die over deze producten of diensten geen specifieke deskundigheid heeft of mag worden verondersteld te hebben (randnummer 6.23 hiervoor). De waarschuwingsplicht op grond van de bijzondere zorgplicht strekt er immers toe de wederpartij te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht.²³² Beide plichten hebben ook uiteenlopende rechtsgevolgen: schending van de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 1, onder b, BW leidt in beginsel tot vernietiging, terwijl schending van de waarschuwingsplicht uit hoofde van de bijzondere zorgplicht tot schadevergoeding leidt en de gevolgen van de overeenkomst verder in stand laat.²³³

Norm (v): eisen van redelijkheid en billijkheid

6.38 Een laatste hier te bespreken privaatrechtelijke norm, op grond waarvan een verzekeraar gehouden kan zijn bepaalde informatie aan (potentiële) verzekeringnemers te verstrekken, is (de aanvullende werking van) de redelijkheid en billijkheid.

6.39 Op grond van art. 6:2 lid 1 BW zijn schuldeiser en schuldenaar verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid. Specifiek ten aanzien van overeenkomsten bepaalt art. 6:248 lid 1 BW dat een overeenkomst niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen heeft, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien. Dit is de bekende aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.

6.40 Uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kunnen afhankelijk van de aard van de overeenkomst, de belangen van ieder der partijen en de omstandigheden van het bijzondere geval allerlei verplichtingen voortvloeien. Zo ook mededelings- en informatieplichten.²³⁴ Aldus kunnen verzekeraars op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid zijn gehouden om bepaalde (extra) informatie aan (potentiële) verzekeringnemers te verstrekken.

6.41 Ik merk op dat de hiervoor onder (iii) besproken civielrechtelijke zorgplicht in wezen een concretere toepassing is van (onder meer) de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. De civielrechtelijke zorgplicht volgt immers niet uit de wet of uit gewoonte, maar uit de eisen van redelijkheid en billijkheid.²³⁵ Eventuele informatieverplichtingen op grond van de civielrechtelijke zorgplichten kunnen wat dat betreft dus evenzogoed rechtstreeks worden gegrond op de aanvullende werking van de eisen van de redelijkheid en billijkheid.

6.42 Waar de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid aan de orde is in art. 6:2 lid 1 en art. 6:248 lid 1 BW, zien art. 6:2 lid 2 en art. 6:248 lid 2 BW juist op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Zij bepalen dat een tussen partijen (als gevolg van de overeenkomst)

geldende regel *niet* van toepassing is, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Het is moeilijk voorstelbaar dat de *beperkende* werking van de redelijkheid en billijkheid leidt tot een *aanvullende* informatieverplichting voor levensverzekeraars, maar een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan er wél toe leiden dat een contractuele bepaling buiten toepassing wordt gelaten. Hiertoe wordt niet snel overgegaan: de term 'onaanvaardbaar' drukt uit dat terughoudendheid moet worden betracht bij de toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.²³⁶

6.43 Denkbaar is dat over een contractuele bepaling dusdanig weinig (begrijpelijke) informatie is verstrekt, dat het onaanvaardbaar wordt geacht om op de bepaling een beroep te doen. Tegelijkertijd is dit tamelijk academisch, omdat dan ten aanzien van die bepaling (zeer waarschijnlijk) (ook) geen wilsovereenstemming tot stand is gekomen (randnummers 6.4 e.v. hiervoor). Anders gezegd: binnen de context van de vraag of een levensverzekeraar voldoende (duidelijke) informatie heeft verstrekt, zal het niet vaak voorkomen dat wél wilsovereenstemming is bereikt over een contractuele bepaling, maar tegelijkertijd wordt geoordeeld dat de informatieverstrekking ten aanzien van diezelfde bepaling dusdanig ondermaats was dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om op de bepaling een beroep te doen.

Slotsom: het privaatrecht legt verschillende 'informatieverplichtingen' op

6.44 Diverse privaatrechtelijke normen – wilsovereenstemming, de transparantie- en oneerlijkheidstoetsen van de Richtlijn oneerlijke bedingen, de zorgplicht, dwaling en de eisen van redelijkheid en billijkheid – verplichten verzekeraars om bepaalde informatie, op duidelijke en begrijpelijke wijze, aan (aspirant)verzekeringnemers te verstrekken. Welke informatie precies op grond van deze normen moet worden verstrekt, kan in zijn algemeenheid niet worden gezegd en moet aan de hand van de betreffende norm en de omstandigheden van het geval worden vastgesteld.

7 Tussenbalans

7.1 Een beleggingsverzekering is een (complex) type levensverzekering dat beleggen met verzekeren combineert. Omdat de uitkering (bij leven) op voorhand niet vast staat, ligt het beleggingsrisico – anders dan bij 'traditionele' levensverzekeringen – bij de verzekeringnemer (paragraaf 3). Vanaf 1992 is gaandeweg sectorspecifieke regelgeving ingevoerd op grond waarvan steeds verdergaande eisen zijn gesteld aan de informatie die levensverzekeraars aan (potentiële) verzekeringnemers moeten verstrekken (paragraaf 4 hiervoor). Ook het privaatrecht kan verplichten tot het verstrekken van juiste, duidelijke en volledige informatie, of consequenties verbinden aan gevallen waarin deze informatieverstrekking niet of onvoldoende heeft plaatsgevonden. Hierbij kan worden gedacht aan (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen als wilsovereenstemming, de transparantie- en oneerlijkheidstoetsen van de Richtlijn oneerlijke bedingen, de zorgplicht, dwaling en de eisen van redelijkheid en billijkheid (paragraaf 6 hiervoor).

7.2 Met art. 31 lid 3 DLR heeft de Europese regelgever ruimte gecreëerd om levensverzekeraars te verplichten om aanvullende informatie te verstrekken, náást de in de bijlage bij de DLR genoemde (minimaal te verstrekken) inlichtingen (randnummer 4.9 hiervoor). De vraag was aanvankelijk aan welke eisen een dergelijke verplichting moest voldoen. Tevens was het de vraag of ook algemene beginselen van intern recht, zoals (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen, levensverzekeraars konden/kunnen verplichten om aanvullende informatie aan verzekeringnemers te verstrekken. Het HvJ heeft deze vragen in de arresten *Axa Royale* en *NN/Van Leeuwen* beantwoord. Daarbij heeft het HvJ ruimte gelaten aan de nationale rechter, die namelijk uiteindelijk zal moeten beoordelen of een verplichting voor de levensverzekeraar om aanvullende informatie

te verstrekken aan de eisen van art. 31 lid 3 DLR voldoet.

8. Het HvJ over art. 31 lid 3 DLR: met *Axa Royale* en *NN/Van Leeuwen* zijn de bakens uitgezet

- 8.1 Het HvJ heeft tot nu toe in een tweetal prejudiciële procedures geoordeeld over art. 31 lid 3 DLR. Dit heeft geresulteerd in het *Axa Royale*-arrest²³⁷ uit 2002, dat draaide om een geschreven sectorspecifieke informatieplicht, en het *NN/Van Leeuwen*-arrest²³⁸ uit 2015, waarin het ging om open en/of ongeschreven privaatrechtelijke normen. Deze twee arresten staan centraal in deze paragraaf.

Axa Royale (2002)

- 8.2 In 1992 is in België een koninklijk besluit betreffende de levensverzekeringsactiviteit vastgesteld ter omzetting van de DLR in Belgisch recht. Het koninklijk besluit bepaalde onder meer dat de verzekeraar aan de verzekeringnemer moet mededelen dat *“de opzegging, de reductie of de afkoop van een lopende levensverzekeringsovereenkomst met het oog op het onderschrijven van een andere levensverzekering doorgaans nadelig is voor de verzekeringnemer.”*²³⁹ Deze informatie viel buiten de in Bijlage II bij de DLR genoemde inlichtingen en betrof derhalve een aanvullende informatieverplichting in de zin van art. 31 lid 3 DLR. Daarom moest worden nagegaan of aan de eisen van die bepaling was voldaan.

- 8.3 Het HvJ EG heeft eerst overwogen aan welke eisen de verplichting dient te voldoen:

“23 Enkel de aanvullende gegevens die aan de bovengenoemde vereisten [de eisen van art. 31 lid 3 DLR, A-G] voldoen, zijn immers verenigbaar met het gemeenschapsrecht, nu de gemeenschapswetgever met artikel 31 van de richtlijn heeft willen preciseren welk soort informatie de lidstaten in het belang van de consumenten van de verzekeringsondernemingen kunnen verlangen, teneinde de keuze van de in het kader van de eengemaakte verzekeringsmarkt aangeboden verzekeringsproducten niet nodeloos te beperken.

24 Zo blijkt uit de bewoordingen zelf van artikel 31, lid 3, van de richtlijn, van de bijlage II hierbij en van de drieëntwintigste overweging van de considerans, dat de aanvullende gegevens die de lidstaten overeenkomstig dit artikel verplicht kunnen stellen, duidelijk en nauwkeurig moeten zijn en nodig dienen te zijn voor een goed begrip van de wezenlijke bestanddelen van de aan de verzekeringnemer aangeboden verzekeringsproducten.”

- 8.4 Naar het oordeel van het HvJ EG was de mededeling, zoals omschreven in het Belgische koninklijk besluit, dermate algemeen en vaag dat deze niet aan de voorwaarden van art. 31 lid 3 DLR voldeed:

“26 De litigieuze waarschuwing maakt immers geen onderscheid tussen de drie daarin vermelde keuzemogelijkheden om een verzekeringsovereenkomst te beëindigen, namelijk de opzegging, de reductie of de afkoop, en verduidelijkt niet welk soort nadeel de verzekeringnemer kan ondervinden wanneer hij deze verschillende keuzemogelijkheden benut om een nieuwe overeenkomst te sluiten. Evenmin worden criteria of middelen aangegeven om na te gaan of de verschillende opties al dan niet nadelig zijn.

27 Een dergelijke waarschuwing is dus dermate algemeen en vaag, dat zij weinig geschikt is om de verzekeringnemer voor te lichten over de te maken keuze, en omdat enkel wordt verwezen naar de nadelen van een opzegging, reductie of afkoop, kan het resultaat veeleer zijn dat de verzekeringnemer ervan wordt weerhouden een lopende overeenkomst te beëindigen, terwijl het in werkelijkheid voordelig zou kunnen zijn een nieuwe overeenkomst te sluiten.

28 Aldus kan de litigieuze waarschuwing eveneens in strijd zijn met de doelstelling van artikel 31 van de richtlijn, die blijkens de considerans ervan, ertoe strekt de verzekeringnemer de nodige

inlichtingen [te] verstrekken om de overeenkomst te kiezen die het best bij zijn behoeften past, om zo ten volle te profiteren van de ruimere keuze aan overeenkomsten en van de toegenomen concurrentie in het kader van een eengemaakte verzekeringsmarkt.”

NN/Van Leeuwen (2015)

8.5 Ruim tien jaar na het *Axa Royale*-arrest, heeft het HvJ EU zich in 2015 in de zaak *NN/Van Leeuwen* nogmaals over art. 31 lid 3 DLR uitgelaten. De aanleiding voor die prejudiciële procedure was een Nederlandse proefprocedure, door NN aanhangig gemaakt bij de rechtbank Rotterdam.²⁴⁰ Het doel van het proefproces was om (van het HvJ EU) duidelijkheid te verkrijgen of art. 31 lid 3 DLR belet dat levensverzekeraars op grond van open en/of ongeschreven normen verplicht zijn om méér informatie te verstrekken dan vereist op grond van de sectorspecifieke regelgeving. Het verschil met *Axa Royale* is duidelijk: in die procedure ging het om een geschreven sectorspecifieke informatieverplichting. NN werd in de (proef)procedure tegen Van Leeuwen echter geconfronteerd met een beroep op (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen, die naar het oordeel van Van Leeuwen verder zouden gaan dan de destijds geldende sectorspecifieke informatieverplichtingen.

8.6 Het ging in *NN/Van Leeuwen* om een *universal life* beleggingsverzekering (randnummer 3.5, onder (iii), hiervoor), die Van Leeuwen in 1999 bij NN had afgesloten.²⁴¹ NN en Van Leeuwen twistten over de hoogte van de kosten en de overlijdensrisicopremie die NN op de door Van Leeuwen betaalde bruto premie (de inleg) in mindering had gebracht. Van Leeuwen meende dat bijna 60% van de door hem betaalde bruto premie niet voor beleggingen was gebruikt, maar juist voor de dekking van verschillende soorten kosten en dat NN hem voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst onvoldoende informatie over de kosten en risicopremie had verschaft. In het bijzonder verweet Van Leeuwen NN dat ze hem geen overzicht van of inzicht in de concrete en/of absolute kosten en risicopremie en de opbouw daarvan had gegeven.²⁴²

8.7 In de prejudiciële procedure heeft het HvJ EU – net als de verwijzende rechtbank Rotterdam – als uitgangspunt genomen dat NN wél aan haar sectorspecifieke informatieverplichtingen had voldaan, maar tegelijkertijd in strijd had gehandeld met de “*open en/of ongeschreven regels*” van Nederlands recht.²⁴³ In de visie van NN kon/kan echter van haar niet worden verlangd dat zij aanvullende informatie zou verstrekken op grond van open en/of ongeschreven regels:

“15 De verwijzende rechterlijke instantie overweegt dat NN, door de verzekeringnemer enkel informatie te verstrekken over de invloed van de kosten en de risicopremies op het rendement, heeft voldaan aan de eisen van artikel 2 lid 2 onder q en r RIAV 1998, maar heeft gehandeld in strijd met ‘open en/of ongeschreven regels’ van Nederlands recht, zoals de zorgplicht van de verzekeraar, de precontractuele goede trouw en de redelijkheid en billijkheid.

16 De verwijzende rechterlijke instantie stelt vast dat de (...) informatie [over de kosten en risicopremie, A-G] niet valt onder die vermeld in bijlage II bij de derde levensrichtlijn. NN stelt zich echter op het standpunt dat op grond van het recht van de Unie, inzonderheid artikel 31 lid 3 van die richtlijn, van de verzekeraar niet kan worden verlangd dat hij de verzekeringnemer informatie verstrekt op grond van die ‘open en/of ongeschreven regels’.”

8.8 In overleg met partijen heeft de rechtbank Rotterdam de volgende prejudiciële vragen aan het HvJ EU voorgelegd:

“1) Verzet het recht van de Europese Unie en in het bijzonder artikel 31 lid 3 Derde levensrichtlijn zich ertegen dat levensverzekeraars op grond van open en/of ongeschreven regels van Nederlands recht, zoals de redelijkheid en billijkheid die de (pre)contractuele verhouding tussen een levensverzekeraar en een aspirant-verzekeringnemer beheersen en/of een algemene en/of bijzondere zorgplicht, verplicht zijn om verzekeringnemers meer gegevens te verstrekken omtrent kosten en risicopremies van de verzekering dan in 1999 werd voorgeschreven door de

Nederlandse bepalingen waarmee de derde levensrichtlijn (in het bijzonder artikel 2 lid 2 onder q en r RIAV 1998) werd geïmplementeerd?

2) Doet bij de beantwoording van vraag 1 ter zake wat, naar Nederlands recht, het gevolg is c.q. kan zijn van het niet verstrekken van die gegevens?"

8.9 Ter beantwoording van de eerste vraag, die het HvJ EU ontkennend heeft beantwoord, heeft het HvJ EU eerst naar het *Axa Royale*-arrest verwezen:

"21 In dit verband heeft het Hof geoordeeld dat uit de bewoordingen zelf van artikel 31 lid 3 Derde levensrichtlijn, van bijlage II hierbij en van punt 23 van de considerans ervan blijkt dat de aanvullende gegevens die de lidstaten overeenkomstig dit artikel verplicht kunnen stellen, duidelijk en nauwkeurig moeten zijn en nodig dienen te zijn voor een goed begrip van de wezenlijke bestanddelen van de aan de verzekeringnemer aangeboden verzekeringsproducten (arrest *Axa Royale Belge*, C-386/00, ECLI:EU:C:2002:136, punt 24)."

8.10 Het HvJ EU heeft ook verwezen naar het arrest *Parlement/Raad*²⁴⁴ en overwogen dat de verstrekking van aanvullende informatie slechts verplicht kan worden gesteld voor zover zij noodzakelijk is voor een goed begrip van de wezenlijke bestanddelen van de aan de verzekeringnemer aangeboden verzekeringsproducten, en voor zover de vereiste informatie voldoende duidelijk en nauwkeurig is om dat doel te bereiken en dus, onder meer, de verzekeraar een voldoende niveau van rechtszekerheid te waarborgen.²⁴⁵

8.11 Volgens het HvJ EU houdt art. 31 DLR weliswaar minimumharmonisatie in, maar stelt art. 31 lid 3 DLR eisen aan eventuele aanvullende informatieverplichtingen:

"26 De derde levensrichtlijn brengt een minimumharmonisatie tot stand voor wat betreft de aan de verzekeringnemer te verstrekken informatie, maar artikel 31 lid 3 ervan preciseert niettemin aangaande de (...) mogelijkheid [om de verzekeraar te verplichten aanvullende informatie te verstrekken, AG] dat die informatie moet dienen voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de wezenlijke bestanddelen van de verbintenis. Voorts beperkt deze bepaling de aanvullende gegevens die de lidstaat van de verbintenis voor de verzekeraar verplicht kan stellen tot hetgeen ter bereiking van dat doel noodzakelijk is."

8.12 Het HvJ EU heeft verder overwogen dat de Uniewetgever met art. 31 lid 3 DLR heeft willen aangeven *welke* aanvullende informatie de lidstaten in het belang van de consument verplicht kunnen stellen, maar dat de Uniewetgever niet heeft bepaald *hoe* en *binnen welke grenzen* de lidstaten van de mogelijkheid gebruik kunnen maken om aanvullende informatie van de verzekeraar te verlangen. Uit art. 31 lid 4 DLR volgt wel dat de lidstaat de toepassingsvoorschriften vaststelt betreffende de verplichting tot verstrekking van aanvullende informatie als voorzien in de nationale wetgeving.²⁴⁶

8.13 Naar het oordeel van het HvJ EU is het aan de betrokken lidstaat om de grondslag (het HvJ EU spreekt van "*rechtsgrondslag*") te bepalen voor de verplichting tot het verstrekken van aanvullende informatie. Daarbij kan het óók gaan om open en/of ongeschreven regels, mits aan de eisen van art. 31 lid 3 DLR is voldaan:

"27 Het is derhalve aan de betrokken lidstaat, afhankelijk van de kenmerken van zijn rechtsorde en de specifieke situatie waarvoor hij regels wenst uit te vaardigen, de rechtsgrondslag van de verplichting tot het verstrekken van aanvullende informatie te bepalen ten einde zowel een daadwerkelijk begrip door de verzekeringnemer van de belangrijkste kenmerken van de verzekeringsproducten die hem worden aangeboden als een toereikend niveau van rechtszekerheid te waarborgen.

28 De rechtsgrondslag van een dergelijke verplichting tot het verstrekken van aanvullende informatie, meer in het bijzonder de vraag of die verplichting voortvloeit uit algemene beginselen van intern recht, zoals de 'open en/of ongeschreven regels' waarop de verwijzende rechterlijke

instantie doelt, is in beginsel irrelevant voor de vraag of deze strookt met de richtlijn, mits die verplichting voldoet aan de vereisten van artikel 31 lid 3 Derde levensrichtlijn vermeld in de punten 21 en 27 van het onderhavige arrest.”

- 8.14 Dit betekent volgens het HvJ EU dat de grondslag van de aanvullende informatieverplichting de verzekeraar in staat moet stellen met een voldoende mate van voorspelbaarheid vast te stellen welke informatie hij moet verstrekken, waarbij hij – als ontwikkelaar/verkoper van het product – in beginsel zelf zou moeten kunnen vaststellen welke kenmerkende eigenschappen van het verzekeringsproduct rechtvaardigen dat de verzekeringnemer aanvullende informatie nodig heeft:

“29 Hieruit volgt dat de rechtsgrondslag op basis waarvan de betrokken lidstaat gebruik wil maken van de mogelijkheid die artikel 31 lid 3 Derde levensrichtlijn biedt, overeenkomstig het beginsel van rechtszekerheid de verzekeraar in staat moet stellen met een voldoende mate van voorspelbaarheid vast te stellen welke aanvullende informatie hij dient te verstrekken en de verzekeringnemer kan verwachten.

30 Bij de beoordeling welke vereisten moeten worden gesteld met betrekking tot de voorspelbaarheid van een dergelijke verplichting tot het verstrekken van aanvullende informatie, kan de nationale rechterlijke instantie in de beschouwing betrekken dat het aan de verzekeraar is, de aard en de kenmerkende eigenschappen van de door hem aangeboden verzekeringsproducten te bepalen, en dat deze dan ook in beginsel zou moeten kunnen vaststellen welke kenmerkende eigenschappen van die producten rechtvaardigen dat de verzekeringnemer aanvullende informatie moet worden verstrekt.”

- 8.15 Met betrekking tot het Nederlandse recht heeft het HvJ EU overwogen dat de verwijzende instantie (de rechtbank Rotterdam) geen gedetailleerde gegevens heeft verschaft over de aard van de aanvullende informatieverplichting, maar dat uit de toelichting op de RIAV 1998 blijkt dat de toepassing van die regeling onder meer door nationaal burgerlijk recht wordt beheerst. Hoe dan ook is het volgens het HvJ EU aan de nationale rechter om te beoordelen of de grondslag, in dit geval dus open en/of ongeschreven regels, aan de vereisten van art. 31 lid 3 DLR voldoet:

“31 In casu moet worden opgemerkt dat de toepassing van de RIAV 1998 volgens de toelichting bij deze regeling onder meer wordt beheerst door nationaal burgerlijk recht, waarbij ‘bijvoorbeeld ook de eisen van redelijkheid en billijkheid’ als bedoeld in artikel 2 Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek gelden.

32 De verwijzende rechterlijke instantie heeft het Hof echter geen gedetailleerde gegevens verschaft over de precieze aard naar Nederlands recht van de verplichting tot het verstrekken van aanvullende informatie, en evenmin over de rol en de exacte draagwijdte in het nationale recht van de ‘open en/of ongeschreven regels’ van Nederlands recht, maar enkel melding gemaakt van de zorgplicht van de verzekeraar, de precontractuele goede trouw en de redelijkheid en billijkheid die aan de sluiting van verzekeringsovereenkomsten ten grondslag moeten liggen.

33 Het is hoe dan ook aan de verwijzende rechterlijke instantie om te beoordelen of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde ‘open en/of ongeschreven regels’ aan de vereisten van artikel 31 lid 3 Derde levensrichtlijn voldoen.”

- 8.16 Het HvJ EU heeft de eerste prejudiciële vraag aldus ontkennend beantwoord:

“34 Op de eerste vraag moet bijgevolg worden geantwoord dat artikel 31 lid 3 Derde levensrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het niet eraan in de weg staat dat een verzekeringnemer [lees: verzekeraar, A-G] op grond van algemene beginselen van intern recht, zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde ‘open en/of ongeschreven regels’, gehouden is de verzekeraar [lees: de verzekeringnemer, A-G] bepaalde informatie te verstrekken in aanvulling op die vermeld in bijlage II bij die richtlijn, mits – het is aan de verwijzende rechterlijke instantie om

dit te verifiëren – de verlangde informatie duidelijk en nauwkeurig is en noodzakelijk voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de wezenlijke bestanddelen van de verbintenis en zij voldoende rechtszekerheid waarborgt.”

- 8.17** Het antwoord op de tweede prejudiciële vraag is dat, voor de vraag of de verplichting tot het verstrekken van aanvullende informatie in overeenstemming is met art. 31 lid 3 DLR, in beginsel irrelevant is wat naar nationaal recht het gevolg is van het niet verstrekken van de aanvullende informatie.²⁴⁷

9. De betekenis van de arresten *Axa Royale* en *NN/Van Leeuwen*: de nationale rechter is aan zet

- 9.1** Er is in de literatuur veel geschreven over, met name, de betekenis van het arrest *NN/Van Leeuwen*.²⁴⁸ Er heerst in grote mate overeenstemming over dat het HvJ EU daarin heeft bevestigd dat het in beginsel mogelijk is dat levensverzekeraars op grond van (open en/of ongeschreven) algemene beginselen van intern recht verplicht zijn om aanvullende informatie aan verzekeringnemers te verstrekken en dat een dergelijke (open en/of ongeschreven) grondslag niet in strijd is met art. 31 lid 3 DLR.
- 9.2** NN lijkt in de onderhavige procedure nog wel te betogen dat de grondslag van een verplichting tot het verstrekken van aanvullende informatie in Nederland slechts door de wetgever kan worden geboden, bijvoorbeeld door middel van een wet in formele zin, een algemene maatregel van bestuur of een ministeriële regeling.²⁴⁹ Daarvan is echter geen sprake, gelet op *NN/Van Leeuwen*.²⁵⁰ Het HvJ EU heeft expliciet overwogen dat de grondslag van een verplichting tot het verstrekken van aanvullende informatie in beginsel irrelevant is voor de vraag of de verplichting strookt met art. 31 lid 3 DLR (randnummer 8.13 hiervoor). Het HvJ EU acht het derhalve mogelijk dat een plicht tot het verstrekken van aanvullende informatie uit een open en/of ongeschreven norm voortvloeit en derhalve niet als zodanig in (sectorspecifieke) regelgeving is opgenomen. Het is volgens het HvJ EU, zo lees ik *NN/Van Leeuwen*, niet nodig dat de lidstaat in dat geval uitdrukkelijk bepaalt dat open en/of ongeschreven normen – door het HvJ EU ook wel aangeduid als “*algemene beginselen van intern recht*” – een grondslag (kunnen) vormen van een plicht tot het verstrekken van aanvullende informatie. De ‘enige’ eisen die het HvJ EU stelt aan een verplichting voor de levensverzekeraar om bepaalde informatie te verstrekken, in aanvulling op de inlichtingen genoemd in Bijlage II bij de DLR, is dat de verlangde aanvullende informatie duidelijk en nauwkeurig is en noodzakelijk voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de wezenlijke bestanddelen van de verbintenis en zij voldoende rechtszekerheid waarborgt.
- 9.3** In de literatuur heerst wel enige verdeeldheid²⁵¹ over het antwoord op de vraag waarop de in *Axa Royale* en *NN/Van Leeuwen* genoemde “*duidelijk en nauwkeurig*”-voorwaarde betrekking heeft (randnummers 8.3, 8.9 en 8.16 hiervoor). Ook partijen in de onderhavige procedure zijn hierover verdeeld. De Vereniging stelt dat de *informatie* die de verzekeraar moet verstrekken, duidelijk en nauwkeurig moet zijn.²⁵² NN betoogt daarentegen dat niet zozeer de informatie, maar de *informatieverplichting* duidelijk en nauwkeurig moet zijn, in die zin dat de omschrijving van de te verstrekken informatie (voor de verzekeraar) voldoende duidelijk en nauwkeurig is.²⁵³
- 9.4** Ik ben van oordeel – net als de Vereniging – dat de (aanvullende) informatie die de verzekeraar moet verstrekken, duidelijk en nauwkeurig moet zijn. Dit blijkt niet alleen uit de arresten *Axa Royale* (punt 24) en *NN/Van Leeuwen* (punt 21), waarin het HvJ heeft overwogen dat “*de aanvullende gegevens (...) duidelijk en nauwkeurig moeten zijn*”, maar ook uit Bijlage II bij de DLR (en Bijlage III bij de Levensrichtlijn 2002), waarin stond dat “*de inlichtingen*” die aan de verzekeringnemer moeten worden medegedeeld “*duidelijk, nauwkeurig en schriftelijk*” moeten worden verstrekt (randnummers 4.10 en 4.65 hiervoor). Het blijkt ook uit de considerans bij de DLR (onder 23) en de Levensrichtlijn 2002 (onder 52), waarin stond dat de consument “*duidelijke en nauwkeurige informatie*” moet ontvangen (randnummers 4.8 en 4.63 hiervoor). Kortom: de informatie moet duidelijk (niet vaag) en nauwkeurig zijn (geen informatie-overschot waardoor de consument de weg kwijt raakt).
- 9.5** Het HvJ EU heeft NN echter niet met lege handen achtergelaten, want met betrekking tot de eventuele aanvullende informatieverplichting van verzekeraars heeft het HvJ EU in *NN/Van Leeuwen* overwogen dat de grondslag van die verplichting een toereikend niveau van rechtszekerheid moet waarborgen (punt 27). Dit houdt in dat de verzekeraar in staat moet zijn met een voldoende mate van voorspelbaarheid vast te stellen welke aanvullende informatie hij dient te verstrekken en de verzekeringnemer kan verwachten (punt 29). Hoewel de informatieverplichting zelf dus niet duidelijk en nauwkeurig hoeft te zijn, moet het voor verzekeraars wél in voldoende mate voorspelbaar zijn welke aanvullende informatie zij op basis van die verplichting moeten verstrekken.

9.6 Het voorgaande maakt dat uit de arresten *Axa Royale* en *NN/Van Leeuwen* de volgende conclusies kunnen worden getrokken:

- art. 31 lid 3 DLR biedt de mogelijkheid om levensverzekeraars te verplichten aanvullende informatie aan verzekeringnemers te verstrekken;
- de grondslag van deze verplichting is irrelevant en kan ook een open en/of ongeschreven norm betreffen, mits aan de vereisten van art. 31 lid 3 DLR wordt voldaan (zoals vermeld in de punten 21 en 27 van het *NN/Van Leeuwen*-arrest);
- dit betekent in de eerste plaats dat de aanvullende informatie (i) duidelijk en (ii) nauwkeurig moet zijn en (iii) nodig/noodzakelijk om de verzekeringnemer een goed begrip te geven van de wezenlijke bestanddelen van de verzekering (punt 21 van het *NN/Van Leeuwen*-arrest); en
- het betekent in de tweede plaats dat de grondslag van de verplichting een toereikend niveau van rechtszekerheid voor de verzekeraar moet waarborgen, zodat de verzekeraar met een voldoende mate van voorspelbaarheid kan vaststellen welke aanvullende informatie hij aan verzekeringnemers moet verstrekken en de verzekeringnemer kan verwachten (punt 27 (en 29) van het *NN/Van Leeuwen*-arrest).

9.7 Het HvJ EU heeft zich in *NN/Van Leeuwen* niet uitgelaten over de vraag of en zo ja, welke Nederlandse open en/of ongeschreven normen aan de eisen van art. 31 lid 3 DLR voldoen en zodoende als grondslag kunnen dienen van een verplichting voor levensverzekeraars om aanvullende informatie aan verzekeringnemers te verstrekken. Dat verbaast niet, want het is volgens het HvJ EU aan de nationale en in dit geval dus de Nederlandse rechter om te beoordelen of de in aanmerking komende open en/of ongeschreven privaatrechtelijke normen aan de vereisten van art. 31 lid 3 DLR voldoen (randnummer 8.15 hiervoor).

9.8 Waar menigeen had gehoopt dat het HvJ EU met *NN/Van Leeuwen* de discussie over (de verhouding tussen) sectorspecifieke en privaatrechtelijke informatieplichten van levensverzekeraars voor eens en voor altijd zou beslechten, is dat niet, of in elk geval niet volledig gebeurd. Ook ná *NN/Van Leeuwen* is de literatuur en de rechtspraak op dit onderwerp verdeeld gebleven. Die verdeeldheid breng ik hierna in beeld.

10 De literatuur is verdeeld

10.1 Er is veel geschreven over informatieplichten van levensverzekeraars en de vraag of zij op grond van (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen gehouden kunnen zijn om méér informatie te verstrekken dan zij op grond van sectorspecifieke regelgeving zijn/waren verplicht. De literatuur is hierover niet eensgezind.

10.2 Grofweg kunnen de volgende twee – tegengestelde – visies worden onderscheiden, waarbij de eerste visie overeenkomt met het standpunt dat levensverzekeraars doorgaans innemen en de tweede samenvalt met het standpunt dat consumenten(organisaties) in de regel verdedigen:²⁵⁴

- (i) naleving van sectorspecifieke informatieplichten brengt mee dat qua informatieverstrekking ook aan de privaatrechtelijke normen is voldaan; en
- (ii) privaatrechtelijke normen kunnen verplichten tot het verstrekken van aanvullende informatie.

Bij de eerste visie hoort vaak het standpunt dat, als privaatrechtelijke normen wél tot het verstrekken van aanvullende informatie zouden verplichten, dergelijke normen niet aan de eisen van art. 31 lid 3 DLR voldoen, zoals geformuleerd in de arresten *Axa Royale* en *NN/Van Leeuwen*. Bij de tweede visie hoort doorgaans het standpunt dat óók (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen aan de eisen van art. 31 lid 3 DLR kunnen voldoen.

10.3 Hierna ga ik aan de hand van de standpunten van enkele pleitbezorgers in op de twee visies.²⁵⁵ Het verdient vooraf opmerking dat sommige auteurs meer uitgesproken zijn in hun visie dan andere. Ook is het van belang te onderkennen dat auteurs, ook als zij onder dezelfde visie zijn te scharen, lang niet altijd (precies) hetzelfde betogen op grond van dezelfde argumenten. Er moet dus voor worden gewaakt de auteurs op één hoop te gooien om de enkele reden dat ze tot een

van beide 'kampen' kunnen worden gerekend.

Visie (i): naleving van sectorspecifieke informatieplichten brengt mee dat qua informatieverstrekking ook aan de privaatrechtelijke normen is voldaan

- 10.4 De eerste visie – inhoudende dat naleving van sectorspecifieke informatieplichten meebrengt dat qua informatieverstrekking ook aan de privaatrechtelijke normen is voldaan – wordt het luidst en duidelijkst (en het vaakst) verkondigd door Kalkman.²⁵⁶ Ook Wakkie heeft deze visie verdedigd.²⁵⁷ Opmerking verdient dat Kalkman hoofd juridische zaken is bij NN²⁵⁸ en Wakkie adviseur was/is van NN Group.²⁵⁹
- 10.5 Kalkman en Wakkie betogen, kort gezegd en onder meer, dat de Nederlandse wetgever – na overleg met alle betrokken partijen en belangengroeperingen – bewust ervoor heeft gekozen om de (pre)contractuele informatieverplichtingen van verzekeraars in specifieke wet- en regelgeving neer te leggen en bewust *niet* heeft gekozen voor een stelsel van informatieverplichtingen die hun grondslag geheel of gedeeltelijk in open normen zouden kunnen vinden. Het alsnog aannemen van een verplichting op grond van open en/of ongeschreven normen om aanvullende informatie te verstrekken, zou de door de wetgever gemaakte keuzes onaanvaardbaar doorkruisen. Ook kan het voldoen aan informatieverplichtingen die voortvloeien uit de DLR en de daarop gebaseerde Nederlandse implementatieregelgeving niet tegelijkertijd een schending van privaatrechtelijke normen op het gebied van informatieverstrekking opleveren, omdat de eerste de laatste volledig 'invullen'. Maar ook als dat niet zo zou zijn, kan op grond van het privaatrecht geen verplichting worden aangenomen tot het verstrekken van aanvullende informatie. Privaatrechtelijke open normen, zoals de redelijkheid en billijkheid, bieden immers onvoldoende (rechts)zekerheid voor verzekeraars, waardoor ze niet kunnen dienen als grondslag van een verplichting om aanvullende informatie te verstrekken. Hetzelfde geldt voor jurisprudentie als rechtsbron: ook rechtspraak leidt niet tot duidelijke, nauwkeurige en voorspelbare toepassingsvoorschriften. Volgens Kalkman en Wakkie kan, in de Nederlandse verhoudingen, alleen de wetgever voldoende (rechts)zekerheid bieden voor een verplichting om aanvullende informatie te verstrekken.
- 10.6 Ook volgens Meijer, die als advocaat diverse verzekeraars bijstaat in procedures over *unit linked* beleggingsverzekeringen,²⁶⁰ kan een verplichting om aanvullende informatie te verstrekken niet uit (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen voortvloeien. Allereerst niet omdat volgens hem "geldt dat 'open en/of ongeschreven regels zoals de redelijkheid en billijkheid en de bijzondere zorgplicht geen deel uit maken van de Riav '98.'" Daarnaast geldt volgens Meijer, net als Kalkman en Wakkie betogen, dat het onmogelijk is om open en/of ongeschreven regels als grondslag te gebruiken van een verplichting om aanvullende informatie te verstrekken. Het zou voor verzekeraars dan onvoldoende voorspelbaar zijn welke informatie zij (hadden) moeten verstrekken.²⁶¹
- 10.7 Frielink acht het, anders dan Kalkman, Wakkie en Meijer, in principe mogelijk dat (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen een verplichting inhouden om aanvullende informatie te verstrekken. Bij het achterhalen of een dergelijke verplichting ook daadwerkelijk bestond, is het in zijn ogen noodzakelijk om na te gaan welke normen in de loop der tijd deel uitmaakten van het rechtsbewustzijn. Volgens Frielink is het nog maar de vraag of er in 2000 en de jaren daarvoor een regel van ongeschreven recht bestond, die deel uitmaakte van een meer algemene rechtsovertuiging, op grond waarvan een verzekeraar was gehouden om aanvullende informatie te verstrekken. Frielink wijst, net als Kalkman, op de betrokkenheid van de Pensioen- en Verzekeringskamer, de Consumentenbond en het Verbond van Verzekeraars bij de totstandkoming van de RIAV 1998. De opvattingen van deze organisaties, die in zijn ogen het verstrekken van (nadere) informatie over onder meer de kosten en risicopremie lange tijd niet nodig vonden, zijn volgens hem relevant bij de vaststelling welke normen destijds tot het rechtsbewustzijn behoorden. Hoewel Frielink dit niet expliciteert, lijkt hij te neigen naar het standpunt dat – bij gebrek aan een algemene rechtsovertuiging in die richting – op grond van (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen géén verplichting voor levensverzekeraars gold om

aanvullende informatie te verstrekken.²⁶²

- 10.8 Aldus zijn Kalkman, Wakkie en Meijer het meest principieel binnen de visie dat naleving van sectorspecifieke informatieplichten meebrengt dat qua informatieverstrekking ook aan privaatrechtelijke normen is voldaan. Frielink neemt een minder principieel standpunt in en stelt dat het wel mogelijk is om op grond van het privaatrecht een verplichting voor de levensverzekeraar aan te nemen om aanvullende informatie te verstrekken, maar dat het bestaan van een dergelijke verplichting niet zeker is, omdat het nog maar de vraag is of destijds in Nederland de algemene rechtsovertuiging bestond dat levensverzekeraars méér informatie moesten verstrekken dan zij op grond van sectorspecifieke regelgeving deden.

Visie (ii): privaatrechtelijke normen kunnen verplichten tot het verstrekken van aanvullende informatie

- 10.9 Tegenover de hiervoor genoemde eerste visie in de literatuur, die als gezegd doorgaans in lijn ligt met het standpunt dat verzekeraars innemen, staat de tweede visie, die als gezegd in de regel door consumenten(organisaties) wordt gevolgd. Deze visie houdt in dat privaatrechtelijke normen wél kunnen verplichten tot het verstrekken van meer/andere informatie dan op grond van sectorspecifieke regelgeving is vereist. Net als bij de eerste visie, zijn er meerdere pleitbezorgers van deze tweede visie. Hoewel geen van deze auteurs een principiële belemmering lijkt te zien in de mogelijkheid om op grond van het privaatrecht een verplichting voor levensverzekeraars aan te nemen om aanvullende informatie te verstrekken, laat niet iedereen zich in het algemeen uitdrukkelijk over deze mogelijkheid uit. Sommige auteurs beperken zich tot de toepasselijkheid van een bepaalde privaatrechtelijke norm op het gebied van informatieverstrekking, zoals de redelijkheid en billijkheid of de transparantie-toets uit de Richtlijn oneerlijke bedingen. Daaruit leid ik af dat zij (meer in het algemeen) van oordeel zijn dat ook op het gebied van informatieverstrekking ruimte bestaat voor het privaatrecht, ondanks de sectorspecifieke informatieplichten.

- 10.10 Leerink stelt, in een beschouwing naar aanleiding van *NN/Van Leeuwen*, dat een verplichting om aanvullende informatie te verstrekken, kan worden gevonden in de rechtsregel uit het arrest *Baris/Riezenkamp*.²⁶³ Daarin heeft Uw Raad, als bekend, aangenomen dat onderhandelende partijen in een bijzondere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding komen te staan, waarin zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Volgens Leerink gaat het hier om een privaatrechtelijke zorgplicht en is het goed verdedigbaar dat een verzekeraar ook al in 1998 was gehouden om de wezenlijke bestanddelen van de verzekering helder uiteen te zetten. Het bedrag en/of het tarief dat de verzekeraar aan kosten op de premie inhoudt, voordat deze premie voor rekening en risico van de verzekeringnemer wordt belegd, behoort in de ogen van Leerink tot de informatie die noodzakelijk is voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de wezenlijke bestanddelen van de verzekering. Verzekeraars hadden hierover dus heldere informatie aan hun verzekeringnemers moeten verstrekken.²⁶⁴

- 10.11 Lieverse stelt dat het niet zo is dat de kous af is met het voldoen aan de eisen van de RIAV 1998. Volgens haar moet, bij de beoordeling of aanvullende informatie moest worden verstrekt op basis van open en/of ongeschreven regels, worden vastgesteld wat destijds (ten tijde van het afsluiten van de betreffende beleggingsverzekering) behoorde tot de noodzakelijke, duidelijke en nauwkeurige informatie waarvan verzekeraars met een voldoende mate van voorspelbaarheid hadden moeten kunnen begrijpen dat ze deze hadden moeten verstrekken. Lieverse wijst erop, onder verwijzing naar Frielink (randnummer 10.7 hiervoor), dat het bij een invulling via het ongeschreven recht in feite zou moeten gaan om een rechtsnorm die de verzekeraar op zijn klompen moet kunnen aanvoelen.²⁶⁵ Ze neemt vervolgens echter geen (duidelijk) standpunt in óf verzekeraars destijds op hun klompen konden aanvullen dat zij aanvullende informatie aan hun verzekeringnemers moesten verstrekken. Lieverse merkt enerzijds op dat de sectorspecifieke regelgeving indirecte transparantie uitdrukkelijk voldoende achtte, hetgeen een aanwijzing kan zijn dat (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen niet tot méér verplichtten. Anderzijds

stelt ze dat “*uiteraard*” de meer algemene regels van consumentenbescherming ook voor verzekeringscontracten van toepassing blijven, zoals de toetsing van oneerlijke bedingen in consumentencontracten.²⁶⁶ Al met al lijkt Lieveerse dus van oordeel te zijn dat er naast de sectorspecifieke informatieplichten ruimte bestaat om op grond van (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen een verplichting voor levensverzekeraars aan te nemen om aanvullende informatie te verstrekken, maar van de sectorspecifieke informatieplichten wel een zekere ‘reflexwerking’ uitgaat, in het voordeel van de verzekeraars.²⁶⁷

10.12 Mendel neemt eveneens als vertrekpunt dat art. 31 lid 3 DLR de mogelijkheid biedt om een verplichting tot het verstrekken van aanvullende informatie aan te nemen, die voortvloeit uit de naar Nederlands recht geldende maatstaven van burgerlijk recht. Hij meent dat een dergelijke verplichting ook kan worden aangenomen indien de Nederlandse implementatiewetgever blijkens de wetsgeschiedenis juist géén specificatie van kosten eiste en indirecte transparantie in dit kader volstond. Volgens Mendel was de implementatiewetgever vooral bevreesd dat de verplichting tot specificatie van de kosten de onderlinge vergelijkbaarheid van aangeboden beleggingsverzekeringen zou aantasten (zie ook randnummers 4.50 en 4.56 hiervoor). De nadruk lag daarmee, zo begrijp ik Mendel, (ten onrechte) op de onderlinge vergelijkbaarheid van de verzekeringen en minder op welke informatie consumenten daadwerkelijk nodig hebben om de aard en kenmerken van het verzekeringsproduct te kunnen begrijpen. Volgens Mendel kunnen de redelijkheid en billijkheid, na een nadere concretisering/uitleg,²⁶⁸ en het leerstuk van de wilsovereenstemming als mogelijke grondslagen dienen van een verplichting tot het verstrekken van aanvullende informatie. Zo heeft hij in zijn advies voor Stichting Wakkerpolis,²⁶⁹ ingebracht in de procedure tussen Stichting Wakkerpolis en NN, bepleit dat op grond van de redelijkheid en billijkheid een informatieplicht op NN rust. Mendel is van oordeel dat NN bij het sluiten van beleggingsovereenkomsten, gelet op de toepasselijke normen van redelijkheid en billijkheid, is tekortgeschoten in haar verplichting om voldoende informatie te verschaffen over de zogenoemde eerste kosten (randnummer 3.6 hiervoor) en dat daarom op dat vlak wilsovereenstemming ontbreekt.²⁷⁰

10.13 Wallinga en Cherednychenko houden zich wat meer op de vlakte dan Leerink en Mendel, maar neigen – zo lijkt het – eveneens naar het standpunt dat (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen wél een verplichting tot aanvullende informatieverstrekking voor verzekeraars met zich kunnen brengen. Zij benadrukken dat het HvJ EU in *NN/Van Leeuwen* heeft geoordeeld dat verzekeraars een *voldoende mate* van rechtszekerheid moet worden geboden en derhalve geen *absolute* rechtszekerheid. Dat het HvJ EU het rechtszekerheidsbeginsel niet als een absolute grootheid beschouwt, is volgens hen niet verwonderlijk omdat het “*schier onmogelijk*” is om het ideaal van gewenst gedrag vooraf te vangen in een gedetailleerde, uitputtende regeling. Het exclusief toepassen van in het toezichtrechtelijk kader opgenomen plichten zou bovendien afbreuk doen aan de beschermingsgedachte van veel richtlijnen, waaronder de DLR. Volgens Wallinga en Cherednychenko kan de DLR (en andere sectorspecifieke regelgeving) niet worden opgevat als een *checklist* die verzekeraars bij het afvinken daarvan garandeert dat zij zich zowel van hun publieke als privaatrechtelijke verantwoordelijkheid hebben gekweten.²⁷¹

10.14 Busch en Arons zijn ook van oordeel dat het privaatrecht, náást de sectorspecifieke informatieplichten, een grondslag kan vormen voor een verplichting om informatie te verstrekken. De redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 BW lijkt volgens hun op het eerste gezicht echter niet aan het rechtszekerheidsbeginsel te voldoen, omdat die norm “*uiterst vaag is en daarmee weinig tot geen voorspellende waarde heeft.*” Vervolgens stellen zij echter dat het volgens het HvJ EU eigenlijk evident is dat de verzekeringnemer een overzicht van of inzicht in de concrete en/of absolute kosten en risicopremies en de opbouw ervan moet ontvangen om de werking van het product te kunnen begrijpen. De verzekeraar had daarom zelf moeten bedenken dat deze informatie aan verzekeringnemers moest worden verstrekt en had moeten en kunnen weten dat zijn verantwoordelijkheid niet begon en eindigde bij een letterlijke naleving van de RIAV 1998.²⁷² Meer in het algemeen gezien doen banken en andere financiële instellingen er volgens Busch goed aan zich niet blind te staren op de naleving van het financiële toezichtrecht. Correcte naleving van

toezichtregelgeving biedt immers geen garantie dat schadeclaims uit hoofde van een schending van een (bijzondere) zorgplicht zullen falen.²⁷³

10.15 Salomons is van mening dat de vergaande mate waarin de toezichtwetgeving zich bezighoudt met de verplichtingen van de verzekeraar in het kader van het sluiten van een levensverzekering, niet wegneemt dat voor het sluiten van een levensverzekering de privaatrechtelijke regels voor de totstandkoming van een overeenkomst gelden. Hij wijst erop dat de afgelopen jaren steeds meer aandacht uitgaat naar de privaatrechtelijke zorgplichten van de levensverzekeraar, in het bijzonder in verband met beleggingsverzekeringen. Volgens Salomons volgt uit het *NN/Van Leeuwen*-arrest (onder meer) dat van een verzekeraar in elk geval mag worden verwacht dat hij de werking van de verzekering volledig doorgrondt en dan ook behoort te begrijpen welke voor deze werking kenmerkende eigenschappen aan de verzekeringnemer dienen te worden meegedeeld. In navolging van Lieveerse (randnummer 10.11 hiervoor) neemt hij aan dat een ongeschreven informatieverplichting slechts kan worden aangenomen wanneer de verzekeraar het bestaan ervan destijds 'op zijn klompen' kon aanvoelen. Met betrekking tot de verhouding tussen de Richtlijn oneerlijke bedingen en de DLR geldt volgens Salomons dat uit geen van beide richtlijnen valt af te leiden dat de daarmee gegeven regels exclusiviteit of voorrang toekomt. Aangenomen mag daarom worden dat verzekeraars zowel moeten voldoen aan de informatieplichten uit de DLR, als moeten waken voor oneerlijke bedingen als bedoeld in de Richtlijn oneerlijke bedingen.²⁷⁴ Zie ik het goed, dan verwerpt Salomons aldus het argument dat er door de sectorspecifieke informatieplichten geen plaats (meer) is voor informatieverplichtingen op grond van het privaatrecht.

10.16 Ook Pavillon gaat specifiek in op de verhouding tussen de DLR en de Richtlijn oneerlijke bedingen en stelt – net als Salomons – dat toepassing van de (open) oneerlijkheidsnormen uit de Richtlijn oneerlijke bedingen niet wordt “*dichtgetimmerd*” door sectorspecifieke informatieplichten (uit de DLR). Het is volgens haar zeer wel mogelijk dat verzekeraars wél aan de destijds in Nederland geldende sectorspecifieke informatieverplichtingen hebben voldaan, maar desondanks de transparantie-eis uit de Richtlijn oneerlijke bedingen niet halen, omdat kostenbedingen onbegrijpelijk waren geformuleerd en/of sprake was van een gebrek aan informatie over de werking van kostenbedingen.²⁷⁵

10.17 Tjong Tjin Tai is ten slotte van oordeel dat het gewone contractenrecht ook op beleggingsverzekeringen van toepassing is, met allerlei ongeschreven nevenverplichtingen op basis van open normen als de redelijkheid en billijkheid. Volgens hem kunnen derhalve op de aanbieder van een beleggingsverzekering verdergaande zorgplichten rusten dan tot nog toe onder ogen is gezien.²⁷⁶

Slotsom: de meerderheid ziet ruimte voor aanvullende verplichtingen op grond van het privaatrecht

10.18 De literatuur geeft geen eenduidig antwoord op de vraag of naleving van sectorspecifieke informatieplichten meebrengt dat de levensverzekeraar daarmee qua informatieverstrekking ook aan de privaatrechtelijke normen heeft voldaan. Daarbij komt dat er auteurs zijn die deze vraag in zijn algemeenheid benaderen, maar ook auteurs die enkel een specifieke privaatrechtelijke norm bespreken en daarbij niet in zijn algemeenheid ingaan op de vraag wat de verhouding is tussen de sectorspecifieke informatieplichten en de (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen in dat verband. Ook betrekken sommige auteurs hun betoog op een specifiek beding van beleggingsverzekeringen (bijvoorbeeld een kostenbeding) of een bepaald risico, terwijl andere een meer algemeen betoog houden.

10.19 In elk geval lijkt een minderheid in de literatuur (Kalkman, Wakkie en Meijer) voornoemde vraag bevestigend te beantwoorden. Deze minderheid gaat er dus van uit dat het privaatrecht op het gebied van informatieverstrekking geen zelfstandige betekenis toekomt door de aanwezigheid van de sectorspecifieke informatieverplichtingen. Voor zover het privaatrecht op dit punt wél zelfstandige betekenis toekomt, voldoen de (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen

wat hen betreft niet aan de eisen van art. 31 lid 3 DLR, waardoor ze alsnog geen grondslag kunnen vormen voor een verplichting om aanvullende informatie te verschaffen. Frielink is weliswaar niet van oordeel dat het naleven van de sectorspecifieke informatieplichten meebrengt dat qua informatieverstrekking ook aan het privaatrecht is voldaan, maar hij acht het – net iets voorzichtiger dan Kalkman, Wakke en Meijer – evenmin aannemelijk dat levensverzekeraars op grond van (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen waren gehouden om aanvullende informatie te verstrekken. Voor een dergelijke verplichting moet sprake zijn van een algemene rechtsovertuiging en volgens Frielink is het de vraag of die destijds bestond.

10.20 De meerderheid van de auteurs (Leerink, Lieveerse, Mendel, Wallinga en Cherednychenko, Busch en Arons, Salomons, Pavillon en Tjong Tjin Tai) gaat er niet van uit dat de kous zonder meer af is met het voldoen aan de sectorspecifieke informatieplichten. Zij menen dat het privaatrecht, althans één of meer bepaalde privaatrechtelijke normen, een verplichting voor de levensverzekeraar kan inhouden om aanvullende informatie te verstrekken. Zij komen tot dit standpunt langs verschillende wegen en dragen daarvoor verschillende argumenten aan. Gemene deler is echter dat volgens hen privaatrechtelijke normen, ook op het gebied van informatieverstrekking, in meer of mindere mate zelfstandige betekenis hebben (behouden) en dat het naleven van de sectorspecifieke informatieplichten dus niet automatisch betekent dat daarmee geen sprake kan zijn van een schending van één of meer privaatrechtelijke normen.

10.21 De verdeeldheid die in de literatuur is te vinden, zien we terug in de hierna te bespreken nationale rechtspraak op het gebied van beleggingsverzekeringen. In de literatuur wordt ook wel opgemerkt dat het vinden van een rode draad in de jurisprudentie op het gebied van beleggingsverzekeringen lastig is.²⁷⁷

11 Ook de feitenrechters zitten niet op één lijn

11.1 Gelijk aan de twee visies in de literatuur (paragraaf 10 hiervoor), kunnen in de rechtspraak de volgende twee tegengestelde 'richtingen' worden onderscheiden:

- (i) naleving van sectorspecifieke informatieplichten brengt mee dat qua informatieverstrekking ook aan de privaatrechtelijke normen is voldaan; en
- (ii) privaatrechtelijke normen kunnen verplichten tot het verstrekken van aanvullende informatie.

Ook hier geldt weer, net als bij de twee visies in de literatuur, dat bij de eerste richting vaak het standpunt hoort dat, als privaatrechtelijke normen wél tot het verstrekken van aanvullende informatie zouden verplichten, dergelijke normen niet aan de eisen van art. 31 lid 3 DLR voldoen. Bij de tweede richting hoort doorgaans het standpunt dat óók (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen aan de eisen van art. 31 lid 3 DLR kunnen voldoen.

11.2 Het verdient vooraf opmerking dat, hoewel het om twee tegengestelde 'richtingen' gaat, die eigenlijk niet goed naast elkaar kunnen bestaan, een deel van de uitspraken wél in meer dan één richting te plaatsen zijn (onder meer de uitspraken van de rechtbank Rotterdam, randnummers 11.14 e.v. hierna). In die uitspraken wordt namelijk aan de ene kant geoordeeld dat "*de algemene eisen van precontractuele redelijkheid en billijkheid*" in de sectorspecifieke regelgeving zijn verdisconteerd en uit die algemene eisen geen aanvullende informatie-eisen voortvloeien (conform de eerste 'richting'). Vervolgens wordt echter aan de andere kant aan de hand van "*de normale privaatrechtelijke regels*" nagegaan of verzekeraars voldoende informatie hebben verschaft en/of eventuele waarschuwingen hebben gegeven, zodat kan worden gezegd dat wilsovereenstemming is bereikt en aan de privaatrechtelijke zorgplicht is voldaan (conform de tweede 'richting').²⁷⁸ Het lijkt er aldus op dat een deel van de rechtspraak (bewust of onbewust) geen duidelijke richting kiest ten aanzien van de verhouding tussen sectorspecifieke informatieplichten en het privaatrecht, met als gevolg dat – al naar gelang het aangewezen wordt geacht – op het gebied

van informatieverstrekking deels wél afzonderlijk aan privaatrechtelijke normen wordt getoetst en deels niet. Dit maakt de rechtspraak op het gebied van beleggingsverzekeringen soms lastig te duiden.

11.3 De bespreking in deze paragraaf beperkt zich tot jurisprudentie van ná 29 april 2015, te weten de datum waarop het HvJ EU het *NN/Van Leeuwen*-arrest wees. De reden daarvoor is dat die jurisprudentie, als het goed is, de overwegingen en oordelen van het HvJ EU in *NN/Van Leeuwen* weerspiegelt en aldus van het beoordelingskader is uitgegaan dat ook in deze procedure als uitgangspunt moet worden genomen.²⁷⁹

11.4 In deze paragraaf wordt, na een weergave van de nationale rechtspraak, ook ingegaan op de (richtinggevende) uitspraken van de Commissie van Beroep van het KiFiD op het gebied van beleggingsverzekeringen. De Commissie van Beroep beoordeelt in beroep – net als de Geschillencommissie van het KiFiD in eerste aanleg – veel klachten over beleggingsverzekeringen en heeft derhalve de nodige kennis en ervaring op dit gebied.

Richting (i): naleving van sectorspecifieke informatieplichten brengt mee dat qua informatieverstrekking ook aan de privaatrechtelijke normen is voldaan

11.5 De eerste richting in de rechtspraak – inhoudende dat naleving van sectorspecifieke informatieplichten meebrengt dat qua informatieverstrekking ook aan privaatrechtelijke normen is voldaan – is duidelijk terug te vinden in uitspraken van 11 maart 2020 en 6 februari 2019 van de rechtbank Midden-Nederland.²⁸⁰ Het betreffen procedures tussen (onder meer) de Vereniging respectievelijk de Consumentenbond en ASR over (onder meer) *unit linked* beleggingsverzekeringen (randnummer 3.5, onder (ii), hiervoor), die zijn afgesloten vanaf de jaren 80 van de vorige eeuw tot en met 2015.

11.6 In de uitspraak van 11 maart 2020 heeft de rechtbank Midden-Nederland met betrekking tot de aan de verzekering verbonden kosten overwogen dat de sectorspecifieke regelgeving tot 2008 indirecte transparantie voorschreef, op grond waarvan voorbeeldkapitalen de invloed van kosten en inhoudingen (de risicopremie) op het te behalen rendement en de uitkering laten zien, zonder de kosten en inhoudingen zelf te concretiseren. De heersende opvatting was dat dergelijke indirecte transparantie de verzekeringnemer in staat stelde om de wezenlijke aspecten van het verzekeringsproduct goed te doorgronden (rov. 3.15.-3.24.). Pas vanaf 2008 schreef de sectorspecifieke regelgeving directe transparantie voor en moesten de kosten en inhoudingen worden uitgesplitst en zoveel als mogelijk concreet worden weergegeven (rov. 3.25.). Naar het oordeel van de rechtbank heeft ASR aan haar sectorspecifieke informatieplichten voldaan (rov. 3.26.).

11.7 Vervolgens heeft de rechtbank geoordeeld dat voor een aanvullende informatieplicht op grond van ongeschreven recht geen plaats is, omdat het voor verzekeraars als ASR niet voldoende duidelijk was aan welke aanvullende eisen zij precies moesten voldoen. Hierdoor is niet voldaan aan het rechtszekerheidsbeginsel, zoals genoemd in het *NN/Van Leeuwen*-arrest:

“3.29. (...) In de periode dat de Waerdye-beleggingsverzekering werd aangeboden, was het immers de breed gedragen maatschappelijke opvatting dat de verzekeraar geen specifieke informatie over de kosten hoefde te verstrekken, maar dat voldoende was dat de bruto-premie en netto voorbeeldkapitalen werden genoemd waarin de kosten en risicopremies waren verdisconteerd (...). Het was voor ASR dan ook niet voorspelbaar dat zij meer informatie diende te geven dan de geldende wet- en regelgeving voorschreven. Voor een aanvullende informatieplicht op grond van het ongeschreven recht is dan geen plaats.”

11.8 De rechtbank Midden-Nederland heeft, bij de door haar ontkennend beantwoorde vraag of open en/of ongeschreven normen een verplichting voor ASR meebrachten om aanvullende informatie te verstrekken, kennelijk ‘slechts’ het oog gehad op de redelijkheid en billijkheid en de zorgplicht.²⁸¹

De rechtbank heeft immers na dat oordeel nog afzonderlijk beoordeeld of de door ASR gegeven voorbeeldkapitalen misleidend zijn ('nee'), of wilsovereenstemming bestaat over (de hoogte van) de kosten en overlijdensrisicopremie ('ja') en of de bedingen over kosten en overlijdensrisicopremie oneerlijk zijn ('nee'). Deze oordelen zijn echter in sterke mate of zelfs volledig bepaald door het naleven door ASR van de sectorspecifieke regelgeving.

- 11.9 Ten aanzien van de wilsovereenstemming heeft de rechtbank Midden-Nederland geoordeeld dat tot 2008 (de hoogte van) de kosten en risicopremie niet als wezenlijke kenmerken van beleggingsverzekeringen werden gezien en over die bestanddelen van de verzekering reeds wilsovereenstemming bestond indien de verzekeraar ze (conform de sectorspecifieke regelgeving) in voorbeeldkapitalen had verwerkt:

"3.40. (...) Tot 2008 werden de exacte soort en/of omvang van de in de bruto-premie verwerkte kosten en overlijdensrisicopremie niet gezien als wezenlijke kenmerken van de beleggingsverzekering. Uitgangspunt was dat de aspirant-polishouder vooral geïnteresseerd was in de netto-opbrengst die bij een bepaalde inleg uiteindelijk kon worden verwacht.

Verzekeraars hoefden aspirant-polishouders daarom slechts te informeren over de bruto-premie en de uitkering. Daarnaast moesten zij vanaf 1998 de invloed van kosten en inhoudingen op het rendement en de uitkering laten zien aan de hand van voorbeeldkapitalen (...). Dit brengt mee dat ASR er ten tijde van het sluiten van de overeenkomsten van uit mocht gaan dat de polishouder door acceptatie van de offerte, met daarin de bruto-premie en voorbeeldkapitalen, ook instemde met de (hoogte van de) in die voorbeeldkapitalen verwerkte kosten(soorten) en overlijdensrisicopremie. Er bestond immers geen aanleiding om aan te nemen dat de polishouder zijn beslissing om de overeenkomst aan te gaan zou laten afhangen van de exacte soort en/of omvang van deze inhoudingen.

3.41. In 3.26 heeft de rechtbank als vaststaand aangenomen dat alle ingehouden kosten en overlijdensrisicopremie correct in de door ASR verstrekte voorbeeldkapitalen zijn verwerkt. Dat betekent dat voor die inhoudingen (met inbegrip van de hoogte daarvan) wilsovereenstemming bestaat. Van een leemte in de overeenkomsten is dus geen sprake."

- 11.10 Met betrekking tot de Richtlijn oneerlijke bedingen heeft de rechtbank overwogen dat die van toepassing is náást de DLR, maar dat de DLR "een rol" speelt bij de toetsing of een beding oneerlijk is:

"3.49. (...) Hoewel beide Richtlijnen de consument beogen te beschermen, regelen zij niet dezelfde onderwerpen. De Derde Levensrichtlijn ziet op de te verstrekken informatie in de precontractuele fase en de Richtlijn oneerlijke bedingen op de inhoud van de gesloten overeenkomst. Deze Richtlijnen zijn dan ook naast elkaar van toepassing. Ook als voldaan is aan de Derde Levensrichtlijn, moet worden getoetst aan de Richtlijn oneerlijke bedingen. De Derde Levensrichtlijn speelt wel een rol bij de toetsing of een beding oneerlijk is. Op grond van artikel 4 lid 1 van de Richtlijn oneerlijke bedingen moet de rechtbank immers rekening houden met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft."

- 11.11 Naar het oordeel van de rechtbank Midden-Nederland voldoen diverse bedingen over kosten en risicopremie niet aan de door het HvJ EU geformuleerde transparantietoets op grond van de Richtlijn oneerlijke bedingen. De bedingen maken immers niet inzichtelijk hoe het mechanisme van de kosten en overlijdensrisicopremie werkt (rov. 3.60. en 3.61.). Dit maakt de bedingen echter nog niet onredelijk bezwarend of oneerlijk, want daarvoor moet naar alle omstandigheden van het geval worden gekeken (rov. 3.62.). Naar het oordeel van de rechtbank zijn de bedingen niet oneerlijk, gelet op (i) het oordeel dat ASR aan haar sectorspecifieke informatieplichten heeft voldaan, (ii) de markt waarop beleggingsverzekeringen tot stand kwamen en (iii) de bij consumenten levende motieven om voor een beleggingsverzekering te kiezen:

"3.65. (...) In de tijd dat de Waerdye-beleggingsverzekering werd aangeboden, werden de bruto-premie en de uitkering als de wezenlijke kenmerken van een beleggingsverzekering beschouwd. Informatie over afzonderlijke kostensoorten en risicopremie werd niet zinvol geacht. Verzekeraars hoefden aspirant-polishouders tot 1998 slechts te informeren over de bruto-premie en de uitkering. Vanaf 1998 moesten zij daarnaast de invloed van kosten en inhoudingen op het rendement en de uitkering laten zien aan de hand van voorbeeldkapitalen (...). ASR heeft aan deze sectorspecifieke informatieverplichtingen voldaan (...). Bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van de bedingen moet ook rekening worden gehouden met de markt waarop beleggingsverzekeringen tot stand kwamen en van de bij consumenten levende motieven om voor dit type verzekering te kiezen (vgl. Gerechtshof Den Haag, 15 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1624, randnummer 2.13). Zoals ASR onweersproken heeft gesteld, waren beleggingsverzekeringen destijds populair vanwege de hoge rendementen op beleggen in verhouding tot de lage spaarrente, vanwege de gunstige fiscale behandeling en het feit dat in beleggingsverzekeringen een overlijdensrisicoverzekering is geïncorporeerd. Onder deze omstandigheden valt niet in te zien dat de consument een andere keuze had gemaakt als hij op de hoogte was geweest van de aard en omvang van de kosten en overlijdensrisicopremie. In dat licht heeft de Consumentenbond zijn stelling dat de gemiddelde consument, indien hij op de hoogte was van de omvang van de kosten, daarmee niet had ingestemd, onvoldoende onderbouwd. Het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen is dus niet, in strijd met de goede trouw (de redelijkheid en billijkheid), ten nadele van de consument aanzienlijk verstoord, zodat van oneerlijke bedingen geen sprake is."

- 11.12 De uitspraak van 6 februari 2019 van de rechtbank Midden-Nederland is min of meer vergelijkbaar met de hiervoor beschreven uitspraak van 11 maart 2020. Ook daarin heeft de rechtbank geoordeeld dat ten aanzien van algemene, open (zorgvuldigheids)normen niet is voldaan aan de eisen zoals geformuleerd in het *NN/Van Leeuwen*-arrest:

"2.29. Voor de lopende kosten vindt Woekerpolis dat ASR vooraf had moeten specificeren welke kosten zij inhield en hoe hoog die waren. Dat onderschrijft de rechtbank niet. De Derde Levensrichtlijn en de Riav verplichten verzekeraars niet om kosten expliciet te maken en een dergelijke concrete verplichting kan ook niet (achteraf) worden afgeleid uit meer algemene, open (zorgvuldigheids)normen in het recht. Woekerpolis beroept zich in dit verband op het arrest van het Europese Hof van Justitie van 29 april 2015 (ECLI:EU:C:2015:286). Uit dit arrest volgt dat open en/of ongeschreven rechtsnormen in het nationale recht verzekeraars kunnen verplichten tot het geven van meer informatie dan vereist op grond van de regels die gelden op grond van de Europese Richtlijn (in Nederland de Riav), als die informatie noodzakelijk is voor een goed begrip van de overeenkomst bij de verzekeringnemer en het de verzekeraar voldoende duidelijk is aan welke aanvullende eisen hij precies moet voldoen. Daar is niet aan voldaan. ASR mocht er op vertrouwen dat zij kon volstaan met (goede) voorbeeldberekeningen. De vergelijking met bijvoorbeeld de aanschaf van een koelkast gaat hier, anders dan Woekerpolis vindt, wel degelijk op. De interne kosten van de fabrikant, waaronder bijvoorbeeld zijn salarisstructuur, zijn voor de klant niet interessant en hoeven niet inzichtelijk te worden gemaakt. Het kan zijn dat er veel geld gaat naar hoge salarissen bij de directie en (daardoor) minder naar het aantrekken van goede monteurs, zodat de kwaliteit van de koelkasten daalt, maar dan is het die kwaliteit die voor de klanten van belang is. Als die kwaliteit goed is, is de koelkast een goede aankoop, en als de kwaliteit niet goed is, is het een slechte koop, ongeacht de salarisstructuur bij de fabrikant. Bij een beleggingsverzekering gaat het om wat een klant betaalt, afgezet tegen de polis en de kwaliteit daarvan (het uiteindelijke rendement). Als de klant daarover correct geïnformeerd is, is dat voldoende."

2.30. Woekerpolis stelt in dit verband ook dat ASR klanten niet goed heeft ingelicht over de hoogte van de risicopremie. Ook hiervoor geldt dat de Riav verzekeraars niet verplicht om die informatie te verstrekken. (...)."

11.13 De rechtbank heeft echter ook hier afzonderlijk beoordeeld of ten aanzien van de kosten wilsovereenstemming bestond ('ja') en of sprake is geweest van oneerlijke bedingen ('nee'). De rechtbank heeft deze oordelen – voor zover ze zien op kosten die ASR in de rekenvoorbeelden had verwerkt – volledig 'opgehangen' aan het feit dat ASR aan haar sectorspecifieke informatieplichten had voldaan:

"2.32. (...) Voor totstandkoming van een overeenkomst moet men het eens zijn over de wezenlijke bestanddelen daarvan. De niet-essentiële bestanddelen staan vaak in de algemene voorwaarden, en daaraan is de wederpartij gebonden ook als hij ze niet kende (6:231-232 BW). Ook bij de essentiële bestanddelen hoeft de overeenstemming overigens niet expliciet te zijn.

2.33. Voor zover de kosten verwerkt waren in de rekenvoorbeelden en de klanten op basis van die rekenvoorbeelden de overeenkomst gesloten hebben, bestond er wilsovereenstemming over de kosten. Woekerpolis wijst op Europese jurisprudentie waaruit voortvloeit dat ook een kernbeding van een overeenkomst getoetst moet worden op oneerlijkheid, en dus een oneerlijk beding kan zijn, als het niet zo duidelijke informatie geeft dat de consument de economische gevolgen kan inschatten die er voor hem uit voortvloeien (HvJ EU 23 april 2015, ECLI:EU:C:2015:262). Dat is hier echter niet aan de orde. Zo lang de voorbeeldberekeningen kloppen, doet het er voor de consument niet toe welke delen van de premie waaraan besteed worden en hoe de verzekeraar precies het rendement realiseert. Woekerpolis stelt niet dat er kosten (anders dan die van afkoop en premievrijmaking) in rekening zijn gebracht die niet in de premie en daarmee in de voorbeeldberekeningen zijn verwerkt."

11.14 Net als de rechtbank Midden-Nederland lijkt ook de rechtbank Rotterdam, in elk geval deels, uit te gaan van de visie dat naleving van sectorspecifieke informatieplichten meebrengt dat levensverzekeraars qua informatieverstreking ook aan de privaatrechtelijke normen hebben voldaan. Een goed voorbeeld hiervan is de uitspraak van 19 juli 2017 van de rechtbank Rotterdam in de procedure in eerste aanleg tussen de Vereniging en NN.²⁸² Op deze uitspraak wordt in paragraaf 12 hierna uitgebreid ingegaan (vanaf randnummer 12.5), maar kort gezegd heeft de rechtbank Rotterdam geoordeeld dat "*de algemene eisen van precontractuele redelijkheid en billijkheid*" in de sectorspecifieke regelgeving zijn verdisconteerd en uit die algemene eisen dus geen aanvullende informatie-eisen voortvloeien. Specifiek met betrekking tot de Richtlijn oneerlijke bedingen heeft de rechtbank Rotterdam – anders dan de rechtbank Midden-Nederland – in zijn algemeenheid geoordeeld dat, omdat NN aan haar sectorspecifieke informatieverplichtingen heeft voldaan, niet tegelijkertijd sprake kan zijn van strijd met de Richtlijn oneerlijke bedingen.

11.15 Op dezelfde datum, 19 juli 2017, heeft de rechtbank Rotterdam ook een vonnis gewezen in een procedure tussen een consument en NN, eveneens over *universal life* beleggingsverzekeringen.²⁸³ Ook hier heeft de rechtbank geoordeeld dat "*de algemene eisen van precontractuele redelijkheid en billijkheid*" in de sectorspecifieke regelgeving zijn verdisconteerd en uit die algemene eisen geen aanvullende informatie-eisen voortvloeien (rov. 4.22.). De rechtbank heeft vervolgens wel afzonderlijk beoordeeld of NN haar zorgplicht heeft geschonden door niet te waarschuwen voor de (bijzondere) risico's van beleggingsverzekeringen ('nee'). Wat dit laatste oordeel betreft, waarin los van de sectorspecifieke informatieplichten is beoordeeld of aan de zorgplicht is voldaan, past deze uitspraak beter bij de hierna te bespreken tweede 'richting' in de rechtspraak. Die richting gaat namelijk ervan uit dat privaatrechtelijke normen, ten opzichte van sectorspecifieke informatieplichten, kunnen verplichten tot het verstrekken van aanvullende informatie, waardoor inhoudelijk/afzonderlijk moet worden getoetst of aan (een deel van) deze normen is voldaan.

11.16 Bijna twee jaar later – op 27 maart 2019 – heeft de rechtbank Rotterdam in een procedure tussen de Consumentenbond en NN (in een tussenvonnis) wederom geoordeeld dat NN in de jaren 1992-2008 haar sectorspecifieke informatieplichten heeft nageleefd. Omdat volgens de rechtbank "*de algemene eisen van precontractuele redelijkheid en billijkheid*" in de sectorspecifieke regelgeving zijn verdisconteerd, kunnen uit die algemene eisen geen aanvullende informatieverplichtingen voortvloeien (rov. 4.18.-4.53.).²⁸⁴ Vervolgens heeft de rechtbank echter

wel aan de hand van “*de normale privaatrechtelijke regels*” beoordeeld of wilsovereenstemming is bereikt over de kosten van de verzekering (rov. 4.69.). Wat dit betreft past deze uitspraak dus ook (deels) in de hierna te bespreken tweede ‘richting’ in de rechtspraak. Volgens de rechtbank veronderstelt wilsovereenstemming dat de verzekeringnemer beschikt over voldoende informatie en moet – in het kader van de vraag wat NN en de verzekeringnemers zijn overeengekomen – de precontractuele informatieverstrekking op grond van de sectorspecifieke regelgeving als “*een omstandigheid*” in ogenschouw worden genomen (rov. 4.70.). Daarmee is echter nog niet gezegd waarover wilsovereenstemming bestaat, want de contractsvrijheid tussen partijen staat volgens de rechtbank voorop:

“4.71. (...)

Essentieel is of de gemiddelde consument/verzekeringnemer, gegeven de verstrekte informatie, de *universal life* systematiek en de (...) complete documentatie, in redelijkheid moet hebben begrepen dat hij, door in te stemmen met de bruto premie en het verwachte eindkapitaal, ook instemde met de door de Consumentenbond aan de orde gestelde kosten (...), NN ervan uit mocht gaan dat hij daarmee instemde en er dus per saldo wilsovereenstemming is bereikt. Als algemeen uitgangspunt kan daarbij gelden dat een gemiddelde verzekeringnemer/consument in redelijkheid ervan uit moest gaan dat sprake zou zijn van het berekenen van enige kosten. (...).”

- 11.17 Bij eindvonnis van 29 juli 2020²⁸⁵ heeft de rechtbank Rotterdam geoordeeld dat wilsovereenstemming over de kosten bestaat, omdat die kan worden gevonden in de wilsovereenstemming over de twee kenmerkende elementen van de levensverzekering, te weten de bruto premie en de uitkering. Volgens de rechtbank was de algemene maatschappelijke opvatting destijds dat de verzekeringnemer niet behoefde te weten welke kostensoorten in het voorbeeldkapitaal waren verwerkt:

“2.13. (...)

Naar het oordeel van de rechtbank verkreeg de verzekeringnemer door middel van de netto voorbeeldkapitalen dus indirect inzicht in het totaaleffect van alle kosten en inhoudingen gezamenlijk op de uiteindelijk te verwachten uitkering (in het betreffende voorbeeldscenario). Van de gemiddelde verzekeringnemer (...) mag verwacht worden dat hij begreep dat het bedrag van de uitkering zou wijzigen, indien het scenario waarop de voorbeeldkapitalen gebaseerd waren wijzigde (door de uiteindelijke koersontwikkeling). De gemiddelde verzekeringnemer moest er verder in redelijkheid van uit gaan dat sprake zou zijn van het berekenen van kosten. (...).

Daaraan doet niet af dat NN voor 2008 niet aangaf welke kostensoorten waren verwerkt in het voorbeeldkapitaal. De algemene maatschappelijke opvatting was destijds dat de aspirantverzekeringnemer niet behoefde te weten welke kostensoorten voor rekening van de verzekeringnemer zouden komen om zich een voldoende beeld van het product te vormen; gedetailleerde informatie over de kosten werd niet nodig geacht (...). Het ging om de te verwachten netto einduitkering.

2.14. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat (...) wilsovereenstemming is ontstaan over het in rekening brengen van de totale kosten die NN in de bruto premie en de netto voorbeeldkapitalen had verwerkt; de grondslag voor de (...) kosten (...) is dus te vinden in de wilsovereenstemming over de bruto premie en de uitkering op basis van netto voorbeeldkapitalen. Afzonderlijke wilsovereenstemming over de individuele kostensoorten, die waren verwerkt in de bruto premie en de netto voorbeeldkapitalen, was dus niet noodzakelijk.

Anders dan de Consumentenbond stelt (...), is er dus ook geen sprake van een leemte in de verzekeringsovereenkomst vanwege het ontbreken van wilsovereenstemming over de in het geding zijnde kosten.”

- 11.18 Op 22 april 2020 heeft de rechtbank Rotterdam in een (vergelijkbare) procedure tussen

Stichting Wakkerpolis en NN opnieuw geoordeeld dat “*de algemene eisen van precontractuele redelijkheid en billijkheid*” die de verhouding tussen verzekeraar en aspirant-verzekeringnemer beheersen, in de sectorspecifieke regelgeving zijn verdisconteerd en uit die algemene eisen geen aanvullende informatieverplichtingen kunnen voortvloeien (rov. 4.46.). Tegen de achtergrond van deze informatieplichten trof het beroep van Stichting Wakkerpolis op (schending van) de bijzondere zorgplicht van NN geen doel, want “*deze zorgplicht werd ingevuld door de Derde levensrichtlijn en de daaruit voortvloeiende regelgeving, waarbij rekening is gehouden met onder meer de aard van de te sluiten overeenkomst en de positie van partijen jegens elkaar*” (rov. 4.48.).

11.19 Vervolgens heeft de rechtbank Rotterdam echter wel – langs de lijnen van de hierna te bespreken tweede ‘richting’ in de rechtspraak – aan de hand van de “*normale privaatrechtelijke regels*” beoordeeld of wilsovereenstemming over de kosten van de verzekering bestaat.²⁸⁶ Daarbij is de precontractuele informatieverstrekking op grond van de sectorspecifieke regelgeving een omstandigheid die in ogenschouw moet worden genomen (rov. 4.31.). De rechtbank heeft, net als in de hiervoor besproken uitspraak van 29 juli 2020, geoordeeld dat de grondslag van alle in de bruto premie verdisconteerde kosten te vinden is in de wilsovereenstemming over de bruto premie en de uitkering op basis van de gegeven netto voorbeeldkapitalen. Daarbij was het tot 2008 niet nodig om aan te geven welke kostensoorten voor rekening van de verzekeringnemer zouden komen (rov. 4.72. en 4.73.).

11.20 Een laatste voorbeeld van de eerste ‘richting’ in de rechtspraak, waarin naleving van sectorspecifieke informatieplichten meebrengt dat levensverzekeraars qua informatieverstrekking ook aan de privaatrechtelijke normen hebben voldaan, betreft de uitspraak van 29 januari 2019 van het hof Arnhem-Leeuwarden in een zaak tussen een echtpaar en Aegon over drie beleggingsverzekeringen.²⁸⁷ De rechtbank Gelderland had de vorderingen van het echtpaar afgewezen²⁸⁸ en het hof heeft het vonnis bekrachtigd. Naar het oordeel van het hof brachten de heersende rechtsopvattingen (de open normen) in de periode 1988-1998 niet mee dat Aegon het echtpaar had moeten informeren over de (hoogte van de) kosten en de risicopremie. Het hof heeft dit oordeel in grote mate gebaseerd op (de inhoud en totstandkoming van) de sectorspecifieke regelgeving:

“3.7. (...) De indirecte weergave van de kosten en risicopremies is daarmee door de nationale wetgever (met het oog op de vergelijkbaarheid tussen beleggingsverzekeringen van verschillende verzekeraars) ook in 1998 nog als een juiste wijze van informatie over de hoogte van de kosten en risicopremies van beleggingsverzekeringen aanvaard (met uitzondering van naast de bruto-premie in rekening gebrachte kosten). Gesteld noch gebleken is dat de nationale wetgever daarmee in strijd met het geldende communautaire recht heeft gehandeld.

Uit voormelde (EG- en nationale) regelgeving, de toelichting op de Riav 1998, de goedkeuring van de adviesrapportage die heeft geleid tot vaststelling van de Riav 1998 door de Ombudsman Levensverzekering en de Consumentenbond en het feit dat bij het in 1997 in overleg met de Minister van Financiën uitgevoerde onderzoek door de PVK is gebleken dat in de meerderheid van de onderzochte beleggingsverzekeringen geen melding is gemaakt van administratie- en poliskosten, leidt het hof af dat in de periode 1988-1998 op grond van algemene opvattingen in het maatschappelijk verkeer nog geen (algemene) verplichting bestond om (toekomstige) verzekeringsnemers inzicht te geven in de kosten en risicopremie wanneer (zoals in het onderhavige geval) voorbeeldkapitalen zijn getoond, waarin rekening is gehouden met alle kosten en premies.

(...)

3.8. Voor zover [het echtpaar, A-G] heeft willen stellen dat de hoogte van de afslagen (volgens hem zo’n 30 à 50%) maakte dat er in dit geval wel een verdergaande informatieplicht bestond, passeert het hof die stelling. Ook in die tijd werd immers al onder ogen gezien dat de in rekening gebrachte kosten soms zeer hoog waren (...).”

- 11.21 Op dezelfde grond heeft het hof Arnhem-Leeuwarden het beroep van het echtpaar op schending van een (bijzondere) zorgplicht afgewezen. Omdat het hof oordeelde dat Aegon niet was gehouden om méér informatie te verstrekken dan zij op grond van de sectorspecifieke regelgeving gehouden was te doen, heeft het hof in het midden gelaten of een eventuele informatieplicht op grond van open normen aan de voorwaarden uit het arrest *NN/Van Leeuwen* voldeed (rov. 3.11.).
- 11.22 Kortom: de rechtbanken Midden-Nederland en Rotterdam en het hof Arnhem-Leeuwarden vertegenwoordigen in meer of mindere mate de eerste 'richting' binnen de rechtspraak, inhoudende dat naleving van sectorspecifieke informatieplichten meebrengt dat levensverzekeraars qua informatieverstrekking ook aan de privaatrechtelijke normen hebben voldaan. Tegelijkertijd merk ik op dat de uitspraken van de rechtbank Rotterdam deels ook onder de hierna te bespreken tweede 'richting' in de rechtspraak te scharen zijn, die kort gezegd inhoudt dat privaatrechtelijke normen wél kunnen verplichten tot het verstrekken van aanvullende informatie. De rechtbank Rotterdam heeft immers een aantal malen afzonderlijk beoordeeld of aan de (privaatrechtelijke) zorgplicht is voldaan en is daarnaast aan de hand van "*de normale privaatrechtelijke regels*" nagegaan of wilsovereenstemming is bereikt over de kosten van de verzekering. Ten aanzien van de informatieverstrekking op grond van deze privaatrechtelijke normen is de rechtbank (kennelijk) *niet* van oordeel dat daaraan (altijd) is voldaan indien aan de sectorspecifieke informatieplichten is voldaan.

Richting (ii): privaatrechtelijke normen kunnen verplichten tot het verstrekken van aanvullende informatie

- 11.23 Een goed voorbeeld van deze tweede richting – die ervan uitgaat dat privaatrechtelijke normen levensverzekeraars kunnen verplichten tot het verstrekken van aanvullende informatie – vormt het arrest van 2 mei 2017 van het hof 's-Hertogenbosch, dat overigens wel een beetje een vreemde eend in de bijt is.²⁸⁹ In die zaak, tussen een consument en ASR, draaide het om een in 1997 aangegane beleggingsverzekering.
- 11.24 Het hof 's-Hertogenbosch heeft diverse kostenbedingen²⁹⁰ in de algemene voorwaarden als een vaststellingsovereenkomst in de zin van art. 7:900 lid 2 BW aangemerkt (rov. 7.7). Vervolgens heeft het hof ten aanzien van een drietal bedingen geoordeeld dat ze onredelijk bezwarend zijn (rov. 7.14.). Het hof is daarbij voorbijgegaan aan het verweer van ASR dat een consument alleen houvast heeft aan informatie over de door hem te betalen maandelijkse premie en het beoogde eindkapitaal en het door ASR bij het sluiten van de beleggingsverzekering gegeven voorbeeldendement voldoende duidelijk was:
- "7.15. (...)
- Deze verweren stuiten af op het hiervoor gegeven oordeel dat de bedingen over de poliskosten, de aanvullende administratiekosten en de kosten "verschil verkoop/biedkoers" onredelijk bezwarend zijn en op de daaraan ten grondslag gelegde redengeving. De perceptie aan de zijde van ASR en andere verzekeraars, in overleg met de minister en consumentenorganisaties (...), dat de cliënt niets meer nodig had dan de door hem te betalen maandpremie en het beoogde eindkapitaal, rechtvaardigt geenszins (...) een praktijk waarbij onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden worden gehanteerd. De door ASR gestelde keuzes van de verzekeraars, de minister en de consumentenorganisaties zijn toegespitst op de informatievoorziening die voorafgaat aan het aangaan van een overeenkomst, maar bij de toepassing van artikel 6:233 onder a BW worden alle omstandigheden bij het aangaan van de overeenkomst betrokken (...); deze keuzes kunnen in het licht van alle omstandigheden geen ander oordeel rechtvaardigen dan hiervoor is gegeven (...)."
- 11.25 Het hof heeft bij dit oordeel de sectorspecifieke informatieplichten buiten beschouwing gelaten, omdat volgens het hof niets erop wijst dat andere regelingen van consumentenbescherming (zoals de Richtlijn oneerlijke bedingen) buiten toepassing blijven indien een levensverzekering

door de RIAV 1994/DLR wordt gereguleerd:

"7.19 (...)

Het debat tussen partijen over de Derde levensrichtlijn (92/96/EEG), de Nederlandse implementatie daarvan (Riav 94) en de heersende opvattingen in Nederland over informatieplichten van verzekeraars in de jaren '90 kan gelet op hetgeen hiervoor is overwogen verder onbesproken blijven (...). Niets wijst erop dat overige regelingen van (o.m.) consumentenbescherming, zoals artikel 6:233 aanhef en onder a BW (Richtlijn 93/13), waarin essentiële bepalingen ter bescherming van consumenten zijn vastgelegd althans geïmplementeerd, buiten toepassing moeten blijven in geval van een levensverzekering die wordt gereguleerd door de Riav 94 (Derde levensrichtlijn). Ook indien ASR zoals zij aanvoert heeft voldaan aan alle verplichtingen die voortvloeien uit de Derde levensrichtlijn (waarbij zoals zij aanvoert geen aanvullende verplichtingen mogen worden opgelegd), laat dat het oordeel dat hiervoor is gegeven onverlet. (...)."

11.26 Een tweede uitspraak waarin inhoudelijk/afzonderlijk is getoetst of is voldaan aan verplichtingen op grond van (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen om informatie te verstrekken, is het tussenarrest van 15 mei 2018 van het hof Den Haag.²⁹¹ Deze uitspraak is gedaan in een procedure tussen een consument en ASR over diverse in de algemene voorwaarden opgenomen kostenbedingen van een *unit linked* beleggingsovereenkomst.

11.27 Het hof Den Haag heeft aan de hand van de open norm van art. 6:233, aanhef en onder a, BW, zoals ingevuld door de Richtlijn oneerlijke bedingen, onder meer getoetst of diverse kostenbedingen²⁹² als oneerlijk moesten worden aangemerkt. Naar het oordeel van het hof is in geen van de kostenbedingen duidelijk en begrijpelijk opgesteld wat de financiële gevolgen van het beding zijn. Daaraan doet volgens het hof niet af dat uit de voorbeeldkapitalen de economische gevolgen van de kosten konden worden afgeleid:

"2.7 (...) Naar het oordeel van het hof voldoet geen van de omstreden kostenbedingen aan de eis dat zij wat de (uit)werking/impact ervan betreft duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld. De bepalingen over de aan- en verkoopkosten zijn taalkundig en grammaticaal weliswaar begrijpelijk, maar voor een redelijk omzichtige en oplettende consument is het onvoldoende transparant hoe het mechanisme van aan- en verkoopkosten werkt. Evenmin is het voor een consument in voldoende mate mogelijk in te schatten wat de financiële gevolgen van het beding zijn. Het beding over de aanvullende administratiekosten en het beding over de poliskosten is zo summier dat hieruit voor een consument niet valt af te leiden wat de feitelijke omvang van de desbetreffende kosten (bij benadering) zou kunnen zijn en welke financiële gevolgen deze bedingen kunnen hebben voor het behalen van het doelkapitaal als omschreven in de polis.

ASR heeft als tegenwerping onder meer aangevoerd dat uit het in de offerte opgenomen voorbeeldkapitaal (waarin de kosten zijn verdisconteerd) volgt wat de economische gevolgen van de kosten zijn. De offerte bepaalt inderdaad dat bij een rendement van 10,00% de uitkering wordt geprognoseerd op € 132.279,-. Naar het oordeel van het hof is het voor een consument (zonder nadere toelichting, die ontbreekt) echter niet goed mogelijk om op basis van deze enkelvoudige prognose te doorgronden wat de financiële gevolgen van de bedingen zijn op het te behalen doelkapitaal. Gesteld noch gebleken is dat er verder in aanvullende documentatie nadere informatie is opgenomen over de (gevolgen van) deze kostenbedingen. De conclusie moet dan ook zijn dat de kostenbedingen op zichzelf genomen niet voldoen aan maatstaf van artikel 5 richtlijn oneerlijke bedingen, aangezien zij niet duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd. (...)."

11.28 Omdat de kostenbedingen niet duidelijk en begrijpelijk waren geformuleerd, kon naar het oordeel van het hof niet zonder meer worden aangenomen dat de consument deze kosten bij het aangaan van de verzekering wenste te accepteren:

"2.12. (...) Het ontbrak [de consument, A-G] immers feitelijk aan de benodigde informatie om een

afgewogen beslissing te kunnen nemen of zij gebonden wenste te zijn door voorwaarden die ASR tevoren had vastgelegd. In zoverre ligt het in de eerste plaats op de weg van ASR om aannemelijk te maken dat haar keuze geen andere was geweest indien de kostenbedingen wel duidelijk en begrijpelijk waren geformuleerd.”

11.29 Volgens het hof Den Haag is het de vraag of de consument het beleggingsrisico óók had geaccepteerd indien hij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst (voldoende) inzicht had gehad in de aard, het mechanisme en de omvang van de kosten, of dat hij, mede gelet op de overige kenmerken van deze beleggingsverzekering, dan toch had gekozen voor een ander product. Bij het beantwoorden van deze vraag is volgens het hof de sectorspecifieke regelgeving mede van belang. Het hof heeft die regelgeving dan ook niet volledig buiten beschouwing gelaten, anders dan het hof 's-Hertogenbosch in zijn arrest van 2 mei 2017 had gedaan (randnummers 11.23 e.v. hiervoor):

“2.15 (...) In dat verband is mede van belang of voldaan is aan de meer algemene, door Europese regelgeving voorgeschreven of geïnspireerde, (pre-)contractuele informatievoorschriften die – mede uit een oogpunt van consumentenbescherming – specifiek voor dit soort producten golden. Dat volgt ook uit (...) artikel 4 lid 1 van de richtlijn oneerlijke bedingen, waarin staat dat rekening moet worden gehouden met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft.”

11.30 Ook de rechtbank Gelderland heeft in een vonnis van 24 juni 2020 inhoudelijk/afzonderlijk getoetst of aan (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen is voldaan.²⁹³ De procedure, tussen onder meer de Vereniging en de Consumentenbond aan de ene kant en Achmea aan de andere kant, draaide onder andere om spaarkas en *universal life* beleggingsverzekeringen. Naar het oordeel van de rechtbank bood de RIAV in de optiek van de wetgever ruimte voor aanvullende, uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeiende normen. Deze zienswijze strookt volgens de rechtbank met de richtlijnconforme uitleg van de RIAV, die inhoudt dat op grond van het ongeschreven recht aanvullende informatieverplichtingen kunnen worden aangenomen, indien is voldaan aan de door het HvJ EU in het *NN/Van Leeuwen*-arrest geformuleerde eisen (rov. 4.16.6.).

11.31 Vanwege de eis van voorzienbaarheid moet naar het oordeel van de rechtbank Gelderland wel komen vast te staan dat in de betreffende periode sprake was van een breed gedragen maatschappelijke opvatting dat verzekeraars deze aanvullende informatie moesten verstrekken, naast de in sectorspecifieke regelgeving voorgeschreven informatie (rov. 4.16.7.). De kritiek die op de sectorspecifieke regelgeving is geuit, onder meer door de Ombudsman Financiële Dienstverlening, kan volgens de rechtbank een indicatie vormen voor een breder gedragen maatschappelijke opvatting, maar is op zichzelf onvoldoende om hiervan uit te gaan en geeft geen aanknopingspunt voor een specifieke en breed gedragen norm (rov. 4.16.12.). Dit heeft de rechtbank tot het oordeel gebracht dat voor een nadere informatieverplichting “*geen plaats*” is, “*met uitzondering van de zelfregulering van de branche middels de CRR*” (rov. 4.18.1.).

11.32 De rechtbank heeft tevens overwogen dat mogelijk plaats is voor toetsing aan de bijzondere zorgplicht, indien en voor zover deze kan worden vastgesteld en voldoet aan de vereisten van het arrest *NN/Van Leeuwen* (rov. 4.18.1.). Volgens de rechtbank is de op Achmea rustende bijzondere zorgplicht vergelijkbaar met de bancaire bijzondere zorgplicht:

“4.17.1.5. De inhoud en reikwijdte van de op Achmea als aanbieder van beleggingsverzekeringen rustende bijzondere zorgplicht is vergelijkbaar met de bancaire bijzondere zorgplicht. Deze is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de ingewikkeldheid van het product en de daaraan verbonden risico's. De bijzondere zorgplicht noopt tot het verstrekken van informatie over de relevante kenmerken en risico's van de producten. Uit de bijzondere zorgplicht vloeit voort dat Achmea informatie moet verstrekken over de aard en kenmerkende eigenschappen van de producten, om de verzekeringnemer, die niet beschikt over de bij Achmea aanwezige professionaliteit en deskundigheid, in staat te stellen weloverwogen te kiezen of de producten bij

zijn behoeften passen. Als bijzonder deskundig te achten aanbieder van beleggingsverzekeringen rust op Achmea de verplichting om ten aanzien van de complexe producten die aan een breed publiek zijn aangeboden, zich adequaat de belangen de verzekeringnemers aan te trekken door – indien aan de orde – hen voldoende duidelijk te waarschuwen over de aan de producten verbonden specifieke risico's. Daarbij is tevens van belang de maatschappelijke functie die Achmea als verzekeraar heeft. Deze waarschuwingsplicht dient ertoe de verzekeringnemer onmiskenbaar duidelijk te maken dat de betreffende overeenkomst tot gevolg kan hebben dat dat specifieke risico zich openbaart."

- 11.33 Naar het oordeel van de rechtbank Gelderland heeft Achmea deze bijzondere zorgplicht geschonden door verzekeringnemers geen informatie te verschaffen over het hefboom- en inteereffect. Volgens de rechtbank is dit geen algemeen (bekend) beleggingsrisico, maar is het een verborgen, aan de kenmerken van de producten inherent bijzonder risico en had Achmea hierover informatie moeten verstrekken (rov. 4.19.5.-4.19.9.). Achmea heeft daarentegen niet hoeven waarschuwen voor het *crash*risico, want dat is een algemeen beleggingsrisico en evenmin voor het *fata morgana*-effect, want dat was voor Achmea niet voorspelbaar (rov. 4.20.1.-4.21.5.).
- 11.34 Ten aanzien van het bestaan van wilsovereenstemming over de kosten heeft de rechtbank Gelderland geoordeeld dat de verzekeringnemer heeft ingestemd met het in rekening brengen van de kosten in de hoogte zoals gepresenteerd in de voorbeeldkapitalen/rendementen. Dat de consument niet op de hoogte is gesteld van de kostensoort of de hoogte van bepaalde kosten is irrelevant nu de voorbeeldkapitalen/rendementen daarvoor de benodigde basis verschaffen (rov. 4.24.1.).
- 11.35 De rechtbank heeft ook afzonderlijk getoetst of sprake is van oneerlijke bedingen in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen. Naar het oordeel van de rechtbank zijn de bedingen voldoende transparant, omdat uit de informatie die de verzekeringnemer ter beschikking stond (de gegeven voorbeeldkapitalen), kon worden afgeleid dat kosten en premies zouden worden berekend (rov. 4.26.6.).
- 11.36 De uitspraak van 20 december 2017 van de rechtbank Noord-Holland is grotendeels vergelijkbaar met het hiervoor beschreven vonnis van de rechtbank Gelderland.²⁹⁴ Het betrof een procedure tussen onder meer de Vereniging en verzekeraar SRLEV (voorheen AXA) over *universal life* beleggingsverzekeringen. Ook hier heeft de rechtbank niet het betoog (van SRLEV) gevolgd dat er *"naast de regelgeving hoe dan ook geen ruimte is om op het ongeschreven recht gegronde aanvullende eisen te stellen aan de informatieverstrekking van haar als verzekeraar"* (rov. 4.33.). Daarnaast rust op verzekeraars een bijzondere zorgplicht, vergelijkbaar met de bancaire bijzondere zorgplicht, op grond waarvan zij informatie moeten verstrekken over de relevante kenmerken en risico's van de verzekeringsproducten (rov. 4.40.).
- 11.37 Anders dan de rechtbank Gelderland heeft geoordeeld (randnummer 11.35 hiervoor), heeft de rechtbank Noord-Holland de bedingen, op grond waarvan SRLEV eenzijdig het recht had de kosten te verhogen, wél als oneerlijk in de zin van art. 6:233, aanhef en onder a, BW aangemerkt:
- "4.129. (...) Reeds de uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeiende verplichting de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij in acht te nemen, verzet zich tegen een dergelijk eenzijdig en ongeclausuleerd recht voor SRLEV. Evenmin kan er redelijkerwijs van worden uitgegaan dat de (normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde) consument de bedingen zou hebben aanvaard, indien daarover afzonderlijk, op eerlijke en billijke wijze was onderhandeld. Temeer niet omdat, zoals uit de eerdere overwegingen in dit vonnis volgt, op SRLEV bij die onderhandelingen de plicht zou rusten de consument te informeren over en te waarschuwen voor het risico van het hefboom- en inteereffect. Als gevolg van de bedingen wordt de positie van de consument in voldoende ernstige mate aangetast. (...)."
- 11.38 De uitspraak van 28 juni 2017 van de rechtbank Den Haag is op haar beurt in grote mate

vergelijkbaar met de hiervoor beschreven uitspraken van de rechtbanken Gelderland en Noord-Holland.²⁹⁵ Het betrof dit keer een procedure tussen de Vereniging en Aegon over spaarkas en *universal life* beleggingsverzekeringen. Naar het oordeel van de rechtbank bestaat er ruimte voor aanvullende normen voor informatieverstrekking die op het ongeschreven recht zijn gebaseerd (rov. 2.95.), maar heeft de Vereniging geen concrete feiten en omstandigheden gesteld waaruit kan worden afgeleid dat het ongeschreven recht aanvullende eisen stelde ten opzichte van de sectorspecifieke regelgeving (rov. 2.89.). Volgens de rechtbank rustte echter wel een bijzondere zorgplicht op Aegon, vergelijkbaar met de bancaire bijzondere zorgplicht, die *"noopt tot het verstrekken van informatie over de relevante kenmerken en risico's van de voorbeeldproducten en kan vergen dat daarvoor wordt gewaarschuwd"* (rov. 2.93.).

11.39 Met betrekking tot het bestaan van wilsovereenstemming heeft de rechtbank Den Haag geoordeeld dat die ten aanzien van de in de bruto premie verdisconteerde (hoogte van de) kosten ligt besloten in de wilsovereenstemming over de te betalen bruto premie. Voor de naast de bruto premie in rekening gebrachte kosten is een afzonderlijke contractuele grondslag vereist. Over (de hoogte van) die kosten heeft Aegon dus informatie moeten verstrekken. Voor zover Aegon dat niet heeft gedaan, is sprake van een leemte in de overeenkomst (rov. 2.214.), die in overeenstemming met de eisen van redelijkheid en billijkheid in de zin van art. 6:248 lid 1 BW moet worden ingevuld (rov. 2.243.).

11.40 De rechtbank heeft eveneens afzonderlijk beoordeeld of bepaalde bedingen over de te betalen premie en de kosten onduidelijk en oneerlijk zijn in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen. Naar het oordeel van de rechtbank is daarvan geen sprake. Indien sprake is van wilsovereenstemming over de bedingen, staat dit volgens de rechtbank *"in de weg aan het als onredelijk bezwarend aanmerken van de (...) bedingen"*. Bovendien is volgens de rechtbank niet gesteld of gebleken dat de bedingen oneerlijk zijn (rov. 2.257.).

11.41 Recent – op 28 juli 2021 – heeft de rechtbank Noord-Holland over een (spaarplan) beleggingsverzekering geoordeeld dat op SRLEV als professionele en bij uitstek deskundige dienstverlener op het terrein van beleggingsverzekeringen een bijzondere zorgplicht rust, die ertoe strekt een gemiddelde consument te beschermen tegen de gevaren van een gebrek aan inzicht (rov. 2.13.).²⁹⁶ Volgens de rechtbank heeft SRLEV deze zorgplicht geschonden en onrechtmatig gehandeld door zich bij het geven van de voorbeeldkapitalen schuldig te maken aan misleiding van de consument, ondanks dat SRLEV zich destijds heeft gehouden aan alle voorschriften uit de toepasselijke CRR en de RIAV:

"2.15.4. SRLEV had in het geval van [de consument] moeten wijzen op het effect van koersschommelingen, de volatiliteit. Zij had bij wijze van spreken moeten melden: "Let op, we rekenen met een constant rendement van 9%, maar ook als dat rendement gemiddeld in de volgende 30 jaar wordt gehaald, zult u het vermelde eindkapitaal als gevolg van koersschommelingen waarschijnlijk niet behalen." Dat zou het afsluiten van een dergelijke beleggingsverzekering mogelijk minder aantrekkelijk maken voor consumenten, maar wel eerlijker zijn.

De rechtbank realiseert zich dat dit een verplichting is die niet uit de CRR en RIAV volgde, maar is van oordeel dat het desondanks een verplichting van SRLEV was. SRLEV kan zich niet achter de CRR en RIAV verschuilen om deze verplichting te ontlopen.

2.15.5. De enkele mededeling van een voorbeeldpercentage, gekoppeld aan een eindkapitaal, was daarom onvolledig. En niet alleen onvolledig, maar ook misleidend, omdat een gemiddelde consument zijn beslissing om de beleggingsverzekering af te sluiten hier mede op zal hebben gebaseerd."

11.42 Uit het voorgaande overzicht blijkt dat de hoven 's-Hertogenbosch en Den Haag en de rechtbanken Gelderland, Noord-Holland en Den Haag in meer of mindere mate de tweede 'richting' binnen de rechtspraak vertegenwoordigen, inhoudende dat naleving van de sectorspecifieke

informatieplichten niet zonder meer meebrengt dat levensverzekeraars daarmee qua informatieverstrekking ook hebben voldaan aan toepasselijke privaatrechtelijke normen. Hierdoor wordt afzonderlijk getoetst of aan (een deel van) deze normen is voldaan. Binnen deze tweede 'richting' lijken echter sommige rechters compleet los van (de inhoud van) de sectorspecifieke informatieplichten te toetsen of aan privaatrechtelijke normen is voldaan, waar andere ervan uitgaan dat de sectorspecifieke informatieplichten wel een voor verzekeraars (meer of minder sterke) reflexwerking hebben ten opzichte van het privaatrecht.

- 11.43 Concluderend: de nationale rechtspraak is verdeeld. Daarmee is de stand van zaken op dit gebied echter nog niet volledig in beeld gebracht. Ook de Commissie van Beroep van het KiFiD (hierna: 'de CvB') heeft namelijk regelmatig uitspraken gedaan naar aanleiding van geschillen over beleggingsverzekeringen. Op die uitspraken ga ik nu in.

Uitspraken van de CvB van het KiFiD passen bij de tweede 'richting'

- 11.44 De Geschillencommissie en de CvB van het KiFiD hebben zich de afgelopen jaren veelvuldig gebogen over geschillen over beleggingsverzekeringen. In april 2018 heeft het KiFiD zelfs een document samengesteld met daarin de belangrijkste beslissingen van de CvB in vijf zogenoemde "*richtinggevende uitspraken*" op het gebied van beleggingsverzekeringen.²⁹⁷ Uit die uitspraken, en enkele meer recente, blijkt dat de CvB de hiervoor besproken tweede 'richting' heeft gekozen en derhalve niet alleen beoordeelt of verzekeraars aan de sectorspecifieke informatieplichten hebben voldaan, maar ook afzonderlijk toetst of op het gebied van informatieverstrekking aan de toepasselijke (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen is voldaan.

- 11.45 De CvB is van oordeel dat uit het arrest *NN/Van Leeuwen* volgt dat de DLR niet eraan in de weg staat dat aan een verzekeraar op grond van algemene beginselen van Nederlands recht aanvullende informatieverplichtingen worden opgelegd, ook voor zover deze verplichtingen zijn neergelegd in open en/of ongeschreven regels die de precontractuele verhouding beheersen of betrekking hebben op een algemene of bijzondere zorgplicht. Vereist is wel dat de verlangde aanvullende informatie duidelijk en nauwkeurig is en noodzakelijk is voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de wezenlijke bestanddelen van de verbintenis. Bovendien moet het voor de verzekeraar in voldoende mate voorspelbaar zijn welke informatie hij dient te verstrekken, waarbij de CvB opmerkt dat een verzekeraar zich er niet gemakkelijk op kan beroepen niet te hebben begrepen dat bepaalde informatie noodzakelijk was om te verstrekken:²⁹⁸

"4.30. (...)

Bij de beoordeling van die voorspelbaarheid zijn als uitgangspunten aan te houden dat het aan de verzekeraar is om de aard en de kenmerkende eigenschappen van de verzekering te bepalen en in beginsel ook om vast te stellen welke kenmerkende eigenschappen rechtvaardigen dat aanvullende informatie moet worden verstrekt (...). De Commissie van Beroep verstaat deze laatste overweging aldus dat waar de verzekeraar degene is die een bepaald verzekeringsproduct heeft ontworpen, hij zich er niet gemakkelijk op kan beroepen niet te hebben begrepen dat bepaalde informatie noodzakelijk is voor goed begrip van (de wezenlijke bestanddelen van) de verzekering en daarom aan de verzekeringnemer moet worden verstrekt."

- 11.46 De CvB is naar eigen zeggen "*heel terughoudend*" met het aannemen van een aanvullende informatieverplichting van de verzekeraar.²⁹⁹ Uitgesloten is dat echter niet, zo blijkt uit een van de richtinggevende uitspraken van de CvB, waarin de CvB een aanvullende informatieplicht op grond van (de aanvullende werking van) de eisen van redelijkheid en billijkheid heeft aangenomen:³⁰⁰

"4.30. (...)

(...) Nu het Verzekeraar duidelijk moet zijn geweest dat er op zijn minst een gerede kans bestond dat Belanghebbende zich van het bijzondere risico niet bewust was en dat Belanghebbende de verzekering bij wetenschap van dat risico niet, althans niet in die vorm, zou willen sluiten, moet het Verzekeraar evenzeer duidelijk zijn geweest dat zij – voor zover dat al niet direct voortvloeide

uit artikel 2 lid 2 onder b en h Riav 1994 – op grond van (de aanvullende werking van) de eisen van redelijkheid en billijkheid gehouden was om Belanghebbende daarover informatie te verstrekken. Voor Verzekeraar moet een informatieverplichting als hier bedoeld ook daarom voldoende voorzienbaar worden geacht, omdat in de toelichting op Riav 1994 uitdrukkelijk aandacht is besteed aan de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Kortom, de verplichting om die informatie te verstrekken was voldoende voorspelbaar, waarmee ook het voldoen aan het vereiste van rechtszekerheid voldoende is gewaarborgd. Een aanvullende informatieverplichting blijft aldus binnen de grenzen die zijn omschreven in de uitspraak van 29 april 2015 van het Hof van Justitie.”

Het blijkt ook uit een uitspraak uit november 2020:³⁰¹

“3.2.14 In de hiervoor reeds genoemde uitspraak van 22 juni 2017 (zaak 2017-023A, nr. 4.30) heeft de Commissie van Beroep overwogen dat (...) waar de verzekeraar degene is die een bepaald verzekeringsproduct heeft ontworpen, hij zich er niet gemakkelijk op kan beroepen niet te hebben begrepen dat bepaalde informatie noodzakelijk is voor goed begrip van (de wezenlijke bestanddelen van) de verzekering en daarom aan de verzekeringnemer moet worden verstrekt. In aanvulling op de Riav kunnen er informatieverplichtingen bestaan die betrekking hebben op bijzondere risico's, wanneer informatie daarover in redelijkheid noodzakelijk is voor een goed begrip van (de wezenlijke bestanddelen van) de verzekering. Te denken valt aan het hiervoor reeds besproken bijzondere risico dat een verzekering voortijdig zou kunnen eindigen omdat de opgebouwde waarde onvoldoende is om nog langer de premies voor de dekking van het overlijdensrisico te voldoen. Wanneer zich een dergelijk welomschreven en concreet risico voordoet en het voor een verzekeraar duidelijk is dat er op zijn minst een gerede kans bestond dat een verzekeringnemer zich van dat bijzondere risico niet bewust was en dat verzekeringnemer de verzekering bij wetenschap van dat risico niet, althans niet in die vorm, zou willen sluiten, moet het een verzekeraar evenzeer duidelijk zijn dat hij op grond van (de aanvullende werking van) de redelijkheid en billijkheid gehouden was om verzekeringnemer daarover informatie te verstrekken.”

11.47 Van de vraag welke informatie verzekeraars verplicht zijn te verstrekken, moet volgens de CvB worden onderscheiden de vraag wat de verzekeraar met de consument is overeengekomen.³⁰² De CvB beoordeelt dan ook steeds, los van de sectorspecifieke regelgeving, of sprake is geweest van wilsovereenstemming.

11.48 Naar het oordeel van de CvB mag de verzekeraar een kostensoort slechts in rekening brengen indien daarover wilsovereenstemming heeft (kunnen) bestaan. Daarbij geldt dat uit de door de verzekeraar verstrekte informatie over het product moet zijn af te leiden welke kosten in rekening worden gebracht. Uitleg van een verzekeringsovereenkomst kan tot de slotsom leiden dat de wilsovereenstemming, die tussen partijen bij een verzekeringsovereenkomst is bereikt, geen betrekking heeft op een gegeven (bijvoorbeeld een bepaald type kosten) waaromtrent de verzekeraar op grond van de sectorspecifieke regelgeving geen melding zou hoeven te doen. Het bepaalde in de DLR staat daaraan volgens de CvB niet in de weg:³⁰³

“4.5 (...) Zo kan de regeling van de kosten in de betrokken verzekeringsovereenkomst zodanig zijn opgezet dat daaraan in redelijkheid de slotsom is te verbinden dat een niet genoemd type kosten in de verhouding tussen de bij die overeenkomst betrokken partijen als niet overeengekomen buiten aanmerking dient te worden gelaten. (...).”

En zeer recent:³⁰⁴

“5.52 Het gaat er in dit opzicht niet om of Verzekeraar heeft voldaan aan informatieverplichtingen die voortvloeien uit wettelijke of andere regels, of uit algemene beginselen. De vraag is of Consument ermee heeft ingestemd dat Verzekeraar de vergoeding voor kosten zou inhouden, althans of Verzekeraar redelijkerwijs mocht aannemen dat Consument ermee instemde. In dit

verband komt onder meer betekenis toe aan hetgeen Verzekeraar aan Consument heeft meegedeeld over het berekenen van kosten.

5.53 Een gemiddelde consument zal moeten begrijpen dat een Verzekeraar niet gratis producten zoals de onderhavige verzekering aanbiedt. Hij zal dus moeten begrijpen dat er kosten in rekening worden gebracht. Dat staat in dit geval ook in de offerte: de bruto premie bestond uit drie delen, waaronder een deel voor de door de maatschappij te betalen kosten. Maar deze wetenschap van Consument leverde Verzekeraar geen vrijbrief op om naar eigen goeddunken en zonder medeweten van de Consument willekeurig welk bedrag aan kosten in rekening te brengen.”

11.49 Het feit dat de consument heeft ingestemd met een bruto premie en netto voorbeeldkapitalen, betekent niet zonder meer dat de verzekeraar erop mocht vertrouwen dat hij ook akkoord was met alle daarin verwerkte kosten:³⁰⁵

“4.11 (...) Uit de omstandigheid dat Belanghebbende heeft ingestemd met een offerte waarin voorbeeldkapitalen zijn vermeld, valt niet een instemming van Belanghebbende met het in rekening brengen van eerste kosten af te leiden. Over de voorbeeldkapitalen wordt in de offerte immers slechts vermeld dat zij dienen om inzicht te verschaffen in de mogelijke opbrengst. Over de aard en de omvang van de kosten die bij de voorbeeldkapitalen een rol hebben gespeeld, wordt in de offerte niets vermeld. Verzekeraar mocht, louter op grond van de vermelding dat in de voorbeeldkapitalen “alle kosten” zijn verrekend, niet ervan uitgaan dat Belanghebbende, door in te stemmen met de offerte, ook heeft ingestemd met het in rekening brengen van andere kosten dan die welke in de polis en de verzekeringsvoorwaarden zijn vermeld.”

11.50 En:³⁰⁶

“5.13 Het beroep dat Verzekeraar doet op de voorbeeldkapitalen faalt eveneens. Over de aard en de omvang van de kosten die bij de voorbeeldkapitalen een rol hebben gespeeld, wordt in de offerte niets vermeld. Uit de omstandigheid dat Belanghebbende heeft ingestemd met een offerte waarin voorbeeldkapitalen zijn vermeld, valt niet een instemming van Belanghebbende met het in rekening brengen van andere kosten af te leiden. Verzekeraar mocht er daarom niet op vertrouwen dat Belanghebbende akkoord was met de in de voorbeeldkapitalen verwerkte kosten.

5.14 Op grond van het voorgaande moet worden aangenomen dat Verzekeraar in de gegeven omstandigheden niet gerechtvaardigd erop heeft kunnen en mogen vertrouwen dat Belanghebbende instemde met het in rekening brengen van andere kosten dan die voor beheer en administratie. Het is een keuze van Verzekeraar geweest om zich in de offerte en de verzekeringsvoorwaarden te beperken tot uiterst summiere informatie over de ten laste van Belanghebbende te brengen kosten en daarbij geen gewag te maken van andere kosten dan die van beheer en administratie. Verzekeraar behoort de gevolgen van die keuze te dragen. (...).”

11.51 Indien geen wilsovereenstemming over bepaalde kosten bestaat, moet de verzekeraar, zo heeft de CvB herhaaldelijk beslist, de ten onrechte in rekening gebrachte bedragen aan de waarde van de verzekering toevoegen.³⁰⁷

11.52 Ten aanzien van het hefboom- en inteereffect (randnummer 3.9, onder (iii), hiervoor) heeft de CvB geoordeeld dat dit effect bij *universal life* beleggingsverzekeringen ervoor kan zorgen dat, bij tegenvallende waardeontwikkeling, niet alleen de uitkering bij leven tegenvalt of zelfs nihil is, maar ook dat de verzekering voor de einddatum vervalst, waardoor bij vroegtijdig overlijden (vrijwel) geen uitkering wordt gedaan. Op dit laatste bijzondere risico – indien in het concrete geval aanwezig – hadden verzekeraars hun verzekeringnemers moeten wijzen, om te voorkomen dat sprake is van een tekortkoming in de bijzondere zorgplicht van civielrechtelijke aard.³⁰⁸ Buiten dit specifieke risico, bestaat volgens de CvB voor verzekeraars géén verplichting om verzekeringnemers (nadere) informatie te verschaffen in verband met het hefboom- en inteereffect:³⁰⁹

"4.52. (...) Evenmin ziet de Commissie van Beroep grond om het bestaan van een zodanige verplichting jegens Belanghebbenden aan te nemen op grond van de overweging (...) dat het hefboom- en inteereffect direct van invloed is op een wezenlijk bestanddeel van de aangeboden beleggingsverzekering. Daarmee zou de verplichting immers worden gebaseerd op algemene beginselen van Nederlands recht, neergelegd in open en/of ongeschreven regels die de precontractuele verhouding beheersen of betrekking hebben op een algemene of bijzondere zorgplicht, zonder dat – op goede gronden – is vastgesteld dat het bestaan van de verplichting met voldoende mate van voorspelbaarheid door Verzekeraar kon worden aangenomen (zoals vereist op grond van de uitspraak van het Hof van Justitie van 29 april 2015 (C-51/13, ECLI:EU:C:2015:286). (...)."

11.53 Er bestaat naar het oordeel van de CvB ook géén aparte waarschuwingsplicht voor tegenvallende (beleggings)resultaten, indien uit de door verzekeraars verstrekte informatie maar voldoende duidelijk blijkt dat met de ingelegde premie beleggingseenheden zouden worden aangekocht, de omvang van het eindkapitaal afhankelijk was van het resultaat van de beleggingen en er geen sprake was van een gegarandeerd eindkapitaal.³¹⁰ Volgens de CvB bestaat er ook géén waarschuwingsplicht voor het risico dat de opgebouwde waarde lager zou uitvallen dan door de consument beoogd, indien geen sprake is van een specifiek beleggingsdoel (zoals aflossing van een hypothecaire lening) en de consument bij de totstandkoming van de overeenkomst door een zelfstandige tussenpersoon is bijgestaan.³¹¹

11.54 De CvB toetst afzonderlijk of bepaalde bedingen als oneerlijke of onredelijk bezwarende bedingen in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen moeten worden aangemerkt.³¹² De CvB heeft een aantal malen kostenbedingen als gevolg van gebrekkige informatieverstrekking als onredelijk bezwarend aangemerkt.³¹³ In die gevallen had de verzekeraar onvoldoende duidelijkheid betracht over de totale hoogte van de aan de verzekering verbonden kosten en was ook de concrete werking van het mechanisme waarop de kostenbedingen betrekking hadden niet transparant. De beschikbaarheid van op indirecte transparantie gebaseerde voorbeeldrendementen en kapitalen maakte dit volgens de CvB niet anders:³¹⁴

"5.40 (...) Verzekeraar kon er, indien zij op eerlijke en billijke wijze had onderhandeld, redelijkerwijs niet van uitgaan dat Consument een dergelijk beding had aanvaard indien daarover afzonderlijk was onderhandeld (vgl. HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (Aziz). Immers, de omvang van deze kosten stond op voorhand niet vast en de vaststelling ervan is – eenzijdig – overgelaten aan Verzekeraar als gebruiker van het beding. Consument kon, zoals hiervoor overwogen, de omvang van deze kosten ook niet bepalen of inschatten aan de hand van op 'indirecte transparantie' gebaseerde offertes. Voorts staat tegenover de poliskosten (en de aanvullende administratiekosten), anders dan bijvoorbeeld het geval is bij de (fonds)beheerskosten, geen rechtstreekse tegenprestatie van Verzekeraar, terwijl deze kosten voorts het met de Verzekering behaalde resultaat voor Consument negatief hebben beïnvloed. Een verdere aanwijzing voor de oneerlijkheid van het beding over de poliskosten, als deel van de in de Voorwaarden opgenomen bedingen over de ten laste van de Verzekering komende kosten, vormt de omstandigheid dat in de aan Consument verstrekte waarde-overzichten (tot 2008) telkens een aanzienlijk deel van de totale kosten niet zichtbaar is gemaakt. Dit staat op gespannen voet met de belofte (onder het kopje 'open en openhartig') in de aan Consument verstrekte brochure – volgens Verzekeraar een vast onderdeel van de offerte en daarmee van de contractsdokumentatie – dat de overzichten een 'duidelijk inzicht' zouden geven in 'de berekening van de kosten voor benodigde dekking(en)'."

11.55 En:³¹⁵

"4.7.3 (...) Belanghebbenden hebben slechts kennis kunnen nemen van de hoogte van de poliskosten via nadien verstrekte overzichten. Daarmee hebben Belanghebbenden niet op basis van de overeenkomst de economische gevolgen van het beding kunnen inschatten die voor hen

daaruit voortvloeien. Evenmin heeft Verzekeraar de concrete werking van het mechanisme waarop het beding betrekking heeft op transparante wijze uiteengezet. Wat onder het begrip poliskosten valt wordt op geen enkele manier uiteengezet, noch wat de bepalende factoren zijn voor de hoogte van die kosten.”

- 11.56 Beroepen op dwaling heeft de CvB tot nu toe steeds afgewezen,³¹⁶ vaak met de overweging dat er geen aanwijzing is dat de consument voor een ander product zou hebben gekozen, als hij wél vooraf over de hoogte van de premie en/of kosten zou zijn geïnformeerd. Er kan daarom doorgaans niet worden gezegd dat de consument bij een juiste voorstelling van zaken de overeenkomst niet of niet op deze voorwaarden zou hebben gesloten en evenmin dat hij schade heeft geleden.³¹⁷ In andere uitspraken heeft de CvB het beroep op dwaling afgewezen, omdat het beding over de poliskosten reeds buiten toepassing werd gelaten wegens strijd met de Richtlijn oneerlijke bedingen en ontbreken van dat beding niet rechtvaardigde dat de verzekeringsovereenkomst op grond van dwaling algeheel zou worden vernietigd.³¹⁸

Slotsom: de feitenrechters zitten niet op één lijn

- 11.57 In deze paragraaf heb ik toegelicht dat in de Nederlandse jurisprudentie twee ‘richtingen’ zijn terug te vinden. Met het arrest *NN/Van Leeuwen* als basis – verplichtingen om aanvullende informatie te verstrekken kunnen ook worden gegrond op open en/of ongeschreven normen – wordt in de Nederlandse context niet eenduidig geoordeeld over de vraag of plaats is voor toetsing aan (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen op het gebied van informatieverstrekking, náást de sectorspecifieke regelgeving. Indien wordt geoordeeld dat die ruimte er wél is, verschilt men van mening over de vraag in hoeverre de (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen aan de eisen van art. 31 lid 3 DLR voldoen, zoals geformuleerd in *Axa Royale* en *NN/Van Leeuwen*. Ook is gebleken dat een deel van de rechtspraak (bewust of onbewust) geen eenduidige keuze maakt tussen de ene en de andere ‘richting’, waardoor op het gebied van informatieverstrekking deels wél afzonderlijk aan privaatrechtelijke normen wordt getoetst en deels niet. Het gevolg hiervan en van de onderlinge verdeeldheid binnen de feitenrechtspraak op het gebied van beleggingsverzekeringen is dat deze rechtspraak niet eenvoudig te duiden is.
- 11.58 Wel kan worden gezegd dat, net als in de literatuur (paragraaf 10 hiervoor), de eerste ‘richting’ in de rechtspraak – inhoudende dat naleving van sectorspecifieke informatieplichten meebrengt dat qua informatieverstrekking ook aan de privaatrechtelijke normen is voldaan – minder navolging vindt dan de tweede ‘richting’ in de rechtspraak, inhoudende dat privaatrechtelijke normen, ten opzichte van sectorspecifieke informatieplichten, levensverzekeraars kunnen verplichten tot het verstrekken van aanvullende informatie.
- 11.59 Ook de CvB heeft de tweede ‘richting’ gekozen en toetst derhalve afzonderlijk of, behalve aan de sectorspecifieke informatieplichten, op het gebied van informatieverstrekking aan (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen is voldaan. De CvB is, naar eigen zeggen, heel terughoudend met het aannemen van een aanvullende informatieverplichting voor de verzekeraar, maar acht een dergelijke verplichting niet onmogelijk. De CvB deinst er evenmin voor terug om te oordelen dat over bepaalde (kosten)bedingen géén wilsovereenstemming bestaat en/of sprake is van strijd met de Richtlijn oneerlijke bedingen. Ook acht het CvB het mogelijk dat een verzekeraar is tekortgeschoten in zijn bijzondere zorgplicht van civielrechtelijke aard, indien hij niet heeft gewaarschuwd voor bepaalde, specifieke risico’s.
- 11.60 Alles wat ik hiervoor heb uiteengezet over beleggingsverzekeringen (paragraaf 3), de achtergrond en ontwikkeling van de sectorspecifieke regelgeving (paragrafen 4 en 5), de aan de orde zijnde (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen (paragraaf 6), de arresten *Axa Royale* en *NN/Van Leeuwen* van het HvJ (paragrafen 8 en 9), de stand van zaken in de literatuur (paragraaf 10) en de stand van zaken in de rechtspraak (paragraaf 11), dient als basis voor de uiteindelijke beantwoording van de prejudiciële vragen (paragrafen 14-17). Voordat ik daaraan

toekom, ga ik echter eerst nog in op de procedure die aanleiding is geweest voor het stellen van de onderhavige prejudiciële vragen: de procedure in feitelijke instanties tussen de Vereniging en NN (paragraaf 12) en de standpunten van partijen en de 'insprekende' derden in deze prejudiciële procedure (paragraaf 13).

12 Vereniging/NN: de feiten en het procesverloop in feitelijke instanties

Feiten

12.1 Er kan in deze prejudiciële procedure van de volgende feiten worden uitgegaan.³¹⁹

12.2 Op 6 maart 2012 is de Vereniging opgericht. Uit haar statuten blijkt dat zij als doel heeft om de belangen te behartigen van personen die door woekerpolissen schade hebben geleden. Het zal inmiddels duidelijk zijn dat de Vereniging met 'woekerpolissen', een term die in 2006 door het consumentenprogramma Radar is geïntroduceerd (randnummer 2.4 hiervoor), onder meer doelt op beleggingsverzekeringen.

12.3 Vanaf de tweede helft van 1992 tot eind 2008 heeft NN beleggingsverzekeringen aan particulieren verkocht. De verzekeringen waar het in feitelijke instanties om gaat, dragen het etiket Flexibel Verzekerd Beleggen (hierna: de 'FVB-verzekeringen'). Deze verzekeringen werken volgens het *universal life* principe (randnummer 3.5, onder (iii), hiervoor).

12.4 In 2012 heeft NN, naar aanleiding van de Aanbeveling OFD (randnummers 4.95 e.v. hiervoor), een tegemoetkomingsregeling getroffen. Daarin is een maximaal kostenpercentage, variërend van 2,45% tot 3,50%, vastgesteld voor beleggingsverzekeringen. Als een verzekeraar voor een beleggingsverzekering méér kosten heeft ingehouden dan toegestaan op grond van het maximale kostenpercentage, komt de verzekerde in aanmerking voor een vergoeding. In de tegemoetkomingsregeling staat dat ongeveer de helft van de door NN afgesloten beleggingsverzekeringen aan de daarin afgesproken kostennormen voldoet.

Procesverloop in eerste aanleg

12.5 Op 19 december 2013 heeft de Vereniging op de voet van art. 3:305a BW (oud) een collectieve procedure tegen NN bij de rechtbank Rotterdam aanhangig gemaakt. De Vereniging heeft onder meer een groot aantal verklaringen voor recht gevorderd, die betrekking hebben op de FVB-verzekeringen die NN tussen 1992 en eind 2008 heeft verkocht.

12.6 De Vereniging verwijt NN, kort gezegd en onder meer, dat (i) de FVB-verzekeringen gebrekkig zijn, (ii) NN onvoldoende heeft gewaarschuwd voor enkele risicovolle eigenschappen van de FVB-verzekeringen, (iii) NN haar klanten onvoldoende heeft geïnformeerd over de kosten die zij op de (bruto) premie inhield en over de effecten daarvan op de opbouw van vermogen en (iv) NN kosten heeft ingehouden die niet waren overeengekomen.³²⁰

12.7 Bij eindvonnis van 19 juli 2017 heeft de rechtbank de vorderingen van de Vereniging afgewezen.³²¹ De rechtbank heeft daarbij de eerste 'richting' uit de rechtspraak gevolgd (randnummers 11.5 e.v. hiervoor) en is als het ware in zes stappen tot haar oordeel gekomen.

12.8 De rechtbank heeft als eerste stap beoordeeld welke sectorspecifieke informatieverplichtingen op NN rustten (rov. 4.7.-4.13.). De rechtbank is daarbij ingegaan op de DLR, de RIAV 1994, de RIAV 1998 en het arrest *NN/Van Leeuwen* van het HvJ EU. De rechtbank heeft in dit verband overwogen dat de omstandigheid dat de Nederlandse wetgever de gegevens genoemd in art. 2 lid 2, onder q., r. en s., RIAV 1998 (randnummers 4.41 e.v. hiervoor) pas met ingang van 1 januari 1999 nodig vond voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de wezenlijke bestanddelen van de verbintenis, op zichzelf nog niet maakt dat art. 31 lid 3 DLR in de weg staat aan een

nationaalrechtelijke verplichting om méér informatie te verschaffen (rov. 4.13.).

12.9 De rechtbank heeft als tweede stap beoordeeld of Nederlandse open en/of ongeschreven normen meebrachten dat NN was gehouden om de gegevens genoemd in art. 2 lid 2, onder q., r. en s., RIAV 1998 reeds vóór de inwerkingtreding van die regeling te verstrekken (rov. 4.14.-4.25.). Naar het oordeel van de rechtbank was dat niet het geval.

12.10 Volgens de rechtbank moet bij de beoordeling rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, maar komt het met name aan op de destijds geldende algemene maatschappelijke opvattingen:

"4.15. De hier in aanmerking komende open en/of ongeschreven rechtsregels zijn de regels van Nederlands recht die betrekking hebben op de precontractuele goede trouw, dat wil zeggen de redelijkheid en billijkheid die partijen tegenover elkaar in acht moeten nemen in de fase voordat de overeenkomst (de beleggingsverzekering) gesloten wordt. Die regels brengen mee dat rekening gehouden moet worden met alle omstandigheden, in het bijzonder met de aard van de te sluiten overeenkomst – hier: een complex product, de beleggingsverzekering –, de positie van partijen jegens elkaar – hier: een consument (bijgestaan door een tussenpersoon) tegenover een professionele verzekeraar – en de ten tijde van het sluiten van de overeenkomst algemeen in de samenleving geldende opvattingen omtrent hetgeen een behoorlijk en zorgvuldig verzekeraar aan informatie over zijn product aan de verzekeringnemer in spe dient te verschaffen. (Er kunnen ook uitzonderlijke omstandigheden zijn, die in een bepaald individueel geval van groot belang zijn; de aard van deze procedure op basis van art. 3:305a BW brengt mee dat daarvan hier geabstraheerd moet worden. Deze toets ziet dus slechts op hetgeen in algemene zin geldt, voor de doorsnee situatie en voormelde gemiddelde verzekeringnemer).

4.16. De eerste twee aspecten zijn ook in de Derde Levensrichtlijn onder ogen gezien en hebben een rol gespeeld bij de samenstelling van bijlage II bij die richtlijn; de aanvullende rol die de redelijkheid en billijkheid kunnen vervullen is daardoor geringer dan wanneer dergelijke regelgeving had ontbroken.

4.17. Het komt dus met name neer op het derde aspect, de algemene maatschappelijke opvattingen ten tijde van de totstandkoming van de onderhavige overeenkomsten. Daarbij wordt voorop gesteld dat die opvattingen in Nederland inhielden dat de contractsvrijheid uitgangspunt was; de aanvaardbaarheid van de verhouding tussen de prijs en de waarde van het product beleggingsverzekering was aan de vrije bepaling van partijen.

Daarnaast verdient opmerking dat de maatschappelijke opvattingen aan verandering onderhevig zijn, zodat de huidige opvattingen niet gelijk hoeven te zijn aan de opvattingen van destijds. Bedoelde algemene open en ongeschreven Nederlandse rechtsregels voorzien in een toets aan de maatschappelijke opvattingen die golden ten tijde van het sluiten van de overeenkomsten. Partijen moesten daar immers toen hun gedrag op afstemmen."

12.11 Naar het oordeel van de rechtbank was in de periode van 1992 tot 1 januari 1997 (de datum van inwerkingtreding van de CRR 1996, randnummer 4.24 hiervoor) de heersende opvatting in Nederland dat indirecte transparantie (randnummer 4.46 hiervoor) voldoende was om de consument in staat te stellen om de wezenlijke bestanddelen van de verzekering te doorgronden. De precontractuele eisen van redelijkheid en billijkheid brachten volgens de rechtbank dus in het algemeen niet mee dat NN méér informatie diende te verschaffen dan was voorgeschreven in de toen geldende wetgeving (de RIAV 1994):

"4.18. De maatschappelijke opvattingen over een onderwerp als dit kunnen mede worden afgeleid uit de uitspraken van regering en parlement. Tot 31 december 1996 werd door de Nederlandse wetgever voldoende gevonden dat informatie werd verstrekt over de bruto premie en de uitkering waartoe de verzekeraar zich verplichtte. Volgens de minister van Financiën waren verzekeraars

niet verplicht om inzicht te geven in de kostenstructuur (Kamerstukken Tweede Kamer 1995-1996, 24456 nr. 12, p. 16-17). De consument hoefde slechts op indirecte wijze te worden geïnformeerd over de kosten van het product, namelijk door het verwerken van de kosten in netto voorbeeldkapitalen.

4.19. De rechtbank ziet die uitspraken van de minister en de omstandigheid dat daarvan in het parlement geen afstand werd genomen als neerslag van de destijds heersende opvatting dat indirecte transparantie voldoende was en de consument in staat stelde om de wezenlijke bestanddelen van het product goed te doorgronden. Aanwijzingen voor de gedachte dat de algemene heersende opvatting destijds anders luidde, ontbreken. De Vereniging heeft op dat punt ook niets concreets gesteld. In het bijzonder is in die periode, anders dan later het geval was, geen sprake van in het publieke debat (al dan niet via de media) door belangenorganisaties en/of individuele consument-verzekeringnemers ingenomen standpunten in andere zin. Inhoudelijk is de door de minister aangehangen indirecte transparantie op het eerste oog voor een consument die snel een beeld wil hebben van wat hij/zij kan verwachten ook niet een ongeschikt middel om dat te bereiken. De voorbeeldkapitalen geven snel en voor elk opleidingsniveau inzichtelijk een dergelijk beeld. Dat de minister daarmee meende dat voldoende inzicht werd verschaft is dan ook niet onbegrijpelijk. De omstandigheid dat daarover thans (en ook na 1 januari 1997) anders wordt en werd gedacht doet daaraan niet af; dat is mede het gevolg van inmiddels opgedane maar toen nog niet beschikbare ervaringen met het product, toen niet voorziene ontwikkelingen op de effectenbeurzen en gewijzigde omstandigheden op maatschappelijk en economisch vlak.

4.20. Dat betekent dat de precontractuele eisen van redelijkheid en billijkheid, in het licht van de wijze waarop de Derde levensrichtlijn in de RIAV 1994 was geïmplementeerd en de maatschappelijke opvattingen van destijds, in het algemeen niet meebrachten dat verzekeraars als NN meer informatie dienden te verschaffen dan de toen geldende wetgeving meebracht. Er zijn geen regels van ongeschreven recht en/of open normen aan te wijzen op grond waarvan de verzekeringnemers meer informatie konden verwachten. Aan de vraag of dergelijke regels verzekeraars in staat stelden om met voldoende mate van voorspelbaarheid vast te stellen wat moest worden meegedeeld (vgl. NN/Van Leeuwen, r.o. 29) komt de rechtbank dus niet toe."

12.12 Vanaf eind 1996 zijn volgens de rechtbank de maatschappelijke opvattingen gewijzigd (rov. 4.21. en 4.22.). De rechtbank heeft gewezen op de invoering van de CRR 1996 (randnummers 4.24 e.v. hiervoor) en het onderzoeksrapport van de Verzekeringskamer (randnummers 4.32 e.v. hiervoor). Naar het oordeel van de rechtbank liep de verzekeringsbranche met de CRR 1996 vooruit op de RIAV 1998 en was NN derhalve vanaf de inwerkingtreding van de CRR 1996 (op 1 januari 1997) gehouden om de informatie genoemd in art. 2 lid 2, onder q., r. en s., RIAV 1998 aan verzekeringnemers te verstrekken:

"4.23. De rechtbank concludeert uit het voorgaande dat de verzekeringsbranche met zelfregulering via de CRR 1996 uiting heeft gegeven aan de op dat moment gewijzigde maatschappelijke opvatting over de vereiste informatieverstrekking. Met die zelfregulering liep de branche in wezen vooruit op de RIAV 1998, met name de onder artikel 2 lid 2 sub q, r en s RIAV 1998 bedoelde informatie, die onder die gewijzigde opvattingen als "noodzakelijk" in de zin van artikel 31 lid 3 Derde levensrichtlijn werd beschouwd.

Tegen deze achtergrond is de rechtbank van oordeel dat verzekeraars als NN vanaf eind 1996 gehouden waren om, vooruitlopend op de inwerkingtreding van de RIAV 1998, vanaf de inwerkingtreding van de CRR 1996 de informatie als bedoeld in artikel 2 lid 2 onder q, r en s aan de consumenten te verstrekken. Daarbij neemt de rechtbank in aanmerking dat de verzekeraar als geen ander zijn eigen product kent, zodat de verzekeraar in staat is te beoordelen welke productkenmerken extra informatie rechtvaardigen (vgl. NN/Van Leeuwen r.o. 30)."

12.13 Volgens de rechtbank kunnen uit "de algemene eisen van precontractuele redelijkheid en billijkheid" echter geen aanvullende informatieverplichtingen voortvloeien. Laat staan dat zulke eventuele

aanvullende verplichtingen aan de eisen uit het arrest *NN/Van Leeuwen* voldoen. De rechtbank heeft erop gewezen dat de wetgever pas in 2008 (met de wijziging van het Bgfo Wft, randnummers 4.92 e.v. hiervoor) de verplichting heeft geïntroduceerd om opgave te doen van diverse kostensoorten en dat er géén ruimte is voor doorwerking van deze voorschriften naar de jaren daarvoor:

“RIAV 1998

4.24. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de RIAV 1998 blijkt dat de wetgever uitdrukkelijk het systeem van indirecte transparantie van kosten heeft gehandhaafd. De verzekeraars dienden inzicht in de invloed van kosten en risicopremie te verschaffen door het vermelden van netto eindkapitalen (rekenvoorbeelden). Nu de RIAV 1998 tot stand is gekomen na consultatie van onder meer het Verbond van Verzekeraars, de Consumentenbond, de PVK [de Verzekeringskamer, A-G] en de Ombudsman Levensverzekering, terwijl daarover ook in het parlement is gesproken, dient te worden geconcludeerd dat de norm die inhoudt dat de verzekeraar met deze indirecte transparantie van kosten voldoende en juiste informatie verstrekt aan de verzekeringnemers, destijds breed gedragen werd. Naar het oordeel van de rechtbank zijn de algemene eisen van precontractuele redelijkheid en billijkheid die de verhouding tussen verzekeraar en aspirant-verzekeringnemer beheersen daarmee verdisconteerd in de RIAV 1998 en kunnen uit die algemene eisen geen aanvullende informatieverplichtingen voortvloeien, laat staan dat eventuele aanvullende verplichtingen voldoen aan de uit het *NN/Van Leeuwen*-arrest (r.o. 29) voortvloeiende vereisten van, met name, rechtszekerheid en voorspelbaarheid. De omstandigheid dat de voorschriften voor informatieverstrekking over beleggingsverzekeringen door de jaren heen zijn aangescherpt en de in de maatschappij levende inzichten daarover zijn gewijzigd, doet aan het bovenstaande niet af. De door de rechtbank aan te leggen toets is, zoals reeds werd overwogen, niet die van de thans geldende normen, maar die van de destijds geldende normen.

Bgfo

4.25. Pas in 2008 heeft de wetgever (...) de verplichting geïntroduceerd om opgave te doen van de hoogte en verrekeningswijze van (voorgeschreven) kostensoorten en de hoogte van de risicopremie voor de overlijdensrisicodekking in de eerste maand omdat deze fluctueert. Blijkens de wetsgeschiedenis had de wijziging van het Bgfo 2007 tot doel “(...) *ervoor te zorgen dat verzekeraars meer en beter inzicht bieden in de diverse kostensoorten bij beleggingsverzekeringen. Dat inzicht is van belang omdat de kosten die op de premie en op de beleggingen worden ingebonden mede bepalend zijn voor de opbouw van het verzekerd kapitaal en uiteindelijk voor de hoogte van de uitkering op de einddatum (...)*” (Staatsblad 2007, 520). Nu de beleggingsverzekeringen die onderwerp zijn van deze procedure kennelijk (vrijwel) alle voor de inwerkingtreding van het Bgfo zijn gesloten en de Vereniging over deze regeling geen concrete standpunten heeft ingenomen gaat de rechtbank ervan uit dat het Bgfo voor de beoordeling van de vorderingen niet van belang is. Uit het voorgaande vloeit voort dat van doorwerking van de in de [lees: het, A-G] Bgfo neergelegde voorschriften naar de jaren daarvoor geen ruimte is.”

12.14 Met als vertrekpunt dat uit “*de algemene eisen van precontractuele redelijkheid en billijkheid*” géén aanvullende informatieplichten voor verzekeraars voortvloeien (stap twee), heeft de rechtbank als derde stap beoordeeld of NN heeft gehandeld overeenkomstig de op haar rustende sectorspecifieke informatieverplichtingen (rov. 4.26.-4.43.). Naar het oordeel van de rechtbank heeft NN steeds conform deze informatieverplichtingen gehandeld.

12.15 Vervolgens heeft de rechtbank als vierde stap in haar beoordeling van de vorderingen van de Vereniging een viertal risico’s beoordeeld die aan beleggingsverzekeringen kunnen zijn verbonden (randnummer 3.9 hiervoor). Naar het oordeel van de rechtbank zijn het *crash*risico, het fata morgana-effect en het hefboom- en inteereffect algemene beleggingsrisico’s en geen bijzondere risico’s waarover NN haar verzekeringnemers specifiek had moeten informeren (rov. 4.45.-4.56.). Ten aanzien van het risico op *churning* heeft de rechtbank geoordeeld dat misbruik in de vorm van *churning* mogelijk is en een wanprestatie of onrechtmatige daad zou kunnen opleveren, maar dat

de Vereniging niet behoorlijk heeft toegelicht en onderbouwd dat NN zich aan *churning* schuldig heeft gemaakt (rov. 4.57.-4.60.).

12.16 Als vijfde stap heeft de rechtbank beoordeeld of een tweetal bedingen in de door NN gehanteerde Voorwaarden voor Verzekeringen (hierna: de 'VvV') oneerlijke bedingen zijn in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen en op grond van art. 6:233 BW moeten worden vernietigd. Het eerste beding (artikel 3D lid 1 VvV) heeft betrekking op het in rekening brengen van administratie- en beheerkosten en de overlijdensrisicopremie. Volgens de Vereniging is dit beding oneerlijk, omdat onduidelijkheid over de hoogte van de premie bestaat en NN hierover geen informatie heeft verschaft (rov. 4.70.). Het tweede beding (artikel 14 lid 2 VvV) bevat een regeling voor de verrekening van kosten bij tussentijdse afkoop en premievrijmaking van de verzekering. De Vereniging acht dit beding oneerlijk, omdat NN bij tussentijdse afkoop kosten en inhoudingen in mindering bracht op het opgebouwde vermogen en de verzekeringnemer dit op basis van de informatie die hem was verschaft niet behoefde te verwachten (rov. 4.76.).

12.17 Ten aanzien van het eerste beding (artikel 3D lid 1 VvV) moet volgens de rechtbank in algemene zin worden geoordeeld dat NN aan de uit de DLR voortvloeiende informatieverplichtingen heeft voldaan (stap drie, randnummer 12.14 hiervoor), waardoor niet tegelijkertijd kan worden geoordeeld dat NN in strijd heeft gehandeld met de Richtlijn oneerlijke bedingen. Ten overvloede heeft de rechtbank geoordeeld dat van een ernstige verstoring van het evenwicht tussen NN en de consument ook geen sprake is, nu NN de consument naar de destijds geldende maatstaven in voldoende mate heeft geïnformeerd:

"4.73. De Derde levensrichtlijn beoogt onder meer de minimumvoorschriften binnen de Unie te coördineren, zodat de consument duidelijke en nauwkeurige informatie ontvangt over de wezenlijke kenmerken van de hem aangeboden verzekeringsproducten (vgl punt 23 van de considerans van de Derde levensrichtlijn) en strekt dus mede tot bescherming van de consument. Wat betreft consumentenbescherming overlappen Richtlijn 93/13 en de Derde levensrichtlijn, die beide zijn geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving, elkaar dus. Waar in algemene zin geoordeeld moet worden, zoals hier, dat NN zich heeft gehouden aan de op haar rustende informatieverplichtingen uit hoofde van de Derde levensrichtlijn, en in zoverre dus de consument volgens het destijds geldende, voor het specifieke gebied van de levensverzekering geschreven, communautaire recht geacht moet worden voldoende te zijn beschermd, kan naar het oordeel van de rechtbank niet tegelijkertijd omtrent dezelfde contractuele bepalingen geoordeeld worden dat NN niettemin heeft gehandeld in strijd met Richtlijn 93/13, waarvan het gevolg zou zijn dat de consument juist niet voldoende is beschermd. Een materiële toetsing leidt niet tot een andere conclusie: van een ernstige verstoring van het evenwicht tussen de verzekeraar en de consument is geen sprake waar, zoals hier, geoordeeld moet worden dat de verzekeraar de consument naar de destijds geldende maatstaven in voldoende mate heeft geïnformeerd."

12.18 In individuele gevallen zou volgens de rechtbank, afhankelijk van de omstandigheden, wel kunnen worden geoordeeld dat het beding oneerlijk is en dus moet worden vernietigd (rov. 4.75.). Voor een dergelijke individuele beoordeling is in de collectieve procedure tussen de Vereniging en NN echter geen plaats.

12.19 Het tweede beding (artikel 14 lid 2 VvV) gaat naar het oordeel van de rechtbank niet om het verstrekken van informatie zoals bedoeld in de DLR. Hetgeen ten aanzien van het eerste beding is geoordeeld, geldt derhalve niet voor het tweede beding. Volgens de rechtbank verschilt het echter per individueel geval of en in hoeverre NN bij tussentijdse afkoop of premievrijmaking van de verzekering kosten en inhoudingen in mindering heeft gebracht. Daarom kan naar het oordeel van de rechtbank in de collectieve procedure tussen de Vereniging en NN niet worden gezegd dat artikel 14 lid 2 VvV in algemene zin oneerlijk is. Dit geldt volgens de rechtbank eveneens voor eventuele andere, ambtshalve te toetsen bepalingen (rov. 4.78.).

12.20 Als zesde stap heeft de rechtbank beoordeeld of NN tot 1 juli 2002 diverse kosten³²² heeft

ingehouden zonder dat daarvoor een contractuele grondslag en dus wilsovereenstemming bestond. Naar het oordeel van de rechtbank is ook dat niet het geval. De kosten in kwestie waren volgens de rechtbank verdisconteerd in de voorbeeldkapitalen (indirecte transparantie). Bovendien bleek duidelijk uit de verzekeringsstukken *dat* NN kosten en risicopremies in rekening zou brengen. De rechtbank heeft daarom geoordeeld dat in het kader van de collectieve actie niet is komen vast te staan dat NN de kosten zonder contractuele grondslag heeft ingehouden (rov. 4.81.-4.91.). Daarmee is volgens de rechtbank echter nog niets beslist over *de hoogte* of *de redelijkheid* van die kosten:

“4.91. (...) Ter zake van de hoogte van de in rekening gebrachte kosten zou mogelijk sprake kunnen zijn van een leemte in de diverse verzekeringsovereenkomsten die in overeenstemming met de eisen van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW) zal moeten worden ingevuld door het bepalen van een redelijke hoogte daarvan (vgl het arrest van het gerechtshof te Amsterdam in de collectieve actie van Stichting Koersplandewegkwijt van 26 juli 2011 (ECLI:NL:GHAMS:2011:BR2836), en het daarna in die zaak gewezen arrest van 14 juni 2013 van de Hoge Raad.(ECLI:NL:HR:2013:BZ3749) alsmede het reeds genoemde vonnis van de rechtbank Den Haag van 28 juni 2017 (ECLI:NL:RBDHA:2017:7072).). In deze zaak is echter het debat tussen partijen over de invulling van die leemte niet althans in volstrekt onvoldoende mate gevoerd, nog daargelaten de vraag in hoeverre de onderhavige collectieve actie zich leent voor invulling van die leemte.”

12.21 Op basis van het voorgaande heeft de rechtbank de vorderingen van de Vereniging afgewezen (rov. 5.1.).

Procesverloop in hoger beroep

12.22 De Vereniging is bij het hof Den Haag in hoger beroep gekomen van het vonnis van 19 juli 2017 van de rechtbank.³²³ De Vereniging heeft haar eis vermeerderd, maar haar vorderingen zijn grotendeels gelijk gebleven (randnummer 12.5 hiervoor).³²⁴ De (hoofd)verwijten die de Vereniging NN maakt, zijn in hoger beroep ook grotendeels gelijk gebleven (randnummer 12.6 hiervoor):³²⁵

- (i) NN heeft kosten ingehouden die contractueel niet zijn overeengekomen;
- (ii) NN heeft haar verzekeringnemers niet, althans onvoldoende, geïnformeerd over en/of gewaarschuwd voor bepaalde risico's; en
- (iii) NN heeft haar verzekeringnemers niet, althans onvoldoende, geïnformeerd over de hoogte van de kosten en de gevolgen van die kosten op het op te bouwen vermogen.

12.23 Het hof heeft in zijn tussenarrest van 31 maart 2020,³²⁶ zoals aangepast en aangevuld bij zijn arrest van 23 februari 2021,³²⁷ het twistpunt beschreven dat ook in deze prejudiciële procedure centraal staat, namelijk de vraag of de sectorspecifieke informatieplichten de (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen inkleuren in die zin dat als de sectorspecifieke informatieplichten zijn nageleefd, ook de (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen (qua informatieverstrekking) niet zijn geschonden:

“13.4 Deze verwijten en grieven stellen de vraag aan de orde of de specifieke informatieplichten die de Derde Levensrichtlijn en haar uitwerkingen in RIAV 1994, RIAV 1998, Wfd en Bfd op de levensverzekeraar leggen (en die hiervoor wel als indirecte transparantie zijn aangeduid) andere open normen – zoals die uit de Richtlijn oneerlijke bedingen 93/13 en de daarin neergelegde transparantie-eis en nationale privaatrechtelijke (open) normen als wilsovereenstemming en de zorgplicht – inkleuren in die zin dat als wordt voldaan aan de (informatie)verplichtingen die voortvloeien uit de Derde Levensrichtlijn en bedoelde uitwerkingen daarmee in het algemeen (i) ook sprake is van wilsovereenstemming, althans dat de levensverzekeraar daarvan mocht uitgaan, (ii) geen sprake is van oneerlijke bedingen en (iii) voldaan is aan de op de verzekeraar rustende zorgplicht.”

12.24 In overleg met partijen heeft het hof besloten om prejudiciële vragen aan Uw Raad te stellen. In het arrest van 23 februari 2021 heeft het hof overwogen dat het doel daarvan is om duidelijkheid te krijgen over het toetsingskader, niet om een concrete toetsing te verrichten:

“3.2 (...) [Het] is de bedoeling van de vragen aan de Hoge Raad om duidelijkheid te krijgen over het toetsingskader. Aan de hand daarvan kunnen dan in de rechtspraak de door partijen aan de orde gestelde problemen worden getoetst. In die fase kunnen ook de op een concrete zaak betrekking hebbende omstandigheden worden meegewogen en kunnen allerlei onderwerpen aan die criteria worden getoetst. Daaronder kunnen ook het fata-morgana-effect, het crash-risico en het hefboom-/inteeffect vallen. Of dat daadwerkelijk kan, is uiteraard ook afhankelijk van de inhoud en de strekking van de door de Hoge Raad aan te reiken criteria. Het heeft geen zin om op de antwoorden vooruit te lopen door nu al een aantal twistpunten buiten de invloedssfeer van de criteria te plaatsen.”

12.25 Het hof heeft de vraagstelling aan Uw Raad niet tot FVB-verzekeringen beperkt:

“4.4 Het feit dat het gaat om het geven van een toetsingskader betekent ook dat er geen reden is om de vraagstelling te verengen tot de FVB-beleggingsverzekeringen. De specifieke omstandigheden van die verzekering kunnen naderhand, bij de toetsing aan de door de Hoge Raad gegeven criteria, gevoeglijk worden meegewogen.”

12.26 Het hof heeft, nadat de Vereniging en NN zich over de door het hof voorgestelde prejudiciële vragen hadden uitgelaten, geen aanleiding gezien de vraagstelling aan Uw Raad aan te passen:

“12.2 NN acht vraag 1 niet duidelijk. Daaruit zou volgens haar (bij vluchtige lezing) kunnen worden afgeleid dat de vraag is of in het algemeen naast de Derde Levensrichtlijn ruimte bestaat voor toepassing van de in de vraag genoemde privaatrechtelijke leerstukken, welke vraag (ook) door NN bevestigend wordt beantwoord.

12.3 Zoals NN zelf (...) aangeeft, is haar standpunt dat de (implementatie van de) Derde Levensrichtlijn de genoemde privaatrechtelijke leerstukken inkadert en inkleurt. Dat wordt aldus uitgewerkt dat NN door te voldoen aan de (implementatie van de) Derde Levensrichtlijn en de daarop gebaseerde regelgeving, die indirecte transparantie (door het geven van rekenvoorbeelden) voorschrijven, aan alle normen, ook de genoemde privaatrechtelijke leerstukken heeft voldaan. Met andere woorden volgens NN, zoals haar standpunt wordt begrepen, kleuren de Derde Levensrichtlijn en de daarop gebaseerde regelgeving de ongeschreven normen in het privaatrecht dusdanig in, dat geen of weinig ruimte meer bestaat voor een afzonderlijke invulling daarvan. Of zoals de Rotterdamse rechtbank het omschreef: “De aanvullende rol die de redelijkheid en billijkheid kunnen vervullen is daardoor (de (wijze van totstandkoming van de) Derde Richtlijn en de daarbij in aanmerking genomen belangen) geringer dan wanneer dergelijke regelgeving had ontbroken.” Eenzelfde positie kiest NN bij de invulling van de transparantie-eis en de onredelijke bezwarendheid van bepaalde bedingen (...). Ook deze leerstukken worden door haar zodanig ingekleurd door de (door haar gevolgde) regelgeving dat weinig ruimte bestaat voor een afzonderlijke rol van deze instrumenten voor controle van algemene voorwaarden.

Het is juist hierover dat een vraag aan de Hoge Raad wordt gesteld. Zo bezien is de vraagstelling juist.

12.4 (...)

12.5 (...) [Er] wordt niet overgegaan tot aanpassing van vraag 2.

12.6 Ten slotte wil NN de vraag over de oneerlijke / onredelijk bezwarende bedingen uit vraag 1 halen en overbrengen naar een aparte vraag 3.

12.7 Dat wordt niet strikt nodig geacht, omdat aan de Hoge Raad geen concrete toetsing wordt verzocht, maar de beantwoording van de vraag hoe de bij deze leerstukken gehanteerde criteria (transparantie, onredelijk bezwarendheid, oneerlijkheid) moeten worden ingevuld. Het wordt verder aan de Hoge Raad overgelaten of hij bij de beantwoording van de vraag wil ingaan op de door NN gedane suggestie.”

12.27 Als achtergrondinformatie voor Uw Raad heeft het hof op de uiteenlopende feitenrechtspraak gewezen:

“14.2 Als achtergrondinformatie voor de Hoge Raad wordt nog toegevoegd dat over het antwoord op de onderstaande vragen, als ook over de weg er naar toe, in de ‘lagere’ rechtspraak verschillend wordt gedacht. De rechtbank Rotterdam heeft in haar uitspraak waarop dit hoger beroep is ingesteld, beslist in de door NN voorgestane zin. Eenzelfde beslissing is – voor de periode 1988-1998 – genomen door het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (29 januari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:813). In een latere uitspraak heeft de rechtbank Rotterdam (ondanks het feit dat aan de op dat moment geldende regelgeving is voldaan die ertoe strekte dat indirecte transparantie volstond) partijen in de gelegenheid (...) gesteld om zich uit te laten over de vraag of er wilsovereenstemming is omtrent een aantal kosten (Rechtbank Rotterdam 29 maart 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:2350). Bij het eindvonnis (Rechtbank Rotterdam 29 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6762) is de rechtbank vervolgens tot het eindoordeel gekomen dat over die kosten wilsovereenstemming is bereikt. Rechtbank Den Haag besliste dat indirecte transparantie volstaat, maar dat er op de verzekeraar wel een bijzondere zorgplicht rust en dat een deel van de kosten niet is overeengekomen (Rechtbank Den Haag 28 juni 2017; ECLI:NL:RBDHA:2017:7072). Ook Rechtbank Midden-Nederland is van oordeel dat de verzekeraar een bijzondere zorgplicht heeft, maar komt tot de conclusie dat de verzekeraar daaraan grotendeels heeft voldaan (Rechtbank Midden-Nederland 6 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:307). Rechtbank Noord-Holland oordeelde dat naast de regelgeving ruimte bestaat om aanvullende eisen te stellen aan de informatieverstrekking, maar achtte een voorbeeldberekening voldoende ter aanduiding van de kosten. Wel oordeelde dit college dat de bedingen over bepaalde kosten oneerlijk waren in de zin van Richtlijn oneerlijke bedingen 93/13 (Rechtbank Noord-Holland, 20 december 2017; ECLI:NL:RBNHO:2017:10528). Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch (2 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1875) en gerechtshof Den Haag (15 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1624). toetsten of sprake was van een oneerlijk beding. Dat is ook de lijn die het KIFID recent volgt (Commissie van Beroep KIFID 4 februari 2019, 2019-007 en 3 april 2019, 2019-012).

Zie voorts nog Rechtbank Midden-Nederland 11 maart 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:905, Rechtbank Rotterdam op 22 april 2020 ECLI:NL:RBROT:2020:3740, Rechtbank Gelderland op 24 juni 2020 ECLI:NL:RBGEL:2020:3039 en Rechtbank Rotterdam op 29 juli 2020 ECLI:NL:RBROT:2020:6762.”

12.28 Dit alles heeft het hof, zoals gezegd in de inleiding (randnummer 1.6 hiervoor), gebracht tot de volgende prejudiciële vragen aan Uw Raad:

“1. Brengt naleving door een verzekeraar van de in de Derde Levensrichtlijn en in de nationale uitwerkingen daarvan in RIAV 1994 en RIAV 1998 neergelegde (toezichtrechtelijke) informatieplichten mee dat deze verzekeraar in het algemeen (specifieke op een bepaald persoon betrekking hebbende bijzonderheden daargelaten die er in deze 3:305a BW-procedure niet toe doen) daarmee (ook) aan zijn (privaatrechtelijke) verplichtingen heeft voldaan die onder meer voortvloeien uit Europese privaatrechtelijke (open) normen zoals met name de Richtlijn oneerlijke bedingen 93/13 en de daarin neergelegde transparantie-eis en aan nationale privaatrechtelijke (open) normen, zoals wilsovereenstemming, onredelijk bezwarende bedingen in de zin van artikel 6:233 e.v. BW, de geïmplementeerde transparantie-eis in artikel 6:238 lid 1 BW, de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 BW) en de (contractuele of buitencontractuele) zorgplicht van de verzekeraar jegens de verzekeringnemer.

2. Als het antwoord op vraag 1 ontkennend luidt, moeten dan aanvullende

informatieverplichtingen die op grond van de genoemde Europese en / of Nederlandse (open) normen worden aangenomen, voldoen aan de door het HvJ in de arresten *Axa Royale Belge* (HvJ EU 5 maart 2002, ECLI:EU:C:2002:136) en *Nationale-Nederlanden / Van Leeuwen* (HvJ EU 29 april 2015, ECLI:EU:C:2015:286) geformuleerde criteria, te weten dat de verlangde informatie duidelijk en nauwkeurig is en noodzakelijk voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de wezenlijke bestanddelen van de verbintenis en zij voldoende rechtszekerheid waarborgt, onder meer doordat de verzekeraar in staat wordt gesteld met een voldoende mate van voorspelbaarheid vast te stellen welke aanvullende informatie hij dient te verstrekken en de verzekeringnemer kan verwachten.”

- 12.29 Het hof heeft iedere verdere beslissing in de procedure tussen de Vereniging en NN aangehouden en het geding geschorst totdat Uw Raad naar aanleiding van het verzoek van het hof uitspraak heeft gedaan.

13 Vereniging/NN: de standpunten in deze prejudiciële procedure

- 13.1 Een afschrift van het arrest van 23 februari 2021 van het hof, met daarin de prejudiciële vragen, is nog diezelfde dag ter griffie van de Hoge Raad binnengekomen. Op 26 mei 2021 hebben de Vereniging en NN schriftelijke opmerkingen ingediend. Ook de vereniging De Consumentenbond (hierna: de ‘Consumentenbond’), M. van Rossum Management Consultant B.V.³²⁸ (hierna: ‘Van Rossum’) en Stichting Wakkerpolis (hierna: ‘Wakkerpolis’) hebben gebruikgemaakt van de mogelijkheid om schriftelijke opmerkingen in te dienen.
- 13.2 In het kort komen de standpunten van de Vereniging, NN, de Consumentenbond, Van Rossum en Wakkerpolis op het volgende neer.
- 13.3 De Vereniging bepleit dat de eerste prejudiciële vraag ontkennend wordt beantwoord.³²⁹ Volgens de Vereniging kan een zekere reflexwerking van toezichtrechtelijke regelgeving naar het civiele recht worden aanvaard, maar houdt die reflexwerking niet in dat in civielrechtelijke zin aan een partij geen strengere eisen mogen worden gesteld dan de in het publiekrecht neergelegde eisen. De Vereniging wijst erop dat de DLR minimumnormen heeft vastgesteld en het nationale civiele recht in beginsel ongemoeid heeft gelaten. Ook wijst de Vereniging op rechtspraak van Uw Raad, waarin is geoordeeld dat de civielrechtelijke zorgplicht verder kan reiken dan de gedragsregels die in publiekrechtelijke regelgeving zijn neergelegd.³³⁰
- 13.4 De tweede prejudiciële vraag beantwoordt de Vereniging, als ik het goed begrijp, bevestigend.³³¹ Volgens de Vereniging geldt ook naar Nederlands recht de regel dat een informatieplicht voldoende kenbaar moet zijn geweest. De informatieplicht hoeft naar de mening van de Vereniging echter niet in een geschreven norm te zijn neergelegd. Volgens de Vereniging is in dit geval voldaan aan de criteria die het HvJ in de arresten *Axa Royale* en *NN/Van Leeuwen* heeft geformuleerd, omdat in de tweede helft van 1992 tot eind 2008 op NN een voldoende kenbare ongeschreven norm heeft gerust op grond waarvan NN de verzekeringnemer duidelijk en begrijpelijk moest informeren over de systematiek van de FVB-verzekeringen, de aan die verzekering verbonden kosten en risico’s en de invloed daarvan op het te verwachten resultaat.
- 13.5 NN betoogt daarentegen dat de eerste prejudiciële vraag bevestigend moet worden beantwoord.³³² Volgens haar geldt dat als aan de sectorspecifieke regelgeving is voldaan, de verzekeraar op grond van privaatrechtelijke (open en/of ongeschreven) normen in het algemeen géén verdergaande informatie behoefde te verschaffen over kosten, inhoudingen en (beleggings)risico’s verbonden aan (beleggings)verzekeringen. In de visie van NN heeft de wetgever de voor verzekeraars geldende informatieverplichtingen volledig en gedetailleerd in de sectorspecifieke regelgeving willen regelen en is een welbewuste en weloverwogen keuze gemaakt om géén verdergaande informatie te verlangen over kosten, inhoudingen en

(beleggings)risico's. Deze door de wetgever gemaakte keuze wordt volgens NN onaanvaardbaar doorkruist wanneer achteraf op grond van open en/of ongeschreven normen wél aanvullende informatie van verzekeraars wordt verlangd. Verzekeraars hebben immers erop vertrouwd, en mochten er ook op vertrouwen, dat de sectorspecifieke regelgeving de beste wijze van informatieverstrekking bij beleggingsverzekeringen weergaf. Ook de destijds geldende maatschappelijke opvattingen verlangden in het algemeen volgens NN geen verdergaande informatieverstrekking over kosten, inhoudingen en (beleggings)risico's.

13.6 Aan de tweede prejudiciële vraag wordt in de visie van NN niet toegekomen, omdat de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, maar als daarvan wordt geabstraheerd beantwoordt NN de tweede vraag ook bevestigend.³³³ Volgens NN zou slechts onder uitzonderlijke omstandigheden een verplichting voor (levens)verzekeraars om aanvullende informatie te verstrekken kunnen worden aangenomen. Dergelijke uitzonderlijke omstandigheden doen zich bij FVB-verzekeringen niet voor. Indien wél een verplichting zou moeten worden aangenomen op grond waarvan NN was gehouden om aanvullende informatie te verstrekken, dan moet volgens NN worden getoetst of die verplichting aan de voorwaarden van art. 31 lid 3 en 4 DLR en art. 36 lid 3 en 4 Levensrichtlijn 2002 voldoet. In de visie van NN geldt als uitgangspunt dat eventuele in Nederland geldende verplichtingen om aanvullende informatie te verstrekken niet aan deze voorwaarden voldoen, omdat verzekeraars dergelijke plichten destijds niet met voldoende voorspelbaarheid hebben kunnen vaststellen.

13.7 De Consumentenbond bepleit, net als de Vereniging, dat de eerste prejudiciële vraag ontkennend wordt beantwoord: naleving van de DLR brengt niet mee dat de verzekeraar daarmee ook heeft voldaan aan de (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen op grond waarvan verzekeraars gehouden kunnen zijn om aanvullende informatie te verstrekken.³³⁴ Volgens de Consumentenbond stelde de DLR minimumeisen, waardoor ruimte bestond voor nationale 'open' normen. In de visie van de Consumentenbond bestond reeds in de jaren negentig van de vorige eeuw voor verzekeraars de ongeschreven specifieke rechtsnorm om niet te hoge kosten in rekening te brengen en voldoende inzicht te bieden in de voor de consument van belang zijnde aspecten van een beleggingsverzekering.

13.8 Volgens de Consumentenbond blijkt uit jurisprudentie van het HvJ dat de tweede prejudiciële vraag bevestigend moet worden beantwoord. De verplichting om aanvullende informatie te verstrekken moet voldoen aan de in de arresten *Axa Royale* en *NN/Van Leeuwen* genoemde criteria.³³⁵ Volgens de Consumentenbond is in dit geval aan deze criteria voldaan. Het bedrag dat aan kosten werd ingehouden en de invloed daarvan op het te behalen beleggingsresultaat betreft duidelijke en nauwkeurige informatie, die noodzakelijk is voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de belangrijkste kenmerken van de beleggingsverzekering. Omdat NN haar eigen verzekeringsproducten als geen ander kende, had het haar duidelijk moeten zijn dat consumenten zónder deze informatie niet in staat zouden zijn om de gevolgen van de verzekeringen te overzien.

13.9 Van Rossum bepleit, net als de Vereniging en de Consumentenbond, dat het antwoord op de eerste prejudiciële vraag ontkennend luidt.³³⁶ Volgens Van Rossum kan het zijn dat de verzekeraar qua informatieverstrekking aan de eisen van de DLR voldeed, maar dat toch de bedingen over kosten, risicopremies en inhoudingen (bijvoorbeeld) als niet-transparant en/of oneerlijk in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen moeten worden aangemerkt. Het antwoord op de tweede prejudiciële vraag luidt volgens Van Rossum bevestigend, indien het werkelijk gaat om aanvullende informatieverplichtingen. Indien het echter niet gaat om aanvullende informatieverplichtingen, maar bijvoorbeeld om niet-transparante en/of oneerlijke bedingen in polisvoorwaarden, gelden volgens Van Rossum niet de criteria uit de arresten *Axa Royale* en *NN/Van Leeuwen*.³³⁷

13.10 De Vereniging heeft – nadat partijen en de insprekende derden hun schriftelijke opmerkingen hadden ingediend – gereageerd op de schriftelijke opmerkingen van NN. Zij heeft in haar reactie onder meer benadrukt dat de doelstelling van de DLR was het bevorderen van de diversiteit en de

concurrentie op de levensverzekeringenmarkt en dat de in de DLR neergelegde informatieplichten derhalve niet zozeer op consumentenbescherming waren gericht, maar in het teken stonden van het ten volle kunnen profiteren door de consument van de toegenomen diversiteit en concurrentie op de markt voor levensverzekeringen. Ook heeft de Vereniging herhaald dat met de DLR publiekrechtelijke minimumharmonisatie is beoogd en geen privaatrechtelijke maximumharmonisatie.³³⁸

- 13.11 NN heeft op haar beurt gereageerd op de schriftelijke opmerkingen van de Vereniging, de Consumentenbond, Van Rossum en (randnummer 13.12 hierna) Wakkerpolis. NN heeft in haar reactie onder meer benadrukt dat de DLR en de Levensrichtlijn 2002 op het gebied van (pre)contractuele informatieplichten wel degelijk beoogden het materiële verbintenissenrecht te harmoniseren. Volgens NN was sprake van een systeem van strikt geclausuleerde minimumharmonisatie, waarbij de Uniewetgever voor ogen had dat de in de richtlijnen opgenomen informatieplichten toereikend waren om verzekeringnemers in staat te stellen de levensverzekering te kiezen die het beste bij hun behoeften past.³³⁹
- 13.12 Wakkerpolis geeft in haar schriftelijke opmerkingen geen antwoord op de gestelde prejudiciële vragen, maar bepleit in plaats daarvan dat in de prejudiciële procedure een (voor)vraag moet worden betrokken.³⁴⁰ Het betreft de vraag of NN aan haar sectorspecifieke informatieplichten uit hoofde van de DLR, de RIAV 1994 en de RIAV 1998 heeft voldaan door met voorbeeldkapitalen indirecte transparantie aan haar verzekeringnemers te bieden. Volgens Wakkerpolis is dit niet het geval, onder meer omdat de door NN gegeven voorbeeldkapitalen geen nauwkeurige omschrijving betreffen van de uitkering en de factoren (waaronder de kosten) die de hoogte van de uitkering bepalen. Wakkerpolis stelt dat eerst de aard, status en inhoud van de sectorspecifieke informatieplichten, zoals (met name) neergelegd in art. 2 lid 2, onder b., k. en q., RIAV 1998, moeten worden uitgelegd voordat tot een volwaardige beantwoording van de gestelde prejudiciële vragen kan worden overgegaan.
- 13.13 Wat mij betreft is voor een dergelijke (voor)vraag in deze procedure geen plaats. Op grond van art. 393 lid 7 Rv kan Uw Raad de gestelde prejudiciële vraag/vragen herformuleren. Deze bevoegdheid is aan Uw Raad toegekend, omdat de behoefte kan bestaan om de prejudiciële vraag/vragen zodanig scherp te formuleren dat het meest adequate antwoord kan worden gegeven met het oog op de bruikbaarheid daarvan voor (talrijke) vergelijkbare zaken en procedures.³⁴¹ Het betoog van Wakkerpolis kan niet worden opgevat als een roep om een dergelijke herformulering of aanscherping van de door het hof gestelde prejudiciële vragen. Wakkerpolis wil dat een geheel nieuwe (voor)vraag aan de prejudiciële procedure wordt toegevoegd. Voor het toevoegen van een dergelijke vraag aan deze prejudiciële procedure zie ik geen ruimte.
- 13.14 Los van deze procesrechtelijke 'blokkade' zie ik ook inhoudelijk geen aanleiding de door Wakkerpolis bepleite (voor)vraag in deze prejudiciële procedure te betrekken. Het hof heeft onderkend dat de Vereniging en NN (ook) twisten over de uitleg van de bepalingen van de RIAV en derhalve over de vraag of NN in dat kader kon volstaan met het bieden van indirecte transparantie (door middel van rekenvoorbeelden en voorbeeldkapitalen).³⁴² Desondanks heeft het hof over de uitleg van deze bepalingen geen prejudiciële vraag gesteld. Het hof heeft het (dus) kennelijk niet nodig geacht om hierover een vraag aan Uw Raad te stellen. Ook de Vereniging en NN hebben het niet nodig gevonden deze (voor)vraag in de onderhavige prejudiciële procedure te betrekken. Bij deze stand van zaken acht ik het, zelfs als dat procedureel gezien mogelijk was geweest, niet aangewezen om de door Wakkerpolis bepleite (voor)vraag alsnog in deze prejudiciële procedure te betrekken.
- 13.15 Ik beperk mij dan ook tot beantwoording van de twee door het hof geformuleerde prejudiciële vragen.

14 Beantwoording van de eerste prejudiciële vraag

14.1 De eerste prejudiciële vraag betreft kort gezegd de vraag of het naleven van de sector specifieke informatieplichten meebrengt dat levensverzekeraars daarmee in het algemeen qua informatieverstrekking ook hebben voldaan aan (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen. Het hof heeft deze vraag, zoals eerder aangehaald, als volgt geformuleerd:

“Brengt naleving door een verzekeraar van de in de Derde Levensrichtlijn en in de nationale uitwerkingen daarvan in RIAV 1994 en RIAV 1998 neergelegde (toezichtrechtelijke) informatieplichten mee dat deze verzekeraar in het algemeen (specifieke op een bepaald persoon betrekking hebbende bijzonderheden daargelaten die er in deze 3:305a BW-procedure niet toe doen) daarmee (ook) aan zijn (privaatrechtelijke) verplichtingen heeft voldaan die onder meer voortvloeien uit Europese privaatrechtelijke (open) normen zoals met name de Richtlijn oneerlijke bedingen 93/13 en de daarin neergelegde transparantie-eis en aan nationale privaatrechtelijke (open) normen, zoals wilsovereenstemming, onredelijk bezwarende bedingen in de zin van artikel 6:233 e.v. BW, de geïmplementeerde transparantie-eis in artikel 6:238 lid 1 BW, de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 BW) en de (contractuele of buitencontractuele) zorgplicht van de verzekeraar jegens de verzekeringnemer.”

14.2 Ik ben van oordeel dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord, net als de Vereniging, de Consumentenbond en Van Rossum, maar anders dan NN.

Het systeem van de DLR

14.3 Zoals het HvJ EU in *NN/Van Leeuwen* heeft bevestigd, brengt de DLR minimumharmonisatie tot stand voor wat betreft de aan de verzekeringnemer te verstrekken informatie (randnummers 4.8 en 8.11 hiervoor). Art. 31 lid 1 DLR schrijft voor dat vóór het sluiten van de verzekeringsovereenkomst aan de verzekeringnemer *ten minste* de in Bijlage II, onder A., bij de DLR vermelde gegevens moeten worden meegedeeld (randnummer 4.9 hiervoor).

14.4 Dat sprake is van minimumharmonisatie betekent niet dat lidstaten onbeperkt aanvullende informatieverplichtingen aan levensverzekeraars kunnen opleggen. De verlangde aanvullende informatie moet namelijk enerzijds de bescherming van de consument bevorderen, maar mag anderzijds de keuze van de aangeboden verzekeringsproducten niet beperken (randnummer 4.7 hiervoor). Art. 31 lid 3 DLR bepaalt daarom dat de lidstaat slechts mag verlangen dat de verzekeraar aanvullende gegevens verstrekt, náást de in Bijlage II bij de DLR vermelde gegevens, als deze gegevens nodig zijn voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de wezenlijke bestanddelen van de verbintenis die hij is aangegaan (randnummer 4.9 hiervoor). Slechts onder deze voorwaarde kunnen levensverzekeraars worden verplicht om aanvullende gegevens aan verzekeringnemers te verstrekken. Deze aanvullende gegevens zien dan – logischerwijs – op andere gegevens dan de gegevens die reeds “*ten minste*” op grond van Bijlage II bij de DLR moeten worden verstrekt.

14.5 Voor de eventuele verplichting van verzekeraars om aanvullende gegevens te verstrekken (conform art. 31 lid 3 DLR), moet een grondslag bestaan (het HvJ EU noemt het in *NN/Van Leeuwen* “*rechtgrondslag*”). Dit kan in principe elke grondslag zijn. De gekozen grondslag is immers in beginsel irrelevant voor de vraag of deze met de DLR strookt, mits aan de in art. 31 lid 3 DLR genoemde vereisten is voldaan (zie punt 28 van *NN/Van Leeuwen*, randnummer 8.13 hiervoor en zie voor deze vereisten nader de beantwoording van de tweede prejudiciële vraag, paragraaf 15 hierna). Het HvJ EU heeft in *NN/Van Leeuwen* geoordeeld dat ook algemene beginselen van intern recht, zoals open en/of ongeschreven regels, als grondslag kunnen dienen van een verplichting tot het verstrekken van aanvullende informatie. Het is aan de betrokken lidstaat om de grondslag van een dergelijke verplichting te bepalen (randnummer 8.13 hiervoor).

14.6 Aldus houdt het systeem van de DLR in dat de verzekeraar vóór het sluiten van de

verzekeringsovereenkomst "*ten minste*" de in Bijlage II, onder A., bij de DLR vermelde gegevens aan de verzekeringnemer moet verstrekken (art. 31 lid 1 DLR), eventueel aangevuld met de gegevens die verzekeraars moeten verstrekken op grond van (open en/of ongeschreven) grondslagen die aan de eisen van art. 31 lid 3 DLR voldoen. Anders dan NN betoogt,³⁴³ is het dus niet zo dat de Uniewetgever bij de DLR (en de Levensrichtlijn 2002) voor ogen heeft gehad dat de gedetailleerde informatieverplichtingen van de bijlage bij de DLR steeds toereikend zijn om de consument adequaat te informeren en te beschermen. Als de Uniewetgever had gemeend dat de in de bijlage genoemde gegevens die op grond van art. 31 lid 1 DLR "*ten minste*" moeten worden verstrekt in alle gevallen voldoende waren om de verzekeringnemer goed te informeren over de kenmerkende eigenschappen van de verzekering, dan had de Uniewetgever niet lid 3 aan art. 31 toegevoegd, op grond waarvan verzekeraars kunnen worden verplicht om *aanvullende* gegevens te verstrekken indien dat nodig is voor een goed begrip van de wezenlijke bestanddelen van de verzekering(overeenkomst).

- 14.7 Het gevolg van het systeem van "*ten minste*" (lid 1) en "*aanvullende*" (lid 3) gegevens, is dat levensverzekeraars niet zonder meer ervan kunnen uitgaan dat het verstrekken van de in Bijlage II bij de DLR vermelde gegevens volstaat. Indien er namelijk grondslagen zijn, die aan de eisen van art. 31 lid 3 DLR voldoen en die meebrengen dat verzekeraars aanvullende gegevens moeten verstrekken, zullen verzekeraars immers ook die gegevens moeten verstrekken.

Grondslagen: sectorspecifieke regelgeving en het privaatrecht

- 14.8 In deze prejudiciële procedure staat niet ter discussie dat bepaalde sectorspecifieke regelgeving – te weten: art. 2 lid 2, onder q., r. en s., RIAV 1998 en haar opvolgers, die zijn gebaseerd op art. 51 Wtv – een grondslag vormt, die levensverzekeraars verplicht om aanvullende gegevens aan verzekeringnemers te verstrekken (randnummers 4.42 en 4.43 hiervoor). Nederland kent dus in elk geval één grondslag op basis waarvan levensverzekeraars aanvullende gegevens aan verzekeringnemers moeten verstrekken.
- 14.9 Het bestaan van deze (ene) grondslag maakt niet dat er niet ook *andere* grondslagen kunnen bestaan, die aan de eisen van art. 31 lid 3 DLR voldoen en die de verzekeraar verplichten om aanvullende gegevens aan de verzekeringnemer te verstrekken. De sectorspecifieke regelgeving die gaandeweg werd ingevoerd, kwam immers bovenop de reeds bestaande privaatrechtelijke normen en had niet het doel het nationale (privaat)recht volledig aan de kant te schuiven.³⁴⁴ Nergens in de sectorspecifieke regelgeving staat vermeld dat de daarin opgenomen informatieplichten exclusief/uitputtend zijn (bedoeld).
- 14.10 Bovendien blijkt uit de parlementaire geschiedenis van (en de nadere regelingen bij) de sectorspecifieke regelgeving dat deze regelgeving náást het privaatrecht geldt. De toelichtingen bij de RIAV 1994 en de RIAV 1998 waren daarover nog niet heel expliciet, maar er staat wel in dat de toepassing van deze regelingen door het burgerlijk recht wordt beheerst, waarbij in het bijzonder ook de (eisen van) redelijkheid en billijkheid werden genoemd (randnummers 4.14 en 4.45 hiervoor). De productleeswijzer van de Beleidsregels, waarin de Verzekeringskamer in 1998 nadere invulling heeft gegeven aan de informatie die op grond van de RIAV 1998 moest worden verstrekt, laat nadrukkelijk ruimte voor aanvullende informatie die volgens de verzekeraar nodig is voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de wezenlijke bestanddelen van het verzekeringsproduct. De productleeswijzer laat derhalve ruimte voor aanvullende informatie die levensverzekeraars buiten de RIAV 1998 om aan verzekeringnemers moeten verstrekken (randnummers 3.47 en 3.48 hiervoor). Daarnaast is in de memorie van toelichting bij de Wfd uitdrukkelijk benoemd dat de verplichtingen tot het verstrekken van adequate informatie en het behoorlijk adviseren van consumenten voor een belangrijk deel al uit het civiele recht voortvloeien. Publiek toezicht voegt aan het civiele recht een extra prikkel toe tot het naleven van verplichtingen ten aanzien van informatieverstrekking en zorgvuldige advisering, waardoor het een wezenlijke *aanvulling* vormt op het systeem van consumentenbescherming dat reeds bestaat (randnummer 4.75 hiervoor). Langs dezelfde lijn heeft de minister van Financiën in 2007 erop gewezen dat het

in de eerste plaats aan de verzekeraars zelf is om uitvoering te geven aan de aanbevelingen van de Commissie De Ruiters (randnummer 4.91 hiervoor). In 2008 heeft hij bovendien expliciet benadrukt dat verzekeraars, onafhankelijk van de sectorspecifieke regelgeving, de plicht hebben om consumenten tijdig, op een juiste en volledige wijze te informeren over de kenmerken van door hen aan te schaffen producten (randnummer 4.102 hiervoor). Ook in de schriftelijke opmerkingen die de Nederlandse regering in 2013 in de zaak *NN/Van Leeuwen* voor het HvJ EU heeft ingediend,³⁴⁵ wordt betoogd dat de in het Burgerlijk Wetboek opgenomen algemene normen van het verbintenissenrecht gelden náást de sectorspecifieke normen (uit de RIAV 1994 en de RIAV 1998).³⁴⁶

- 14.11 Zoals het HvJ EU in *NN/Van Leeuwen* heeft bevestigd, kunnen dus – naast sectorspecifieke regelgeving – ook (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen een grondslag vormen van een verplichting van een levensverzekeraar om aanvullende informatie te verstrekken, mits aan de eisen van art. 31 lid 3 DLR is voldaan.

Naleving van de sectorspecifieke informatieplichten levert niet automatisch ook naleving van het privaatrecht op

- 14.12 Anders dan NN in deze procedure betoogt, geldt mijns inziens niet het uitgangspunt dat verzekeraars, die aan de sectorspecifieke informatieplichten hebben voldaan, daarmee in beginsel qua informatieverstrekking ook hebben voldaan aan de toepasselijke (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen. Omdat van een dergelijke 'koppeling' wat mij betreft geen sprake is, konden/kunnen privaatrechtelijke normen verzekeraars dus in potentie verplichten om aanvullende gegevens te verstrekken: méér/andere gegevens dan de gegevens die zij op grond van sectorspecifieke regelgeving moe(s)ten verstrekken.

- 14.13 Ik kom tot dit standpunt op grond van de volgende, soms samenhangende, argumenten:

(i) Nergens in de sectorspecifieke regelgeving staat vermeld dat naleving van de sectorspecifieke informatieplichten tot gevolg heeft dat de levensverzekeraar daarmee in beginsel ook de informatie heeft verstrekt die hij verplicht is te verstrekken op basis van andere grondslagen, zoals (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen.

(ii) Uit de parlementaire geschiedenis van de sectorspecifieke regelgeving blijkt dat het privaatrecht náást de sectorspecifieke informatieplichten geldt (randnummer 14.10 hiervoor). Nergens in de parlementaire geschiedenis staat of wordt gesuggereerd dat naleving van de sectorspecifieke informatieplichten naleving van het privaatrecht impliceert in die zin dat als verzekeraars aan de sectorspecifieke informatieplichten hebben voldaan, zij in principe, voor wat betreft informatieverstrekking, ook aan het privaatrecht hebben voldaan.

(iii) Dat naleving van de sectorspecifieke informatieplichten naleving van het privaatrecht op het gebied van informatieverstrekking zou impliceren, ligt ook niet voor de hand. Een dergelijke 'koppeling' zou immers tot gevolg hebben dat andere rechtsgronden, zoals (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen, op grond waarvan verzekeraars bepaalde gegevens aan verzekeringsnemers moeten verstrekken, op dat punt hun zelfstandige betekenis verliezen. Het is nogal wat om deze hoekstenen van het Nederlandse privaatrecht terzijde te stellen of te beperken.³⁴⁷ Zeker nu het Unierecht dat niet voorschrijft: de DLR en zijn opvolgers brengen 'slechts' minimumharmonisatie tot stand (randnummer 14.3 hiervoor) en de considerans van de DLR vermeldt dat de lidstaten de mogelijkheid is gelaten om verzekeringsovereenkomsten onder toepassing van hun (interne) recht te doen vallen, hetgeen voldoende waarborgen voor verzekeringsnemers biedt (randnummer 4.8 hiervoor). Het is evenmin in lijn met het uitgangspunt dat publiek toezicht aan het civiele recht een extra prikkel *toevoegt* tot het naleven van verplichtingen ten aanzien van informatieverstrekking en zorgvuldige advisering, zoals geformuleerd in de parlementaire geschiedenis van de sectorspecifieke regelgeving (randnummer 4.75 hiervoor). Bij dit vertrekpunt is het ongerijmd dat voor levensverzekeraars zou gelden dat zij

op het gebied van informatieverstrekking aan (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen hebben voldaan, enkel en alleen omdat zij aan de sectorspecifieke informatieplichten hebben voldaan. Voor een dergelijke uitzonderingspositie voor levensverzekeringsovereenkomsten bestaat geen rechtvaardiging; zij zou bovendien de consumentenbescherming niet ten goede komen.

(iv) Het standpunt van NN, dat naleving van de sectorspecifieke informatieplichten betekent dat ook aan (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen is voldaan voor wat betreft informatieverstrekking, is ook niet in lijn met rechtspraak van Uw Raad. Uw Raad heeft immers bepaald dat civielrechtelijke zorgverplichtingen verder kunnen reiken dan in publiekrechtelijke regelgeving neergelegde (gedrags)regels (randnummer 6.22 hiervoor). Hoewel Uw Raad dit heeft geoordeeld ten aanzien van financiële instellingen, lijkt mij dit uitgangspunt algemener van toepassing, ook op de levensverzekeringsector.

(v) Dat naleving van de sectorspecifieke informatieplichten impliceert dat ook (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen op het gebied van informatieverstrekking niet zijn geschonden, blijkt ook niet uit het arrest *NN/Van Leeuwen*. In dat arrest gold als uitgangspunt dat NN heeft voldaan aan de (aanvullende) eisen van art. 2 lid 2, onder q. en r., RIAV 1998 en derhalve aan haar sectorspecifieke informatieplichten (punt 15 van het arrest *NN/Van Leeuwen*, randnummer 8.7 hiervoor). Desalniettemin heeft het HvJ EU geoordeeld dat algemene beginselen van intern recht, zoals open en/of ongeschreven regels, de verzekeraar kunnen verplichten om aanvullende gegevens aan de verzekeringnemer te verstrekken (randnummers 8.13 en 8.16 hiervoor). Volgens het HvJ EU is het dus mogelijk dat een levensverzekeraar aan de sectorspecifieke informatieplichten voldoet en desondanks – door bepaalde informatie niet te verstrekken – in strijd handelt met algemene beginselen van intern recht. Het HvJ EU heeft *niet* geoordeeld dat het voldoen aan de sectorspecifieke informatieplichten meebrengt dat de verzekeraar daarmee in beginsel, voor wat betreft informatieverstrekking, óók heeft voldaan aan algemene beginselen van intern recht. Als het HvJ EU een dergelijke 'koppeling' of een dergelijk 'verband' aan de orde had geacht, had het voor de hand gelegen dat het HvJ EU zijn oordeel in die zin had genuanceerd. Daarvan is echter geen sprake.

(vi) Het HvJ EU heeft in *NN/Van Leeuwen* wél overwogen dat het aan de verzekeraar is om de aard en de kenmerkende eigenschappen van de door hem aangeboden verzekeringsproducten te bepalen en dat de verzekeraar dan ook in beginsel zou moeten kunnen vaststellen welke kenmerkende eigenschappen van die producten rechtvaardigen dat aan de verzekeringnemer aanvullende informatie moet worden verstrekt (punt 30 van het arrest *NN/Van Leeuwen*, randnummer 8.14 hiervoor). Ik leid uit deze overweging af dat het in de eerste plaats aan de verzekeraar is, als ontwikkelaar en verkoper van het verzekeringsproduct, om vast te stellen welke aanvullende gegevens moeten worden verstrekt. De (eind)verantwoordelijkheid voor een juiste informatieverstrekking – welke gegevens moeten (aanvullend) worden verstrekt? – ligt dus bij de verzekeraar. Dat is ook logisch, want zeker beleggingsverzekeringen zijn complexe, niet eenvoudig te doorgronden producten (paragraaf 3 hiervoor). Verzekeraars kennen hun eigen producten en de kenmerkende eigenschappen daarvan beter dan de regelgevers die (kunnen) kennen. Als de opvatting van NN zou worden gevolgd en de sectorspecifieke informatieplichten de (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen voor wat betreft informatieverstrekking volledig zouden invullen/inkleuren, zou de (eind)verantwoordelijkheid voor een juiste informatieverstrekking omtrent de kenmerkende eigenschappen van de verzekering niet bij de verzekeraars liggen, maar bij de (Europese en Nederlandse) regelgevers, die in dat geval in (gedetailleerde) sectorspecifieke regelgeving zouden moeten vatten welke (aanvullende) gegevens levensverzekeraars onder welke omstandigheden moeten verstrekken. Dat zou niet in lijn zijn met het bepaalde in *NN/Van Leeuwen*. Verzekeraars zijn zelf verantwoordelijk en kunnen zich met betrekking tot de informatieverstrekking omtrent hun eigen producten niet achter de regelgevers verschuilen.

(vii) Het ligt ook niet voor de hand dat levensverzekeraars met het voldoen aan sectorspecifieke

informatieplichten zich in beginsel volledig hebben gekweten van hun (privaatrechtelijke) plicht om de verzekeringnemer volledig en juist te informeren. Het is immers bijkans onmogelijk om (het ideaal van) gewenst gedrag vooraf in een uitputtende regeling te vangen. Regelgevers kunnen niet alles overzien en regelen en zijn ook niet in staat om elke nieuwe ontwikkeling tijdig in geschreven regels te vatten. De ontwikkeling van de sectorspecifieke regelgeving laat dit goed zien: op meerdere momenten is in de parlementaire geschiedenis gesignaleerd dat de sectorspecifieke regelgeving weliswaar gaandeweg is aangescherpt, maar nog steeds te wensen overliet (randnummer 5.2 hiervoor). Gelukkig hoeven regelgevers ook niet het onmogelijke te doen door alles (vooraf/tijdig) in geschreven regels te vatten. Juist daaraan doet het systeem van de DLR ook recht, omdat de DLR en de overige sectorspecifieke regelgeving niet uitputtend zijn bedoeld en ruimte laten voor aanvullende informatieplichten op grond van andere (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke grondslagen (randnummers 14.3 e.v. hiervoor).

(viii) Voor zover een uitputtende/alomvattende sectorspecifieke regeling al mogelijk/haalbaar zou zijn, zou dit bovendien resulteren in een *'check-the-box* systeem' dat levensverzekeraars een prikkel geeft om vooral niet méér/betere/andere gegevens te verstrekken dan waartoe zij op grond van sectorspecifieke regelgeving zijn verplicht. Zo'n systeem veroordeelt zichzelf. Verzekeraars zouden in dat geval niet zelf hoeven nadenken welke gegevens belangrijk zijn om met verzekeringnemers te delen, maar zouden in plaats daarvan kunnen volstaan met het blind 'volgen' van de regelgevers, zonder zich daarbij te bekommeren om de vraag of ze zich schuldig maken aan een schending van (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen. Een dergelijke 'vrijbrief' legt niet alleen de verantwoordelijkheid voor een juiste informatieverstrekking bij de verkeerde neer (namelijk bij de regelgevers in plaats van bij de verzekeraars), het werkt ook stilstand in de ontwikkeling van informatieplichten in de hand en komt daardoor de consumentenbescherming niet ten goede. De verzekeringssector moet juist, net als andere sectoren, worden geprikkeld om (ook/met name) zélf scherp te blijven of, zo nodig, scherper te worden. Die prikkels komen niet alleen uit het geschreven recht (de sectorspecifieke regelgeving); juist de aanvullende prikkels uit het ongeschreven recht en op grond van open normen zijn in dit verband essentieel. Dit geldt ook op andere terreinen, zoals in de bankensector, ten aanzien waarvan Uw Raad reeds heeft bepaald dat civielrechtelijke zorgverplichtingen verder kunnen reiken dan in publiekrechtelijke regelgeving neergelegde (gedrags)regels (randnummer 14.13, onder (iv), hiervoor).

- 14.14 Dit alles overziend, ben ik dus van oordeel dat naleving van de sectorspecifieke informatieplichten niet meebrengt dat levensverzekeraars daarmee in het algemeen qua informatieverstrekking ook hebben voldaan aan (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen. Op grond van deze normen zouden levensverzekeraars dus verplicht kunnen zijn om aanvullende gegevens aan verzekeringnemers te verstrekken, bovenop de gegevens die zij op grond van de sectorspecifieke regelgeving moe(s)ten verstrekken.

Steun voor deze opvatting

- 14.15 Ik sta niet alleen in deze opvatting. Steun kan, behalve in de parlementaire geschiedenis van de sectorspecifieke regelgeving (randnummer 14.10 hiervoor), bijvoorbeeld worden gevonden in het volgende:

- De Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft in zijn Aanbeveling OFD geconcludeerd dat intransparantie voor de consument het cruciale manco van beleggingsverzekeringen in het algemeen is geweest. Volgens de Ombudsman is de verzekeraar hiervoor verantwoordelijk en moet bij de beoordeling van beleggingsverzekeringsovereenkomsten worden onderzocht of op alle onderdelen van de verzekering sprake is geweest van een zuivere en volledige wilsovereenstemming, hetgeen een privaatrechtelijke norm betreft, die dus geschonden kan zijn, ook als de sectorspecifieke regelgeving wél is nageleefd:³⁴⁸

"De Ombudsman concludeert dat het cruciale manco van de beleggingsverzekeringen in het

algemeen, gunstige uitzonderingen daargelaten, de intransparantie voor de consument is geweest. Verzekeraar, als ontwikkelaar en aanbieder van deze producten, is voor die tekortkoming verantwoordelijk, onverminderd de verantwoordelijkheid van het intermediair.

Bij de beoordeling van beleggingsovereenkomsten rijst de vraag of, onder de geschetste omstandigheden, steeds gesproken kan worden van een zuivere en volledige wilsovereenstemming tussen de consument en verzekeraar op onderdelen van de overeenkomst, die voor de consument als contractpartij niet kenbaar, althans niet duidelijk zijn geweest ten tijde van het aangaan van de overeenkomst. Deze onduidelijkheid betreft de hoogte van de risicopremie, kosten die de consument op diens inleg in mindering worden gebracht en de inhoudingen op het rendement van het beleggingsdeel van het verzekeringsproduct. De hoogte van de risicopremie, derhalve de beschikbare som voor het spaardeel, en de mate en wijze van kosteninhoudingen zijn van groot belang voor de werking van het product en de kwaliteit ervan, en voor de bepaling in hoeverre het product voldoet aan de verwachting die de consument daarover redelijkerwijs mocht hebben.

Onduidelijkheid daarover tussen de contractpartijen dienaangaande vergt nadere bepaling van de overeenkomst.

De Ombudsman beveelt verzekeraar aan de risicopremie en de kosten van door hen verkochte beleggingsverzekeringen op hierna aan te geven wijze alsnog te begrenzen en bij gebleken overschrijding van die grenzen de consumenten te compenseren door teruggave van te veel in rekening gebrachte kosten en deze te doen terugvloeien in het product.”

Conform de Aanbeveling OFD heeft een aanzienlijk aantal verzekeraars, waaronder NN, compensatieregelingen getroffen, waarin zij de kosten en inhoudingen van beleggingsverzekeringen met terugwerkende kracht hebben gemaximeerd (randnummer 4.101 hiervoor). De directe ‘aanleiding’ voor deze compensatieregelingen was de door de Ombudsman geconstateerde schending van de privaatrechtelijke norm wilsovereenstemming en niet schending van sectorspecifieke regelgeving, die ook helemaal geen kostenbegrenzing voorschrijft.

- In het feitenonderzoek dat de AFM in 2008 heeft laten uitvoeren in opdracht van het ministerie van Financiën is ook de visie terug te vinden dat het privaatrecht in aanvulling op de sectorspecifieke regelgeving bestaat en daardoor niet volledig wordt ingevuld en ingekleurd:³⁴⁹

“(…) De overheid voerde in de jaren negentig in stappen wet- en regelgeving in. Dit in aanvulling op de regels die al in het Burgerlijk Wetboek vastlagen met betrekking tot contractrecht. Het civielrecht stelt dat een aanbieder een zorgplicht heeft, dat er sprake moet zijn van wilsovereenstemming en dat contractpartijen op de hoogte moeten zijn van waar zij voor tekenen.”

- Ook Wabeke en Du Perron – destijds de (beoogde) Ombudsman Financiële Dienstverlening respectievelijk de (beoogde) voorzitter van de Geschillencommissie van het KiFiD – zijn deze opvatting toegedaan, zo blijkt uit de brief die zij in 2007 aan de minister van Financiën hebben gezonden. Zij zetten uiteen dat het niet uitsluitend van belang is onder het regime van welke gedragsregel of code het verzekeringsproduct te scharen valt, omdat de algemene beginselen van het contractenrecht en de vereisten voor een zuivere wilsovereenstemming al decennia een “*zorgplicht avant la lettre*” inhouden die de nodige zorg van verzekeraar vergt:³⁵⁰

“Kosten, tarieven en premies die deel uitmaken van een financieel product of financiële dienstverlening behoren, binnen de wettelijke regelgeving en gedragscodes, weliswaar tot het vrije marktbeleid, maar wanneer deze van dien aard en hoogte zijn dat zij niet minimaal kunnen worden gecompenseerd door de (beleggings)opbrengsten kunnen zij die producten of diensten gebrekkig doen zijn. In die gevallen is het gebrek aan inzicht, de intransparantie, een ernstige onvolkomenheid van het geleverde.

De consument heeft weliswaar zijn eigen keuzemogelijkheden, afwegingen en verantwoordelijkheden bij de inrichting van zijn financiële huishouding, maar heeft doorgaans niet de kennis en het inzicht om zelfstandig verantwoorde keuzes te maken en juist daarom geldt voor aanbieders en bemiddelaars of adviseurs van financiële producten en diensten een bijzondere zorgplicht. In geval van onvoldoende of gebrekkige zorgplicht zijdens de financiële dienstverlener kan de totstandkoming of uitvoering van de overeenkomst onvolkomen zijn.

Voor deze twee afwegingen is het niet uitsluitend van belang onder [het; A-G] regiem van welke gedragsregel of code de dienstverlening of het product naar leeftijd of karakter is te scharen, want de algemene beginselen van contractenrecht en de vereisten voor een zuivere wilsovereenstemming tussen contractspartijen vergen al decennia een “zorgplicht avant la lettre”, nl. eerlijke informatie, een goede match van vraag en aanbod en een correcte nakoming en levering die overeenkomt met een juiste verwachting.”

- Hoewel de literatuur niet geheel op één lijn zit, lijkt een meerderheid van de schrijvers van oordeel te zijn dat naleving van de sectorspecifieke informatieplichten niet impliceert dat levensverzekeraars daarmee ook hebben voldaan aan hun verplichtingen om informatie te verstrekken op grond van (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen. Zo stelt Leerink dat een aanvullende informatieverplichting kan worden gevonden in de privaatrechtelijke zorgplicht (randnummer 10.10 hiervoor). Lieveise gaat ervan uit dat “*uiteraard*” de meer algemene regels van consumentenbescherming ook voor verzekeringsovereenkomsten gelden (randnummer 10.11 hiervoor). Volgens Mendel biedt art. 31 lid 3 DLR de mogelijkheid om een (aanvullende) informatieverplichting aan te nemen die voortvloeit uit de naar Nederlands recht geldende maatstaven van burgerlijk recht (randnummer 10.12 hiervoor). Wallinga en Cherednychenko zijn van oordeel dat de DLR niet kan worden opgevat als een *checklist* die verzekeraars bij het afvinken daarvan garandeert dat zij zich zowel van hun publieke als privaatrechtelijke verantwoordelijkheid hebben gekweten (randnummer 10.13 hiervoor). Busch en Arons betogen dat verzekeraars hadden moeten en kunnen weten dat hun verantwoordelijkheid niet begon en eindigde bij een letterlijke naleving van de RIAV 1998 (randnummer 10.14 hiervoor). Salomons neemt aan dat bij verzekeringsovereenkomsten de privaatrechtelijke regels voor totstandkoming van een overeenkomst gelden (randnummer 10.15 hiervoor). Pavillon betoogt dat de Richtlijn oneerlijke bedingen niet door de sectorspecifieke informatieplichten (uit de DLR) wordt “*dichtgetimmerd*”, waardoor het mogelijk is dat een verzekeraar wél aan de sectorspecifieke regels voldoet maar tegelijkertijd in strijd handelt met de Richtlijn oneerlijke bedingen (randnummer 10.16 hiervoor). En ook Tjong Tjin Tai stelt dat het gewone contractenrecht op beleggingsverzekeringen van toepassing is (randnummer 10.17 hiervoor).

- Ook de feitenrechters zitten weliswaar niet op één lijn, maar de meerderheid van de rechtbanken en hoven toetsen afzonderlijk of aan (bepaalde) (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen is voldaan, waarbij zij er niet van uitgaan dat naleving van de sectorspecifieke informatieplichten impliceert dat daarmee qua informatieverstrekking ook is voldaan aan de geldende privaatrechtelijke normen (paragraaf 11 hiervoor). Dit geldt ook voor de CvB van het KiFiD, die het standpunt heeft ingenomen dat algemene beginselen van Nederlands recht aanvullende informatieverplichtingen op verzekeraars kunnen opleggen (randnummers 11.44 e.v. hiervoor) en die afzonderlijk toetst of, onder meer, sprake is van wilsovereenstemming en of de zorgplicht of de Richtlijn oneerlijke bedingen zijn geschonden. Een deel van de rechtspraak (de rechtbanken Rotterdam en Midden-Nederland en het hof Arnhem-Leeuwarden) zit op een ander spoor, kort gezegd omdat de privaatrechtelijke (open en/of ongeschreven) normen volledig in de sectorspecifieke regelgeving zouden zijn ‘verdisconteerd’. Wat mij betreft is van een dergelijke volledige verdiscontering echter, ik heb dat al toegelicht, geen sprake (randnummer 14.13 hiervoor).

De tegenargumenten overtuigen niet

- 14.16 NN is in deze procedure de enige pleitbezorger van het standpunt dat naleving van de sectorspecifieke informatieplichten meebrengt dat levensverzekeraars qua informatieverstrekking ook hebben voldaan aan de toepasselijke (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen, al kan worden aangenomen dat andere (levens)verzekeraars het standpunt van NN delen. De argumenten van NN ter onderbouwing van haar standpunt gaan wat mij betreft echter niet op, althans overtuigen mij niet.
- 14.17 NN stelt ten eerste dat de Nederlandse wetgever de in de privaatrechtelijke (pre)contractuele verhouding geldende informatieplichten volledig en gedetailleerd in specifieke regelgeving heeft willen regelen en dat daardoor geen plaats is voor een verplichting op grond van (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen om aanvullende informatie te verstrekken.³⁵¹ Een dergelijk streven blijkt echter niet uit (de inhoud van) de sectorspecifieke regelgeving. Het uitgangspunt is bovendien niet te verenigen met de parlementaire geschiedenis van de sectorspecifieke regelgeving, waaruit juist blijkt dat de privaatrechtelijke normen náást de sectorspecifieke informatieplichten gelden (randnummer 14.10 hiervoor).
- 14.18 NN betoogt ten tweede dat de Nederlandse wetgever welbewust en weloverwogen ervoor heeft gekozen om bepaalde informatie (over kosten, risicopremie en risico's) *niet* verplicht te stellen, omdat indirecte transparantie daaromtrent volstond. Het aannemen van een verplichting op grond van (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen om dergelijke informatie wél te verstrekken, zou deze door de wetgever gemaakte keuze volgens NN onaanvaardbaar doorkruisen.³⁵² Van een onaanvaardbare doorkruising is mijns inziens echter geen sprake. De regelgevers hebben, náást de ingevoerde sectorspecifieke regelgeving, ruimte gelaten voor informatieplichten op grond van (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen (randnummers 14.9 en 14.10 hiervoor). Het feit dat bepaalde informatie *niet* hoeft te worden verstrekt op grond van sectorspecifieke regelgeving, betekent niet dat deze informatie *dus ook niet* hoeft te worden verstrekt op grond van (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen.
- 14.19 Hoewel dat in eerste instantie mogelijk wat wonderlijk of tegenstrijdig klinkt – de geschreven sectorspecifieke regels verlangden 'slechts' indirecte transparantie, terwijl levensverzekeraars daar tegelijkertijd volgens (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke regels mogelijk niet mee konden volstaan – is het dat in dit geval niet. Uit de ontwikkeling van de sectorspecifieke regelgeving blijkt namelijk dat de regelgevers lange tijd (in elk geval tot 2008) (te) weinig grip hadden op het complexe product beleggingsverzekering. In de parlementaire geschiedenis is zelfs op meerdere momenten gesignaleerd dat de sectorspecifieke regelgeving omtrent informatieverstrekking te wensen overliet (randnummer 5.2 hiervoor). Het gaat niet aan dat NN zich nu achter deze (onvolkomen) sectorspecifieke regelgeving 'verschuilt', ook al is deze regelgeving (deels) met betrokkenheid van diverse belangenorganisaties tot stand gekomen. Ondanks die betrokkenheid wist NN immers, althans had NN kunnen en moeten weten dat de sectorspecifieke regelgeving (behoorlijk) te wensen overliet en bovendien lang niet zo ver ging als bepaalde belangenorganisaties nodig achtten. In de jaren 1992 tot en met 2008 hebben achtereenvolgens de Ombudsman Levensverzekering, de Ombudsman Verzekeringen en de Ombudsman Financiële Dienstverlening consequent en uitdrukkelijk in hun jaarverslagen geconstateerd dat de informatieverstrekking door verzekeraars met betrekking tot beleggingsverzekeringen, kort gezegd, onvoldoende transparant en ondermaats was, onder meer ten aanzien van de kosten en de risicopremie (randnummers 4.15-4.19, 4.21, 4.22, 4.28-4.31, 4.38, 4.40, 4.52, 4.53, 4.58, 4.59, 4.67-4.70, 4.81, 4.82, 4.85, 4.86, 4.89, 4.96 en 4.100 hiervoor). De Ombudsman Levensverzekering heeft in zijn jaarverslag over het jaar 1995 zelfs opgemerkt dat hij in vrijwel elk van de inmiddels verschenen 24 verslagen (sinds de instelling van de Ombudsman in 1971) een pleidooi heeft gehouden voor "*meer en betere voorlichting bij het afsluiten van levensverzekeringen*" (randnummer 4.22 hiervoor). Bovendien wisten levensverzekeraars dat zij een complex verzekeringsproduct hadden ontwikkeld dat zij in grote getale (randnummer 2.3 hiervoor) aan in dit verband ondeskundige consumenten aan de man zouden gaan brengen. Onder die omstandigheden mocht en mag van levensverzekeraars worden verwacht dat zij zich niet blindstaren op (de inhoud van) de (onvolkomen) sectorspecifieke informatieplichten, maar in

plaats daarvan zelf nagaan of zij op grond van andere (open en/of ongeschreven privaatrechtelijke) normen zijn/waren gehouden om verzekeringnemers van aanvullende/betere/concretere informatie te voorzien.

- 14.20 Overigens is het zonneklaar dat de sectorspecifieke regelgeving veel éérder zou zijn aangescherpt dan nu is gebeurd, als levensverzekeraars vanaf de invoering van de sectorspecifieke regelgeving (het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw) de regelgevers heel duidelijk hadden gemaakt dat beleggingsverzekeringen – tot de kern teruggebracht – twee kenmerkende eigenschappen hebben die uiteindelijk bepalend zijn voor het verzekerde kapitaal: (i) de omvang van de kosten en risicopremie die worden ingehouden en (ii) de onzekere ontwikkelingen op de beurs. Het daadwerkelijk belegde en niet vervolgens weer onttrokken vermogen – onder (i) – in combinatie met de ontwikkeling die dat vermogen op de beurs doormaakt – onder (ii) – bepalen namelijk het eindkapitaal van de beleggingsverzekering. Gelet op deze twee kenmerkende eigenschappen van beleggingsverzekeringen had het voor de hand gelegen dat levensverzekeraars, net als de opeenvolgende Ombudsmannen, bij de regelgevers erop hadden aangedrongen dat in sectorspecifieke regelgeving zou worden voorgeschreven dat levensverzekeraars zoveel als mogelijk concrete gegevens moesten verstrekken over (in elk geval) de kosten, risicopremie en de (beleggings)risico's van (beleggings)verzekeringen, omdat verzekeringnemers – die vaak nog nooit eerder in hun leven een beleggingsverzekering hebben afgesloten – anders waarschijnlijk geen goed begrip zouden (kunnen) krijgen van de wezenlijke bestanddelen, aard en werking van de beleggingsverzekering. Ik twijfel er niet aan dat, indien levensverzekeraars dit van meet af aan voldoende aan de regelgevers duidelijk hadden gemaakt, de regelgevers een dergelijke informatieverplichting (veel spoediger dan nu is gebeurd) in sectorspecifieke regelgeving hadden vastgelegd.
- 14.21 Een derde argument dat NN naar voren brengt ter onderbouwing van haar standpunt dat naleving van de sectorspecifieke informatieplichten meebrengt dat levensverzekeraars daarmee qua informatieverstrekking ook hebben voldaan aan de toepasselijke (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen, is dat de destijds geldende maatschappelijke opvattingen in de sectorspecifieke regelgeving zijn weerspiegeld en dat die niet de verstrekking van aanvullende gegevens verlangden.³⁵³ Ook dit argument overtuigt niet. Zoals gezegd, blijkt uit de ontwikkeling van de sectorspecifieke regelgeving dat de regelgevers lange tijd onvoldoende grip op het product beleggingsverzekering hadden (randnummer 14.19 hiervoor). Daarom kan niet zomaar worden gezegd dat de sectorspecifieke regelgeving de destijds geldende maatschappelijke opvattingen juist weergeeft.
- 14.22 Daarbij komt dat de inhoud van maatschappelijke opvattingen niet alleen in (de parlementaire geschiedenis van) regelgeving kan worden (terug)gevonden,³⁵⁴ maar blijkens rechtspraak van Uw Raad ook in andere stukken/standpunten, zoals het standpunt van de Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf.³⁵⁵ In dit geval is wat mij betreft het standpunt van (achtereenvolgens) de Ombudsman Levensverzekering, Ombudsman Verzekeringen en de Ombudsman Financiële Dienstverlening bij uitstek relevant bij het achterhalen van de inhoud van de maatschappelijke opvattingen.³⁵⁶ De Ombudsman was namelijk jarenlang (vanaf 1971) een onafhankelijke specialist op het gebied van (onder meer) levensverzekeringen en heeft bovendien, als bemiddelaar en klachtenbehandelaar, al die jaren 'met zijn neus bovenop' de levensverzekeringmarkt gestaan. Omdat zijn jaarverslagen bovendien de gehele relevante periode beslaan (dus ook de jaren 1992 tot en met 2008) vormen ze een geschikt middel om de door de jaren heen in Nederland heersende maatschappelijke opvattingen te achterhalen.
- 14.23 NN stelt ten vierde dat (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen richtlijnconform moeten worden uitgelegd, waardoor geen informatieverplichtingen kunnen worden aangenomen die strijdig zijn met art. 31 DLR. Vergelijkbaar hiermee stelt NN ten vijfde dat geen aanvullende informatieplicht op grond van (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen mag worden aangenomen als dit in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel.³⁵⁷ Ook dit lijken mij geen sterke kaarten. Vanzelfsprekend moeten (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen waar dat

aan de orde is richtlijnconform worden uitgelegd. Dat staat echter niet in de weg aan het aannemen van een verplichting tot het verstrekken van aanvullende informatie, want het HvJ EU heeft juist bevestigd dat ook open en/of ongeschreven normen daarvoor een grondslag kunnen bieden. Wel kunnen aanvullende informatieverplichtingen pas worden aangenomen als ze aan de eisen van art. 31 lid 3 DLR voldoen (zie de beantwoording van de tweede prejudiciële vraag, paragraaf 15 hierna). Eén van die eisen betreft de eis dat de grondslag, op grond waarvan de verzekeraar verplicht is aanvullende gegevens te verstrekken, de verzekeraar in staat moet stellen met een voldoende mate van voorspelbaarheid vast te stellen welke aanvullende informatie hij moet verstrekken. Met het rechtszekerheidsbeginsel is derhalve rekening gehouden, ook bij het oordeel van het HvJ EU in *NN/Van Leeuwen* dat algemene beginselen van intern recht, zoals open en/of ongeschreven regels, een verplichting voor de verzekeraar kunnen inhouden om aanvullende gegevens te verstrekken.

- 14.24 Al met al overtuigen de (tegen)argumenten van NN niet. De eerste prejudiciële vraag beantwoord ik dan ook ontkennend: het naleven van de sectorspecifieke informatieverplichtingen betekent niet dat verzekeraars daarmee in het algemeen qua informatieverstrekking ook hebben voldaan aan de geldende (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen.

Het toetsingskader

- 14.25 Met een ontkennende beantwoording van de eerste prejudiciële vraag kan echter niet worden volstaan, omdat het hof uitdrukkelijk (ook) op zoek is naar duidelijkheid over “*het toetsingskader*” (randnummer 1.5 hiervoor). Het hof heeft echter niet geconcretiseerd wat voor soort toetsingskader het op het oog heeft. De partijen en de insprekende derden geven hierover ook niet veel duidelijkheid. NN laat zich over een toetsingskader logischerwijs niet uit, omdat in de visie van NN naleving van de sectorspecifieke informatieplichten meebrengt dat qua informatieverstrekking ook is voldaan aan de toepasselijke (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen. De Vereniging beperkt zich tot het standpunt dat de DLR het nationale civiele recht in beginsel ongemoeid laat en dat hoogstens een zekere reflexwerking van toezichtrechtelijke regelgeving naar het civiele recht kan worden aangenomen, zonder deze reflexwerking nader uit te werken of te duiden.³⁵⁸ De Consumentenbond heeft geen overwegingen gewijd aan een mogelijk toetsingskader, maar merkt slechts op dat de rechter moet toetsen aan de volledige nationale wetgeving.³⁵⁹ Wakkerpolis heeft zich evenmin uitgelaten over een toetsingskader³⁶⁰ en Van Rossum heeft volstaan met ontkennende beantwoording van de eerste prejudiciële vraag, zonder daarbij een toetsingskader te geven.³⁶¹
- 14.26 Zonder dus exact te weten wat voor soort toetsingskader het hof op het oog heeft, probeer ik hierna enkele handvatten te geven waarmee de feitenrechtspraak mogelijk haar voordeel kan doen. Van een concrete toetsing aan de hand van de (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen is uitdrukkelijk géén sprake; daarvoor is in deze prejudiciële procedure geen plaats en daar heeft het hof ook niet om verzocht. Ik probeer slechts aan te geven of en zo ja, in hoeverre de (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen door (de inhoud van) de sectorspecifieke informatieplichten kunnen worden beïnvloed:

(i) Ten aanzien van de norm wilsovereenstemming geldt dat de vraag wat partijen zijn overeengekomen een uitleg van de overeenkomst vergt aan de hand van de *Haviltex*-maatstaf (randnummers 6.4 e.v. hiervoor). Deze vraag moet worden onderscheiden van de vraag welke (aanvullende) informatie verzekeraars aan verzekeringnemers hadden moeten verstrekken. Wat mij betreft moet steeds los van (de inhoud van) de sectorspecifieke informatieplichten worden beoordeeld of sprake is van volledige wilsovereenstemming. Dit betekent bijvoorbeeld dat, als een verzekeringnemer conform de sectorspecifieke informatieplichten is geïnformeerd over de bruto premie en netto voorbeeldkapitalen en daarmee heeft ingestemd, dit niet automatisch meebrengt dat ook wilsovereenstemming bestaat ten aanzien van alle in de bruto premie en netto voorbeeldkapitalen verwerkte kosten en risicopremie. In deze lijn toetst de CvB van het KiFiD ook (randnummers 11.47 e.v. hiervoor). Eventuele leemtes ter zake van een onderdeel van de

verzekeringsovereenkomst kunnen vervolgens op grond van art. 6:248 lid 1 BW worden aangevuld, tenzij de leemtes de essentialia van de overeenkomst betreffen. Daarbij kan, onder meer, het maximum kostenpercentage genoemd in de Aanbeveling OFD als richtsnoer gelden, net als het hof Amsterdam heeft aangenomen in de procedure tussen (onder meer) Aegon en Stichting Koersplandewegkwijt (randnummers 6.9 en 6.10 hiervoor).

(ii) Bij de Richtlijn oneerlijke bedingen is het bestaan en het al dan niet hebben voldaan aan de sectorspecifieke informatieplichten wél een factor van belang bij de beoordeling of bedingen in de verzekeringsovereenkomst de transparantie- en oneerlijkheidstoets kunnen doorstaan (randnummers 6.12 e.v. hiervoor). Het HvJ EU heeft namelijk bepaald dat bij de beoordeling of aan de transparantie-eis is voldaan, rekening moet worden gehouden met alle van toepassing zijnde bepalingen van het Unierecht die voorzien in verplichtingen inzake consumentenvoorlichting (randnummer 6.16 hiervoor). Hieronder vallen ook de DLR en zijn opvolgers. Het oneerlijke karakter van een beding moet worden bepaald aan de hand van alle omstandigheden van het geval, waarbij onder meer rekening moet worden gehouden met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft (randnummer 6.17 hiervoor). Omdat het hier gaat om beleggingsverzekeringsovereenkomsten, waarop gegeven hun aard sectorspecifieke regelgeving van toepassing is, moet met die regelgeving bij de beoordeling van de oneerlijkheid rekening worden gehouden. Dat het bestaan en de inhoud van sectorspecifieke informatieplichten meeweegt in de beoordeling op grond van de Richtlijn oneerlijke bedingen, betekent echter niet dat daaraan doorslaggevend gewicht moet worden toegekend. Het betreft slechts één van de omstandigheden waarmee rekening moet worden gehouden. Dit betekent dat ook indien de sectorspecifieke informatieplichten zijn nageleefd, nog steeds sprake kan zijn van een intransparant en/of oneerlijk beding in het geval de levensverzekeraar, ondanks het volgen van de sectorspecifieke informatieplichten, onvoldoende (duidelijke) informatie heeft verstrekt. Ook dit is de lijn die de CvB van het KIFiD hanteert (randnummer 11.54 hiervoor).

(iii) Bij de 'overige' drie besproken (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen – de zorgplicht, dwaling en de eisen van redelijkheid en billijkheid – moet (eveneens) aan de hand van de omstandigheden van het geval worden beoordeeld of aan de betreffende norm is voldaan. Eén van die omstandigheden is wat mij betreft de vraag of al dan niet aan de geldende sectorspecifieke informatieplichten is voldaan. Net als bij de Richtlijn oneerlijke bedingen betreft dit geen bij voorbaat doorslaggevende omstandigheid of een omstandigheid waaraan extra/meer gewicht moet worden toegekend dan de overige omstandigheden van het geval: het moet als één van de omstandigheden van het geval in ogenschouw worden genomen. De omstandigheid dat aan de sectorspecifieke informatieplichten is voldaan, maakt dus niet dat levensverzekeraars niet gehouden konden zijn om méér/aanvullende gegevens te verstrekken uit hoofde van hun (bijzondere) zorgplicht, ter voorkoming van dwaling in het kader van art. 6:228 BW of op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid.

15 Beantwoording van de tweede prejudiciële vraag

15.1 Door de ontkennende beantwoording van de eerste prejudiciële vraag kom ik toe aan beantwoording van de, voorwaardelijk gestelde, tweede prejudiciële vraag. Die vraag stelt aan de orde of aanvullende informatieverplichtingen op grond van (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen ook moeten voldoen aan de in *Axa Royale* en *NN/Van Leeuwen* geformuleerde vereisten. Het hof heeft de tweede prejudiciële vraag als volgt geformuleerd:

“Als het antwoord op vraag 1 ontkennend luidt, moeten dan aanvullende informatieverplichtingen die op grond van de genoemde Europese en / of Nederlandse (open) normen worden aangenomen, voldoen aan de door het HvJ in de arresten *Axa Royale Belge* (HvJ EU 5 maart 2002, ECLI:EU:C:2002:136) en *Nationale-Nederlanden / Van Leeuwen* (HvJ EU 29 april 2015, ECLI:EU:C:2015:286) geformuleerde criteria, te weten dat de verlangde informatie duidelijk en

nauwkeurig is en noodzakelijk voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de wezenlijke bestanddelen van de verbintenis en zij voldoende rechtszekerheid waarborgt, onder meer doordat de verzekeraar in staat wordt gesteld met een voldoende mate van voorspelbaarheid vast te stellen welke aanvullende informatie hij dient te verstrekken en de verzekeringnemer kan verwachten.”

- 15.2 Ik ben van oordeel dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord, net als (volgens mij) de Vereniging, (voorzichtig, omdat het wat haar betreft eigenlijk niet aan de orde kan zijn) NN, de Consumentenbond en Van Rossum.

De eisen die worden gesteld aan een verplichting om aanvullende informatie te verstrekken

- 15.3 Het HvJ EU heeft in *NN/Van Leeuwen* geoordeeld dat art. 31 lid 3 DLR niet eraan in de weg staat dat een verzekeraar op grond van algemene beginselen van intern recht, zoals open en/of ongeschreven regels, is gehouden de verzekeringnemer bepaalde informatie te verstrekken in aanvulling op de gegevens vermeld in Bijlage II bij de DLR, mits aan de eisen van art. 31 lid 3 DLR wordt voldaan. Dit betekent dat de aanvullende informatie (i) duidelijk en (ii) nauwkeurig moet zijn en (iii) nodig/noodzakelijk om de verzekeringnemer een goed begrip te geven van de wezenlijke bestanddelen van de verzekering(sovereenkomst) en bovendien moet (iv) de grondslag van de verplichting om aanvullende informatie te verstrekken een toereikend niveau van rechtszekerheid voor de verzekeraar waarborgen, zodat de verzekeraar met een voldoende mate van voorspelbaarheid kan vaststellen welke aanvullende informatie hij aan verzekeringnemers moet verstrekken en de verzekeringnemer kan verwachten (randnummers 8.16 en 9.6 hiervoor).

- 15.4 Duidelijk is aldus dat, indien een verzekeraar op grond van (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen is gehouden om aanvullende gegevens aan verzekeringnemers te verstrekken, bovenop de gegevens die op grond van sectorspecifieke regelgeving moeten worden verstrekt, een dergelijke verplichting moet voldoen aan de hiervoor genoemde, door het HvJ in de arresten *Axa Royale* en *NN/Van Leeuwen* geformuleerde criteria van art. 31 lid 3 DLR.

- 15.5 Ik maak daarbij de kanttekening dat wat mij betreft niet meteen voor de hand ligt dat de privaatrechtelijke norm wilsovereenstemming wordt gekwalificeerd als een verplichting om aanvullende gegevens te verstrekken in de zin van art. 31 lid 3 DLR. Zoals gezegd, moet de vraag wat partijen zijn overeengekomen (waar bestaat wilsovereenstemming over?) worden onderscheiden van de vraag welke aanvullende informatie levensverzekeraars aan verzekeringnemers hadden moeten verstrekken (randnummer 14.26, onder (i), hiervoor). Het ligt mijns inziens dus niet voor de hand dat ook de norm wilsovereenstemming aan de vereisten van art. 31 lid 3 DLR moet voldoen. Voor de praktijk maakt het waarschijnlijk weinig verschil of bij wilsovereenstemming wel of niet aan de eisen van art. 31 lid 3 DLR moet worden voldaan, omdat mag worden aangenomen dat bij die norm steeds aan deze eisen wordt voldaan. Volledige wilsovereenstemming veronderstelt namelijk dat de verzekeraar steeds voldoende (i) duidelijke en (ii) nauwkeurige informatie aan de verzekeringnemer heeft verstrekt, zodat die (iii) een goed begrip heeft gekregen van de wezenlijke bestanddelen van de verzekering. Omdat de verzekeraar wordt geacht te weten welke kenmerkende eigenschappen van de verzekering aanvullende informatie vereisen (randnummer 8.14 hiervoor), kan hij ook met een voldoende mate van voorspelbaarheid vaststellen dat dus géén (volledige) wilsovereenstemming wordt bereikt indien hij over bepaalde (wezenlijke) bestanddelen van de verzekering onvoldoende (duidelijke en nauwkeurige) informatie verstrekt.

In zijn algemeenheid kan niet worden gezegd of (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen aan de eisen van art. 31 lid 3 DLR voldoen

- 15.6 Het is steeds aan de nationale rechter om te beoordelen óf de aan de orde zijnde (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen en de op basis daarvan eventueel te verstrekken aanvullende informatie aan de vereisten van art. 31 lid 3 DLR voldoen (randnummer 8.15 hiervoor). Uitgezonderd de norm wilsovereenstemming (randnummer 15.5 hiervoor), kan in zijn

algemeenheid niet worden gezegd of aan deze eisen wordt voldaan of niet; dit zal steeds moeten worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval.

15.7 Het antwoord op de vraag of de verlangde aanvullende informatie (i) duidelijk en (ii) nauwkeurig en (iii) nodig/noodzakelijk is om de verzekeringnemer een goed begrip te geven van de wezenlijke bestanddelen van de verzekering(sovereenkomst), hangt voornamelijk af van (a) de aanvullende informatie in kwestie en (b) de aard van de verzekering(sovereenkomst). Het zal immers per (type) verzekering verschillen welke aanvullende informatie voldoende duidelijk en nauwkeurig is en bovendien nodig/noodzakelijk om de verzekeringnemer een goed begrip te geven van de wezenlijke bestanddelen van de verzekering.

15.8 Het antwoord op de vraag of (iv) de grondslag van de verplichting om aanvullende informatie te verstrekken – derhalve de aan de orde zijnde (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke norm – een toereikend niveau van rechtszekerheid voor de verzekeraar waarborgt, zodat deze met een voldoende mate van voorspelbaarheid kan vaststellen welke aanvullende informatie hij aan verzekeringnemers moet verstrekken, hangt voornamelijk af van (a) de aan de orde zijnde (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke norm en (b) de inhoud van de verplichting tot het verstrekken van aanvullende informatie (welke aanvullende gegevens zijn duidelijk, nauwkeurig en nodig/noodzakelijk en moeten op basis van de (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke norm worden verstrekt?). Aan de hand van deze factoren moet de rechter immers beoordelen of de verzekeraar met een voldoende mate van voorspelbaarheid kon vaststellen dat hij op grond van een bepaalde (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke norm was gehouden om bepaalde aanvullende gegevens aan een verzekeringnemer te verstrekken. Daarbij merk ik op dat het HvJ EU heeft bepaald dat voor een toereikend niveau van rechtszekerheid “een voldoende mate van voorspelbaarheid” volstaat. Het hoeft dus niet te gaan om ‘absolute’ voorspelbaarheid. In dat laatste geval zouden open en/of ongeschreven normen ook niet kunnen dienen als mogelijke grondslag van een verplichting om aanvullende informatie te verstrekken; dergelijke normen impliceren immers een bepaalde mate van onzekerheid.

De eis van voorspelbaarheid nader bezien

15.9 Hoewel dus in zijn algemeenheid (afgezien van de norm wilsovereenstemming) niet kan worden gezegd dat één of meer bepaalde (open en/of ongeschreven) privaatrechtelijke normen en de eventueel op basis daarvan te verstrekken aanvullende informatie aan de eisen van art. 31 lid 3 DLR voldoen, heeft het HvJ EU in *NN/Van Leeuwen* met betrekking tot de eis van voorspelbaarheid (vereiste (iv)) wel in het algemeen overwogen dat het aan de *verzekeraar* is om de aard en de kenmerkende eigenschappen van de door hem aangeboden verzekeringsproducten te bepalen en dat de *verzekeraar* dan ook in beginsel zou moeten kunnen vaststellen welke kenmerkende eigenschappen van die producten rechtvaardigen dat aan de verzekeringnemer aanvullende informatie moet worden verstrekt. Dat het HvJ EU deze verantwoordelijkheid expliciet bij de verzekeraar heeft neergelegd, is niet verwonderlijk. De verzekeraar kent zijn eigen verzekeringsproduct immers als geen ander en weet derhalve het beste welke kenmerkende eigenschappen van de verzekering extra informatie rechtvaardigen.³⁶² Ik leid uit deze overweging van het HvJ EU af dat een verzekeraar zich niet eenvoudig met succes tegen een aanvullende informatieverplichting kan verweren door te stellen dat hij niet wist dat bepaalde aanvullende informatie nodig/noodzakelijk was om de verzekeringnemer een goed begrip te geven van de wezenlijke bestanddelen van de verzekering (vereiste (iii)), of dat hij niet met een voldoende mate van voorspelbaarheid kon vaststellen welke aanvullende informatie hij aan verzekeringnemers moest verstrekken (vereiste (iv)).³⁶³

15.10 Vertaald naar de procedure tussen de Vereniging en NN betekent dit, dat kan worden vastgesteld dat achtereenvolgens de Ombudsman Levensverzekering, de Ombudsman Verzekeringen en de Ombudsman Financiële Dienstverlening in de jaren 1992 tot en met 2008 consequent en uitdrukkelijk in hun jaarverslagen hebben geconstateerd dat, kort gezegd, de informatieverstrekking door verzekeraars met betrekking tot beleggingsverzekeringen

onvoldoende transparant en ondermaats was, onder meer ten aanzien van de kosten en de risicopremie (randnummers 4.15-4.19, 4.21, 4.22, 4.28-4.31, 4.38, 4.40, 4.52, 4.53, 4.58, 4.59, 4.67-4.70, 4.81, 4.82, 4.85, 4.86, 4.89, 4.96 en 4.100 hiervoor). Waar van een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument niet direct kan worden verwacht dat hij zich, voor aanschaf van een verzekeringsproduct, op de hoogte stelt van de inhoud van de jaarverslagen van de Ombudsman, kan dit wel worden verwacht van een verzekeraar. Verzekeraars zijn – als professionele partij – immers niet alleen deskundig ten aanzien van hun eigen producten, maar hun deskundigheid heeft ook betrekking op (officiële) rapporten, (jaar)verslagen en kritische commentaren die over hun producten verschijnen.³⁶⁴ Dergelijke rapporten, verslagen en commentaren geven – net als de klachten die verzekeringnemers over verzekeringsproducten indienen en de procedures die daarover aanhangig worden gemaakt – de levensverzekeraar kennis en inzicht in wat er mogelijk 'mis' gaat bij de verzekeringsproducten die hij verkoopt en waar hij mogelijk tekortschiet in het adequaat informeren van de verzekeringnemer. Van levensverzekeraars mag dan ook worden verwacht dat zij de (officiële) publicaties over hun producten – en dat geldt zeker ook voor de jaarverslagen van de Ombudsman – tot zich nemen en vervolgens, indien aangewezen, daarop hun handelwijze aanpassen.

- 15.11 De Ombudsman heeft naar eigen zeggen vanaf 1971 (randnummer 4.22 hiervoor), maar in elk geval vanaf 1992 in al zijn jaarverslagen op niet voor misverstand vatbare wijze geconstateerd dat de informatieverstrekking door verzekeraars onvoldoende (transparant) was, met name ten aanzien van de kosten en risicopremie. Deze continue en glasheldere constatering, in combinatie met het uitgangspunt dat het aan de verzekeraar zelf is om vast te stellen welke kenmerkende eigenschappen van de verzekeringsproducten rechtvaardigen dat aan de verzekeringnemer aanvullende informatie moet worden verstrekt, maken dat het mij niet zou verbazen als feitenrechters zouden oordelen dat verzekeraars reeds in de jaren negentig in staat waren om met een voldoende mate van voorspelbaarheid vast te stellen dat het, voor een goed begrip van de verzekeringnemer van de wezenlijke bestanddelen van de verzekering, nodig/noodzakelijk was om – bovenop de informatie die op grond van sectorspecifieke regelgeving moest worden verstrekt – bepaalde aanvullende informatie te verstrekken ten aanzien van, bijvoorbeeld, de kosten, risicopremie en risico's van beleggingsverzekeringen. Hoe complex beleggingsverzekeringen ook zijn en waren, het 'resultaat' ervan is, als gezegd, eigenlijk maar van twee factoren afhankelijk: (i) de hoogte van de kosten en premies die worden ingehouden en (ii) de ontwikkeling op de beurs. Zo bezien, lijkt het zeker voor professionele levensverzekeraars niet moeilijk voorspelbaar dat zij concrete gegevens over kosten, risicopremie en beleggingsrisico's aan de verzekeringnemer moesten verstrekken.
- 15.12 Natuurlijk moet worden gewaakt voor oordelen met *the benefit of hindsight*. Met de kennis en ervaring van nu is het eenvoudig om te zeggen dat de informatieverstrekking pakweg dertig jaar geleden te wensen overliet. De informatieverstrekking wordt beoordeeld aan de hand van de toen geldende normen. Het is daarom belangrijk om bronnen uit de desbetreffende periode te raadplegen bij het achterhalen wat destijds werd gezien als voldoende (duidelijke) informatie. De jaarverslagen van de opeenvolgende Ombudsmannen stammen uit de jaren waar het hier om gaat: de jaren 1992 tot en met 2008. In de ogen van de Ombudsman – die uiteraard oordeelde naar de *toenmalige* opvattingen en standaarden – verstrekten levensverzekeraars onvoldoende (duidelijke) informatie. Dat de regelgevers hiervan pas rond 2008 voldoende waren doordrongen – en zij dus eigenlijk al die jaren onvoldoende met de kritiek van de Ombudsman hebben gedaan (randnummer 5.4 hiervoor) – mag de levensverzekeraars niet baten. Op hen rust, als ontwikkelaars/verkopers van het product die zelf het beste weten welke kenmerkende eigenschappen van het product aanvullende informatie vereisen, vanaf het eerste moment dat zij beleggingsverzekeringen op de markt brachten, de primaire verantwoordelijkheid om verzekeringnemers op een juiste, duidelijke en volledige wijze te informeren. Zij kunnen zich daarbij niet verschuilen achter regelgevers, die (te) veel tijd nodig hebben gehad om de sectorspecifieke regelgeving op peil te brengen.

16 Het antwoord op de prejudiciële vragen

- 16.1 Het antwoord op de eerste prejudiciële vraag luidt wat mij betreft dat naleving door een verzekeraar van de in de DLR en in de nationale uitwerkingen daarvan in RIAV 1994 en RIAV 1998 neergelegde (toezichtrechtelijke) informatieplichten niet meebrengt dat deze verzekeraar in het algemeen (specifieke op een bepaald persoon betrekking hebbende bijzonderheden daargelaten die er in deze artikel 3:305a BW-procedure niet toe doen) daarmee (ook) aan zijn (privaatrechtelijke) verplichtingen heeft voldaan, die onder meer voortvloeien uit Europese privaatrechtelijke (open) normen, zoals met name de Richtlijn oneerlijke bedingen 93/13 en de daarin neergelegde transparantie-eis en aan nationale privaatrechtelijke (open) normen, zoals wilsovereenstemming, onredelijk bezwarende bedingen in de zin van art. 6:233 e.v. BW, de geïmplementeerde transparantie-eis in art. 6:238 lid 1 BW, de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW) en de (contractuele of buitencontractuele) zorgplicht van de verzekeraar jegens de verzekeringnemer.
- 16.2 Voor het door het hof, min of meer buiten de eerste prejudiciële vraag om, verzochte toetsingskader verwijs ik naar hetgeen ik heb uiteengezet in randnummer 14.26 hiervoor.
- 16.3 Het antwoord op de tweede, voorwaardelijk gestelde, prejudiciële vraag luidt wat mij betreft dat aanvullende informatieverplichtingen die op grond van de genoemde Europese en/of Nederlandse (open) normen worden aangenomen, wel moeten voldoen aan de door het HvJ in de arresten *Axa Royale* en *NN/Van Leeuwen* geformuleerde criteria, te weten dat de verlangde informatie duidelijk en nauwkeurig is en noodzakelijk voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de wezenlijke bestanddelen van de verbintenis en dat zij voldoende rechtszekerheid waarborgt, onder meer doordat de verzekeraar in staat wordt gesteld met een voldoende mate van voorspelbaarheid vast te stellen welke aanvullende informatie hij dient te verstrekken en de verzekeringnemer kan verwachten. Ik maak in dit kader een kanttekening bij de privaatrechtelijke 'norm' wilsovereenstemming (randnummer 15.5 hiervoor).

17 Conclusie

- 17.1 De conclusie strekt tot beantwoording van de prejudiciële vragen zoals voorgesteld in paragraaf 16 hiervoor.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

¹ Richtlijn 92/96/EEG van de Raad van 10 november 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe levensverzekeringsbedrijf en tot wijziging van de Richtlijnen 79/267/EEG en 90/619/EEG (Derde levensrichtlijn), *PbEG* 1992, L 360.

² HvJ EU 29 april 2015, zaak C-51/13, ECLI:EU:C:2015:286, *NJ* 2016/352 m.nt. M.M. Mendel, *JOR* 2015/172 m.nt. C.W.M. Lieveerse, *Ondernemingsrecht* 2015/76 m.nt. K. Frielink en *Ars Aequi* 2015, p. 696 e.v. m.nt. D. Busch & T.M.C. Arons (*NN/Van Leeuwen*).

³ Hof Den Haag 23 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:302.

⁴ Feitenonderzoek Beleggingsverzekeringen, in opdracht van het ministerie van Financiën uitgevoerd door de Autoriteit Financiële Markten in samenwerking met MoneyView, 9 oktober 2008, p. 12 en 16-

⁵ Feitenonderzoek Beleggingsverzekeringen, in opdracht van het ministerie van Financiën uitgevoerd door de Autoriteit Financiële Markten in samenwerking met MoneyView, 9 oktober 2008, p. 13 en 14.

⁶ Feitenonderzoek Beleggingsverzekeringen, in opdracht van het ministerie van Financiën uitgevoerd door de Autoriteit Financiële Markten in samenwerking met MoneyView, 9 oktober 2008, p. 22, 28-30 en 34.

⁷ Zie <https://www.afm.nl/nl-nl/consumenten/themas/producten/beleggingsverzekering/woekerpolis>.

⁸ Feitenonderzoek Beleggingsverzekeringen, in opdracht van het ministerie van Financiën uitgevoerd door de Autoriteit Financiële Markten in samenwerking met MoneyView, 9 oktober 2008, p. 22 en 23.

⁹ De Ombudsman Financiële Dienstverlening was tot 1 oktober 2015 een functionaris bij het financiële klachteninstituut KiFiD, die bemiddelde tussen de indiener van een klacht en de financiële dienstverlener. Vanaf 1 oktober 2015 is de bemiddeling door de Ombudsman overgenomen door de Geschillencommissie van het KiFiD. Sindsdien kent het KiFiD geen aparte Ombudsman meer.

¹⁰ Aanbeveling Ombudsman Financiële Dienstverlening, inzake het geschil tussen particuliere afnemers van een beleggingsverzekering en bij het KiFiD aangesloten verzekeringsmaatschappijen, 4 maart 2008, p. 8.

¹¹ Aanbeveling Ombudsman Financiële Dienstverlening, inzake het geschil tussen particuliere afnemers van een beleggingsverzekering en bij het KiFiD aangesloten verzekeringsmaatschappijen, 4 maart 2008, p. 7-11.

¹² Zie <https://www.verzekeraars.nl/verzekeringsthemas/leven/beleggingsverzekeringen#>.

¹³ NN somt in randnummer 58. van haar schriftelijke opmerkingen vijftien uitspraken op in procedures die in Nederland over beleggingsverzekeringen zijn gevoerd. Het gaat met name om collectieve procedures; van individuele procedures is nauwelijks sprake. In paragraaf 11 wordt nader ingegaan op de stand van de rechtspraak.

¹⁴ Waarbij verzekeringnemers die reeds een compensatie op grond van de compensatieregelingen ontvingen een hogere compensatie zullen nastreven en verzekeringnemers die op grond van de compensatieregelingen niet in aanmerking kwamen voor een compensatie, erop uit zullen zijn via een gerechtelijke procedure alsnog een compensatie te verkrijgen.

¹⁵ Het begrip 'levensverzekering' kent meerdere definities. Volgens de definitie in het BW is een levensverzekering een in verband met het leven of de dood gesloten sommenverzekering, met dien verstande dat een ongevalverzekering niet als levensverzekering wordt beschouwd (art. 7:975 BW). Art. 1:1 Wft definieert de levensverzekering als een verzekering zoals bedoeld in art. 7:975 BW, met dien verstande dat de prestatie van de levensverzekeraar uitsluitend in geld geschiedt.

¹⁶ W.M.A. Kalkman, *Levensverzekering*, Deventer: Kluwer 2013, p. 18.

¹⁷ Feitenonderzoek Beleggingsverzekeringen, in opdracht van het ministerie van Financiën uitgevoerd door de Autoriteit Financiële Markten in samenwerking met MoneyView, 9 oktober 2008, p. 111.

¹⁸ Ondanks het beleggingsaspect van beleggingsverzekeringen is nog steeds sprake van een verzekering. Het HvJ EU heeft bevestigd dat verzekeringsovereenkomsten die met beleggingsfondsen zijn verbonden (zoals beleggingsverzekeringen) als verzekeringsovereenkomsten worden beschouwd. Zie HvJ EU 1 maart 2012, zaak C-166/11, ECLI:EU:C:2012:119 (*Alonso/Nationale Nederlanden Vida Cia De Seguros y Reaseguros SAE*), punten 29-31.

¹⁹ Art. 1:1 Wft bevat wel een definitie van een 'verzekering met een beleggingscomponent'. Dit betreft een levensverzekering, met uitzondering van een levensverzekering die uitsluitend uitkeert bij overlijden, een verzekering die fiscaal gefaciliteerd is om te voorzien in een pensioeninkomen of een natura-uitvaartverzekering, waarbij de afkoopwaarde of de uitkering van de verzekering afhankelijk is van ontwikkelingen op de financiële markten of andere markten.

²⁰ Commissie van Beroep KiFiD 31 mei 2016, nr. 2016-017, punt 4.1. Zie ook E.E. Ribbers, 'De beleggingsverzekering', in M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 1044 en W.M.A. Kalkman, *Levensverzekering*, Deventer: Kluwer 2013, p. 231.

- ²¹ Tenzij de klant met de verzekeraar een garantie heeft afgesproken in de vorm van een minimumkapitaal of minimumrendement.
- ²² E.E. Ribbers, 'De beleggingsverzekering', in M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 1044-1045.
- ²³ Zie onder meer E.E. Ribbers, 'De beleggingsverzekering', in M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 1045 en L.J. Silverentand & F.W.J. van der Eerden (red.), *Hoofdlijnen Wft*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 3.3.14. Zie ook het Feitenonderzoek Beleggingsverzekeringen, in opdracht van het ministerie van Financiën uitgevoerd door de Autoriteit Financiële Markten in samenwerking met MoneyView, 9 oktober 2008, p. 36 en 109-113.
- ²⁴ Om te voorkomen dat nabestaanden van een vroegtijdig overleden deelnemer met lege handen komen te staan, wordt bij de spaarkas vaak ook een overlijdensrisicoverzekering afgesloten. Bij overlijden van een deelnemer voor het einde van de looptijd van de spaarkasovereenkomst, wordt een uitkering gedaan op basis van deze overlijdensrisicoverzekering.
- ²⁵ De overlijdensrisicopremie kan wel stijgen met het stijgen van de leeftijd van de verzekerde, omdat het risico van overlijden dan groter is.
- ²⁶ Afbeelding overgenomen uit het rapport van de Commissie transparantie beleggingsverzekeringen (hierna ook aangeduid als het Rapport Commissie De Ruiter, randnummer 4.80 hierna), *Advies aan het Verbond van Verzekeraars*, 20 december 2006, p. 19.
- ²⁷ Eventueel na aankoopkosten voor de participaties te hebben ingehouden.
- ²⁸ Afbeelding overgenomen uit het rapport van de Commissie transparantie beleggingsverzekeringen (hierna ook aangeduid als het Rapport Commissie De Ruiter), *Advies aan het Verbond van Verzekeraars*, 20 december 2006, p. 19.
- ²⁹ Daarnaast geldt dat de overlijdensrisicopremie doorgaans ook stijgt met het stijgen van de leeftijd van de verzekerde.
- ³⁰ Schriftelijke opmerkingen van NN, randnummers 104.-105.
- ³¹ Zie onder meer het Feitenonderzoek Beleggingsverzekeringen, in opdracht van het ministerie van Financiën uitgevoerd door de Autoriteit Financiële Markten in samenwerking met MoneyView, 9 oktober 2008, p. 37 en 117 en het rapport van de Commissie transparantie beleggingsverzekeringen (hierna ook aangeduid als het Rapport Commissie De Ruiter), *Advies aan het Verbond van Verzekeraars*, 20 december 2006, p. 20 en 21.
- ³² Sinds 1 januari 2013 is het niet meer toegestaan dat de tussenpersoon wordt beloond met een provisie die door de verzekeraar wordt betaald (en aan de verzekeringnemer wordt doorberekend). De betaling voor advies en bemiddeling moet de cliënt nu rechtstreeks aan de tussenpersoon verrichten (art. 86c Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft).
- ³³ Een premievrijmaking houdt in dat de verzekeringnemer ophoudt met premie betalen, maar de verzekering niet afkoopt. De tot dan toe in de verzekering opgebouwde waarde wordt gebruikt als koopsom voor een vergelijkbare verzekering, maar dan met een lager verzekerd bedrag.
- ³⁴ Feitenonderzoek Beleggingsverzekeringen, in opdracht van het ministerie van Financiën uitgevoerd door de Autoriteit Financiële Markten in samenwerking met MoneyView, 9 oktober 2008, p. 38.
- ³⁵ Feitenonderzoek Beleggingsverzekeringen, in opdracht van het ministerie van Financiën uitgevoerd door de Autoriteit Financiële Markten in samenwerking met MoneyView, 9 oktober 2008, p. 38.
- ³⁶ Feitenonderzoek Beleggingsverzekeringen, in opdracht van het ministerie van Financiën uitgevoerd door de Autoriteit Financiële Markten in samenwerking met MoneyView, 9 oktober 2008, p. 39.
- ³⁷ E.E. Ribbers, 'De beleggingsverzekering', in M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 1076-1084.
- ³⁸ Een rekenkundig gemiddelde van een reeks getallen is gelijk aan de som van de getallen, gedeeld door het aantal getallen.
- ³⁹ Een meetkundig gemiddelde van een reeks (bijvoorbeeld drie) getallen kan worden berekend door de drie getallen met elkaar te vermenigvuldigen en vervolgens daarvan de derdemachtswortel te

nemen (wanneer het om drie getallen gaat).

⁴⁰ Schriftelijke opmerkingen van NN, randnummer 115.

⁴¹ Op grond van art. 7:977 lid 1 BW kan een verzekering in principe niet op grond van enig beding vervallen. Deze regel geldt echter niet voor een beding waarin de verzekering eindigt of door de verzekeraar kan worden opgezegd omdat zij niet langer premievrije waarde of afkoopwaarde heeft.

⁴² Volgens NN is van het verliezen van de dekking bij overlijden nooit sprake geweest, omdat de verzekeringnemer in dit geval altijd in de gelegenheid werd gesteld om de overlijdensrisicodekking voort te zetten in een losse overlijdensrisicoverzekering (voetnoot 105 van de schriftelijke opmerkingen van NN).

⁴³ *Churning* is sinds 1 januari 2007 verboden op grond van art. 84 van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft. Daarin is bepaald dat een beleggingsonderneming zich onthoudt van het uitvoeren van transacties voor rekening van cliënten met een zodanige frequentie of van een zodanige omvang dat dit gezien de omstandigheden kennelijk slechts strekt tot bevoordeling van de beleggingsonderneming, tenzij sprake is van transacties waarvoor de cliënt op eigen initiatief uitdrukkelijk opdracht heeft gegeven.

⁴⁴ Conclusie A-G Sharpston van 12 juni 2014 (ECLI:EU:C:2014:1921), punt 26, voor HvJ EU 29 april 2015, zaak C-51/13, ECLI:EU:C:2015:286, *NJ* 2016/352 m.nt. M.M. Mendel, *JOR* 2015/172 m.nt. C.W.M. Lieverse, *Ondernemingsrecht* 2015/76 m.nt. K. Frieling en *Ars Aequi* 2015, p. 696 e.v. m.nt. D. Busch & T.M.C. Arons (*NN/Van Leeuwen*).

⁴⁵ Ontleend aan J.H. Wansink, 'Over 'geïnformeerde besluiten' en 'verzwegen valkuilen'', *AV&S* 2009/36, p. 275.

⁴⁶ Rov. 3.3 van het arrest van 23 februari 2021 van het hof Den Haag.

⁴⁷ Eerste Richtlijn van de Raad van 5 maart 1979 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot het directe levensverzekeringsbedrijf, en de uitoefening daarvan (79/267/EEG), *PbEG* 1979, L 63/1.

⁴⁸ Tweede Richtlijn van de Raad van 8 november 1990 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe levensverzekeringsbedrijf, tot vaststelling van de bepalingen ter bevordering van de daadwerkelijke uitoefening van het vrij verrichten van diensten en houdende wijziging van Richtlijn 79/267/EEG (90/61 9/EEG), *PbEG* 1990, L 330/50.

⁴⁹ Art. 22 lid 1 van de Tweede Levensrichtlijn.

⁵⁰ Voorstel voor een Derde richtlijn van de Raad tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe levensverzekeringsbedrijf en tot wijziging van de Richtlijn 79/267/EEG en 90/619/EEG (COM(91) 57 def.), SYN 329, 22 maart 1991.

⁵¹ Voorstel DLR, p. 4.

⁵² Voorstel DLR, p. 6.

⁵³ Voorstel DLR, p. 29.

⁵⁴ Richtlijn 92/96/EEG van de Raad van 10 november 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe levensverzekeringsbedrijf en tot wijziging van de Richtlijnen 79/267/EEG en 90/619/EEG (Derde levensrichtlijn), *PbEG* 1992, L 360.

⁵⁵ Het begin van het Europese toezichtrecht wordt in zijn algemeenheid gekenmerkt door het vaststellen van richtlijnen met een minimumharmonisatie. Zie C.M. Grundmann-van de Krol, 'Een halve eeuw regulering van de financiële sector: observaties en enkele conclusies', *MvO* 2021/9.1, par. 4.

⁵⁶ Naast de inlichtingen die vóór sluiting van de overeenkomst moesten worden meegedeeld (Bijlage II, onder A., bij de DLR), moesten levensverzekeraars ook inlichtingen verstrekken gedurende de looptijd van de verzekering. Zie Bijlage II, onder B., bij de DLR.

⁵⁷ Wet van 9 maart 1994, houdende vervanging van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf door de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993, *Stb.* 1994/252.

⁵⁸ De Nederlandse regering heeft voor uitwerking in een ministeriële regeling gekozen, omdat het onpraktisch en onnodig belastend voor de betrokken instanties zou zijn indien de gehele formele

wetgevingsprocedure zou moeten worden doorlopen als in de praktijk zou blijken dat de uitwerking van de informatievoorschriften enigszins moet worden aangepast. Zie *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 199, nr. 6, p. 19.

⁵⁹ Regeling informatieverstrekking aan verzekeringnemers 1994 (RIAV 1994), *Stcrt.* 1994/97, p. 18 en 19.

⁶⁰ *Stcrt.* 1994/97, p. 19.

⁶¹ De Ombudsman Levensverzekering is in 2001 (samen met de Ombudsman Schadeverzekering) opgegaan in de Ombudsman Verzekeringen, die op zijn beurt in 2007 is opgegaan in de Ombudsman Financiële Dienstverlening van het KiFiD. Sinds 1 oktober 2015 is de rol van de Ombudsman overgenomen door de Geschillencommissie van het KiFiD.

⁶² Drieëntwintigste verslag van werkzaamheden Ombudsman Levensverzekering, Verslagperiode: 1 januari 1993 t/m 31 december 1993, p. 19. Zie ook het Tweeëntwintigste verslag Ombudsman Levensverzekering (over het jaar 1992), p. 17-20 en het Vierentwintigste verslag Ombudsman Levensverzekeringen, Verslagperiode: 1 januari 1994 t/m 31 december 1994, p. 17-23.

⁶³ Vierentwintigste verslag Ombudsman Levensverzekeringen, Verslagperiode: 1 januari 1994 t/m 31 december 1994, p. 20-21.

⁶⁴ Vierentwintigste verslag Ombudsman Levensverzekeringen, Verslagperiode: 1 januari 1994 t/m 31 december 1994, p. 22.

⁶⁵ A.W.A. Boot, *Koopsommen en premiestortingen een goudmijn: maar voor wie? De consument betaalt, de overheid kijkt toe en de verzekeringsmaatschappij is de lachende derde*, onderzoeksrapport UvA, 20 november 1995.

⁶⁶ A.W.A. Boot, *Koopsommen en premiestortingen een goudmijn: maar voor wie? De consument betaalt, de overheid kijkt toe en de verzekeringsmaatschappij is de lachende derde*, onderzoeksrapport UvA, 20 november 1995, p. 1.

⁶⁷ A.W.A. Boot, *Koopsommen en premiestortingen een goudmijn: maar voor wie? De consument betaalt, de overheid kijkt toe en de verzekeringsmaatschappij is de lachende derde*, onderzoeksrapport UvA, 20 november 1995, p. 4.

⁶⁸ Daar, op p. 6 van het onderzoeksrapport, staat onder meer: "Navraag bij Nationale Nederlanden over het percentage van de koopsom dat daadwerkelijk wordt belegd, levert niets op. De inspecteurs schijnen niet te weten hoe prognoses en dergelijke tot stand komen "Wij voeren de grootte van de koopsom in de computer [in, A-G] en draaien vervolgens de prognoses uit, maar hoe ze tot stand komen weten we niet". Consultatie van de desbetreffende inspectrice met haar collega's levert ook niets op Misschien dat er een afdeling is die het wel weet? Dat blijkt de actuariële afdeling te zijn, deze bepalen [bepaalt, A-G] de prognoses. Maar: "...de actuariële afdeling is telefonisch niet bereikbaar...". Is er dan een andere mogelijkheid? Kennelijk niet, en onze inspectrice besluit dan ook met de woorden: "...hoe prognoses berekend worden, dat is informatie die we ook niet naar buiten mogen brengen"."

⁶⁹ *Aanhangsel van de Handelingen II* 1995-1996, nr. 430, p. 875.

⁷⁰ 25ste verslag van werkzaamheden Ombudsman Levensverzekering, Verslagperiode: 1 januari 1995 t/m 31 december 1995, p. 18.

⁷¹ 25ste verslag van werkzaamheden Ombudsman Levensverzekering, Verslagperiode: 1 januari 1995 t/m 31 december 1995, p. 21.

⁷² *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 456 en 23 669, nr. 12, p. 7.

⁷³ *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 456 en 23 669, nr. 12, p. 16 en 17.

⁷⁴ Het Verbond van Verzekeraars is de brancheorganisatie van schade- en levensverzekeraars. Het Verbond behartigt op dit moment de belangen van ruim 95% van alle verzekeraars in Nederland. Zie <https://www.verzekeraars.nl/over-het-verbond>.

⁷⁵ De Verzekeringskamer is in 1923 opgericht om toezicht te houden op levensverzekeraars. Later zijn ook andere verzekeraars onder het toezicht van de Verzekeringskamer komen te staan, net als pensioenfondsen, waarna de naam in 2001 is veranderd in Pensioen- & Verzekeringskamer. In 2004 is de Pensioen- & Verzekeringskamer gefuseerd met De Nederlandsche Bank.

- ⁷⁶ De CRR 1996 is vanaf 1 september 1996 gefaseerd in werking getreden en gold vanaf 1 januari 1997 voor offertes.
- ⁷⁷ CRR 1996, p. 1.
- ⁷⁸ CRR 1996, p. 4. De twee voorgeschreven voorbeeldkapitalen, het zogeheten 'minimum rendement' en het 'gemiddeld rendement', moesten worden gebaseerd op historisch behaalde rendementen over een periode van twintig jaar.
- ⁷⁹ CRR 1996, p. 3.
- ⁸⁰ A.I.M. Kool, 'De Code Rendement en Risico is niet meer, leve de financiële bijsluiter', *VA* 2002/4, p. 130.
- ⁸¹ 26ste verslag van werkzaamheden Ombudsman Levensverzekering, Verslagperiode 1 januari 1996 t/m 31 december 1996, p. 6.
- ⁸² 26ste verslag van werkzaamheden Ombudsman Levensverzekering, Verslagperiode 1 januari 1996 t/m 31 december 1996, p. 18.
- ⁸³ 27ste verslag van werkzaamheden Ombudsman Levensverzekering, Verslagperiode 1 januari 1997 t/m 31 december 1997, p. 6.
- ⁸⁴ De Verzekeringskamer (G.C.M. Siegelaer, J.H. Klein Haneveld, I.A. Homan & D. Rispens), *Informatieverstrekking aan verzekeringnemers*, PVK Studies 14, Apeldoorn: april 1998.
- ⁸⁵ De Verzekeringskamer (G.C.M. Siegelaer, J.H. Klein Haneveld, I.A. Homan & D. Rispens), *Informatieverstrekking aan verzekeringnemers*, PVK Studies 14, Apeldoorn: april 1998, p. 9.
- ⁸⁶ De Verzekeringskamer (G.C.M. Siegelaer, J.H. Klein Haneveld, I.A. Homan & D. Rispens), *Informatieverstrekking aan verzekeringnemers*, PVK Studies 14, Apeldoorn: april 1998, p. 9.
- ⁸⁷ De Verzekeringskamer (G.C.M. Siegelaer, J.H. Klein Haneveld, I.A. Homan & D. Rispens), *Informatieverstrekking aan verzekeringnemers*, PVK Studies 14, Apeldoorn: april 1998, p. 10.
- ⁸⁸ *Kamerstukken II* 1997-1998, 25 600 IXB, nr. 19, p. 3.
- ⁸⁹ Zie de preambule van de CRR 1998. De CRR 1998 is gefaseerd ingevoerd: advertenties moesten vanaf 1 april 1998 aan de CRR 1998 voldoen, brochures vanaf 1 juli 1998 en offertes vanaf 1 oktober 1998.
- ⁹⁰ De 'afslag' op het gemiddeld historisch fondsrendement was bedoeld om de consument erop te wijzen dat beleggen risico's met zich brengt. De afslag op aandelenfondsen (60%) was dan ook hoger dan de afslag op obligatiefondsen (40%).
- ⁹¹ Het standaardfondsrendement is het rendement na aftrek van de beheerkosten van het fonds (de kosten die de verzekeraar in rekening brengt voor het beheer van het vermogen, randnummer 3.6 hiervoor).
- ⁹² A.I.M. Kool, 'De Code Rendement en Risico is niet meer, leve de financiële bijsluiter', *VA* 2002/4, p. 131.
- ⁹³ Hoofdstuk II, art. 06. van de eerste module van de CRR 1998.
- ⁹⁴ 28ste verslag van werkzaamheden Ombudsman Levensverzekering, Verslagperiode 1 januari 1998 t/m 31 december 1998, p. 17-18.
- ⁹⁵ Regeling informatieverstrekking aan verzekeringnemers 1998 (RIAV 1998), *Stcrt.* 1998/134.
- ⁹⁶ RIAV 1998, p. 3, tweede en derde kolom.
- ⁹⁷ RIAV 1998, p. 5, derde kolom, en p. 6, eerste kolom.
- ⁹⁸ RIAV 1998, p. 3, tweede en derde kolom.
- ⁹⁹ Beleidsregels inzake de Regeling informatieverstrekking aan verzekeringnemers 1998, *Stcrt.* 1998/34 / pag. 6, p. 1.
- ¹⁰⁰ Beleidsregels inzake de Regeling informatieverstrekking aan verzekeringnemers 1998, *Stcrt.* 1998/34 / pag. 6, p. 2.
- ¹⁰¹ *Kamerstukken II* 1998-1999, 26 676, nr. 1, p. 3.

- ¹⁰² *Kamerstukken II* 1998-1999, 26 676, nr. 1, p. 4.
- ¹⁰³ *Kamerstukken II* 1999-2000, 26 676, nr. 2, p. 11.
- ¹⁰⁴ Jaarverslag 1999 van de Stichting Klachteninstituut Verzekeringen, p. 19.
- ¹⁰⁵ Jaarverslag 1999 van de Stichting Klachteninstituut Verzekeringen, p. 20.
- ¹⁰⁶ *Kamerstukken II* 2001-2002, 26 676, nr. 5, p. 3.
- ¹⁰⁷ *Kamerstukken II* 2001-2002, 26 676, nr. 5, p. 3.
- ¹⁰⁸ *Kamerstukken II* 2000-2001, 26 676, nr. 4, p. 4.
- ¹⁰⁹ *Kamerstukken II* 2001-2002, 26 676, nr. 5, p. 3.
- ¹¹⁰ *Kamerstukken II* 2001-2002, 26 676, nr. 5, p. 2.
- ¹¹¹ Besluit van 20 december 2001, houdende regels met betrekking tot het door financiële ondernemingen ter beschikking stellen van een financiële bijsluiter bij complexe producten, *Stb.* 2001/670.
- ¹¹² Regeling van 26 juni 2002 houdende uitvoering van de artikelen 2, tweede derde en vijfde lid en 3, tweede en derde lid van het Besluit financiële bijsluiter, *Stcrt.* 2002/121.
- ¹¹³ Besluit van 20 december 2001, houdende regels met betrekking tot het door financiële ondernemingen ter beschikking stellen van een financiële bijsluiter bij complexe producten, *Stb.* 2001/670, p. 20.
- ¹¹⁴ A.I.M. Kool, 'De Code Rendement en Risico is niet meer, leve de financiële bijsluiter', *VA* 2002/4, p. 134-135.
- ¹¹⁵ A.I.M. Kool, 'De Code Rendement en Risico is niet meer, leve de financiële bijsluiter', *VA* 2002/4, p. 137.
- ¹¹⁶ Zie de preambule van de CRR 2002.
- ¹¹⁷ Richtlijn 2002/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 november 2002 betreffende levensverzekering, *PbEG* 2002, L 345.
- ¹¹⁸ Considerans (2) en (5) van de Levensrichtlijn 2002.
- ¹¹⁹ Net als in de DLR, moesten levensverzekeraars op grond van de Levensrichtlijn 2002 – naast de inlichtingen die zij vóór sluiting van de overeenkomst moesten geven (Bijlage III, onder A., bij de Levensrichtlijn 2002) – ook inlichtingen verstrekken gedurende de looptijd van de verzekering. Zie Bijlage III, onder B., bij de Levensrichtlijn 2002.
- ¹²⁰ Jaarverslag 2001 van de Ombudsman Verzekeringen en de Raad van Toezicht Verzekeringen, p. 6.
- ¹²¹ Jaarverslag 2003 van de Ombudsman Verzekeringen en de Raad van Toezicht Verzekeringen, p. 23. Zie in deze zin ook het Jaarverslag 2002 van de Ombudsman Verzekeringen en de Raad van Toezicht Verzekeringen, p. 27 en het Jaarverslag 2005 van de Ombudsman Verzekeringen en de Raad van Toezicht Verzekeringen, p. 14.
- ¹²² Jaarverslag 2005 van de Ombudsman Verzekeringen en de Raad van Toezicht Verzekeringen, p. 18.
- ¹²³ Jaarverslag 2002 van de Ombudsman Verzekeringen en de Raad van Toezicht Verzekeringen, p. 25-26.
- ¹²⁴ Op deze plaats in het jaarverslag staat een voetnoot met de volgende inhoud: *Hoge Raad 23 mei 1997, NJ 1998, 192.*
- ¹²⁵ Jaarverslag 2004 van de Ombudsman Verzekeringen en de Raad van Toezicht Verzekeringen, p. 21.
- ¹²⁶ Wet van 12 mei 2005, houdende regels voor de financiële dienstverlening, *Stb.* 2005/339.
- ¹²⁷ Besluit van 15 december 2005, houdende regels voor de financiële dienstverlening (Besluit financiële dienstverlening), *Stb.* 2005/676.
- ¹²⁸ *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 507, nr. 3, p. 2 en 3.
- ¹²⁹ *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 507, nr. 3, p. 4 en 5.
- ¹³⁰ *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 507, nr. 3, p. 4 en 5.
- ¹³¹ *Kamerstukken II* 2005-2006, 29 507, nr. 30, p. 2.

¹³² Zie de preambule van de CRR 2006.

¹³³ Nadere Regeling van de Autoriteit Financiële Markten van 7 februari 2006, houdende regels voor de informatieverstrekking bij complexe producten (Nadere Regeling financiële dienstverlening), *Stcrt.* 2006/36.

¹³⁴ Art. 10 lid 5 NRfd.

¹³⁵ Rapport van de Commissie transparantie beleggingsverzekeringen (hierna ook aangeduid als het Rapport Commissie De Ruiter), *Advies aan het Verbond van Verzekeraars*, 20 december 2006, te raadplegen via http://www.de-digitale-school.nl/uploads/Rapport_cie_DeRuiter.pdf, p. 6.

¹³⁶ Zie bijlagen 1 tot en met 3 bij de NRfd.

¹³⁷ A.I.M. Kool, 'De Code Rendement en Risico is niet meer, leve de financiële bijsluiter', *VA* 2002/4, p. 137.

¹³⁸ Vernoemd naar de voorzitter van de Commissie transparantie beleggingsverzekeringen, oud-minister mr. Job de Ruiter.

¹³⁹ Commissie transparantie beleggingsverzekeringen, *Advies aan het Verbond van Verzekeraars*, 20 december 2006, te raadplegen via http://www.de-digitale-school.nl/uploads/Rapport_cie_DeRuiter.pdf, hierna aangeduid als het 'Rapport Commissie De Ruiter').

¹⁴⁰ Rapport Commissie De Ruiter, p. 3.

¹⁴¹ Rapport Commissie De Ruiter, p. 5.

¹⁴² Rapport Commissie De Ruiter, p. 5-7.

¹⁴³ Rapport Commissie De Ruiter, p. 8.

¹⁴⁴ Rapport Commissie De Ruiter, p. 11.

¹⁴⁵ Rapport Commissie De Ruiter, p. 13.

¹⁴⁶ Rapport Commissie De Ruiter, p. 23.

¹⁴⁷ Model 1 zag op (algemene) informatie omtrent de beleggingsverzekering en was bedoeld als algemene informatieverstrekking aan belangstellende consumenten. Model 3 zag op de jaarlijkse cijfermatige informatieverstrekking (p. 18, 19 en 22 van het Rapport Commissie De Ruiter).

¹⁴⁸ Rapport Commissie De Ruiter, p. 20.

¹⁴⁹ Jaarverslag 2006 van de Ombudsman Verzekeringen en de Raad van Toezicht Verzekeringen, p. 26.

¹⁵⁰ Jaarverslag 2006 van de Ombudsman Verzekeringen en de Raad van Toezicht Verzekeringen, p. 25.

¹⁵¹ Wet van 28 september 2006, houdende regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop (Wet op het financieel toezicht), *Stb.* 2006/475.

¹⁵² Besluit van 12 oktober 2006, houdende regels met betrekking tot het gedragstoezicht op financiële ondernemingen (Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft), *Stb.* 2006/520.

¹⁵³ Nadere regeling van de Autoriteit Financiële Markten van 15 november 2006, houdende regels voor het gedragstoezicht op financiële ondernemingen op grond van de Wet op het financieel toezicht (Nadere Regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft), *Stcrt.* 2006/233, p. 27.

¹⁵⁴ *Kamerstukken II* 2006-2007, 29 507, nr. 39, p. 3 en 4.

¹⁵⁵ Besluit van 10 december 2007, houdende wijziging van het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft, *Stb.* 2007/520, p. 4.

¹⁵⁶ Besluit van 10 december 2007, houdende wijziging van het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft, *Stb.* 2007/520, p. 9.

¹⁵⁷ Aanbeveling Ombudsman Financiële Dienstverlening, inzake het geschil tussen particuliere afnemers van een beleggingsverzekering en bij het KiFiD aangesloten verzekeringsmaatschappijen, 4 maart 2008, p. 1.

¹⁵⁸ Consumenten kunnen zich onder bepaalde voorwaarden met klachten of een geschil wenden tot het KiFiD. Binnen het KiFiD treedt de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening op als geschillenbeslechter in eerste aanleg, waar de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening de

geschillen in beroep beoordeelt.

¹⁵⁹ *Kamerstukken II* 2006-2007, 29 507, nr. 40, met als bijlage de brief van 5 februari 2007 van C.E. du Perron en J.W. Wabeke aan de minister van Financiën, betreffende het advies inzake conflict beleggingspolissen, p. 1.

¹⁶⁰ Aanbeveling OFD, p. 1 en 2.

¹⁶¹ Aanbeveling OFD, p. 4.

¹⁶² Aanbeveling OFD, p. 6. Ook de tussenpersonen krijgen kritiek van de Ombudsman: Aanbeveling OFD, p. 6 en 7.

¹⁶³ Aanbeveling OFD, p. 7. De Ombudsman Financiële Dienstverlening laat in dit kader niet onvermeld dat de aanschaf van beleggingsverzekeringen enkele jaren fiscaal door de overheid is gefaciliteerd (zie ook randnummer 2.2 hiervoor) en zelfs werd gestimuleerd. De ingevoerde fiscale voordelen zijn in 2001 weer ingeperkt (randnummer 2.4 hiervoor). Deze wijzigingen in de fiscale overheidsregelgeving hebben volgens de Ombudsman Financiële Dienstverlening storend gewerkt.

¹⁶⁴ Aanbeveling OFD, p. 7 en 8.

¹⁶⁵ Aanbeveling OFD, p. 8.

¹⁶⁶ Aanbeveling OFD, p. 8-11.

¹⁶⁷ *Kamerstukken II* 2007-2008, 29 507, nr. 52, p. 3.

¹⁶⁸ Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II), *PbEU* 2009, L 335.

¹⁶⁹ Considerans (79) van Solvabiliteit II.

¹⁷⁰ Wet van 13 december 2012 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en het Burgerlijk Wetboek ter implementatie van de richtlijn solvabiliteit II en invoering van een daarop gebaseerd regime voor bepaalde kleinere verzekeraars (Implementatiewet richtlijn solvabiliteit II), *Stb.* 2012/679.

¹⁷¹ Zie de preambule van de CRR 2012.

¹⁷² Verordening (EU) nr. 1286/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 over essentiële-informatiedocumenten voor verpakte retailbeleggingsproducten en verzekeringsgebaseerde beleggingsproducten (PRIIP's), *PbEU* 2014, L 352.

¹⁷³ Asser Bijzondere overeenkomsten/J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Deel 7-IX. Verzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 665.

¹⁷⁴ Richtlijn (EU) 2016/97 van het Europees Parlement en de Raad van 20 januari 2016 betreffende verzekeringsdistributie (herschikking), *PbEU* 2016, L 26.

¹⁷⁵ Wet van 9 maart 2018 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht, de Wet marktordening gezondheidszorg, de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling ter implementatie van de richtlijn nr. 2016/97/EU van het Europees Parlement en de Raad van 20 januari 2016 betreffende verzekeringsdistributie (herschikking) (*PbEU* 2016, L 26) (Wet implementatie richtlijn verzekeringsdistributie), *Stb.* 2018/89.

¹⁷⁶ Besluit van 4 mei 2018, houdende regels met betrekking tot wijziging van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft, het Besluit Markttoegang financiële ondernemingen Wft, het Besluit prudentiële regels Wft, het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector, het Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten en het Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling ter implementatie van de richtlijn verzekeringsdistributie (Besluit implementatie richtlijn verzekeringsdistributie), *Stb.* 2018/147.

¹⁷⁷ Asser Bijzondere overeenkomsten/J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Deel 7-IX. Verzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 667.

¹⁷⁸ Aanbeveling OFD, p. 4.

¹⁷⁹ Aanbeveling OFD, p. 5.

¹⁸⁰ Zie in deze zin ook het Feitenonderzoek Beleggingsverzekeringen, in opdracht van het ministerie van Financiën uitgevoerd door de Autoriteit Financiële Markten in samenwerking met MoneyView, 9

oktober 2008, p. 27.

¹⁸¹ Asser Bijzondere overeenkomsten/J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Deel 7-IX. Verzekering*. Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 77.

¹⁸² Asser Verbintenissenrecht/C.H. Sieburgh, *Deel 6-III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 96. Zie ook HR 19 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2435, *NJ* 1998/6 en *Ars Aequi* 1998, p. 602 e.v. m.nt. Jac. Hijma (*Assoud/Stichting De Nationale Sporttotalisator*), rov. 3.4.2 en HR 21 februari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1563, *NJ* 2004/567 m.nt. Jac. Hijma en *JOR* 2003/103 m.nt. B. Wessels (*Weevers Stous/Parkwoningen Hoge Weide*), rov. 3.4.2, waarin Uw Raad in het kader van art. 6:231 BW (kernbeding of niet?) heeft overwogen dat een overeenkomst zonder de essentialia, bij gebreke van voldoende bepaalbaarheid van de verbintenissen, niet tot stand komt.

¹⁸³ Zie HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3749, *NJ* 2014/415 m.nt. J.B.M. Vranken en *JOR* 2013/213 m.nt. C.W.M. Lieverse (*Aegon Spaarkas NV/Stichting Koersplandewegkwijt*), rov. 3.4.3 en 3.6.1, voor een voorbeeld van een geval waarin op grond van art. 6:248 lid 1 BW invulling kan worden gegeven aan een leemte ter zake van een (wezenlijk) onderdeel in overeenkomsten.

¹⁸⁴ Vgl. HR 19 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2435, *NJ* 1998/6 en *Ars Aequi* 1998, p. 602 e.v. m.nt. Jac. Hijma (*Assoud/Stichting De Nationale Sporttotalisator*), rov. 3.4.2 en HR 21 februari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1563, *NJ* 2004/567 m.nt. Jac. Hijma en *JOR* 2003/103 m.nt. B. Wessels (*Weevers Stous/Parkwoningen Hoge Weide*), rov. 3.4.2.

¹⁸⁵ Asser Verbintenissenrecht/C.H. Sieburgh, *Deel 6-III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 164 en *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:217 BW (actueel tot en met 9 januari 2018), aant. 3.49.2 (Y.G. Blei Weissmann).

¹⁸⁶ Voor koopovereenkomsten bepaalt art. 7:4 BW echter dat, wanneer de koop is gesloten zonder dat de prijs is bepaald, de koper een redelijke prijs is verschuldigd. Het is derhalve bij koopovereenkomsten niet nodig dat partijen de prijs hebben bepaald of hebben voorzien in een maatstaf tot bepaling daarvan.

¹⁸⁷ *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:217 BW (actueel tot en met 9 januari 2018), aant. 3.49.2 (Y.G. Blei Weissmann).

¹⁸⁸ HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3749, *NJ* 2014/415 m.nt. J.B.M. Vranken en *JOR* 2013/213 m.nt. C.W.M. Lieverse (*Aegon Spaarkas NV/Stichting Koersplandewegkwijt*), rov. 3.4.2.

¹⁸⁹ Zie in deze zin ook de *NJ*-noot van J.B.M. Vranken bij HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3749, *NJ* 2014/415 en *JOR* 2013/213 m.nt. C.W.M. Lieverse (*Aegon Spaarkas NV/Stichting Koersplandewegkwijt*), nrs 7-9.

¹⁹⁰ Hof Amsterdam 26 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR2836, *JOR* 2011/297 m.nt. C.W.M. Lieverse en *PJ* 2011/129 m.nt. A.G. van Marwijk Kooy (*Aegon Spaarkas NV/Stichting Koersplandewegkwijt*).

¹⁹¹ Hof Amsterdam 26 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR2836, *JOR* 2011/297 m.nt. C.W.M. Lieverse en *PJ* 2011/129 m.nt. A.G. van Marwijk Kooy (*Aegon Spaarkas NV/Stichting Koersplandewegkwijt*), rov. 4.20.

¹⁹² Hof Amsterdam 26 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR2836, *JOR* 2011/297 m.nt. C.W.M. Lieverse en *PJ* 2011/129 m.nt. A.G. van Marwijk Kooy (*Aegon Spaarkas NV/Stichting Koersplandewegkwijt*), rov. 4.21. en 4.22.

¹⁹³ HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3749, *NJ* 2014/415 m.nt. J.B.M. Vranken en *JOR* 2013/213 m.nt. C.W.M. Lieverse (*Aegon Spaarkas NV/Stichting Koersplandewegkwijt*).

¹⁹⁴ HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3749, *NJ* 2014/415 m.nt. J.B.M. Vranken en *JOR* 2013/213 m.nt. C.W.M. Lieverse (*Aegon Spaarkas NV/Stichting Koersplandewegkwijt*), rov. 3.6.1-3.6.4.

¹⁹⁵ Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PbEG* 1993, L 95.

¹⁹⁶ Art. 10 lid 1, tweede volzin, Richtlijn oneerlijke bedingen.

¹⁹⁷ W.M.A. Kalkman, 'De Richtlijn oneerlijke bedingen en verzekeringsovereenkomsten met consumenten – een algemene inleiding', in N. van Tiggele-van der Velde (red.), *Oneerlijke bedingen in het verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 6.

¹⁹⁸ HvJ EU 6 juli 2017, zaak C-290/16, ECLI:EU:C:2017:523, *NJ* 2018/69 m.nt. M.B.M. Loos (*Air Berlin plc*

& Co.Luftverkehrs KG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV), punt 44.

¹⁹⁹ Zie voor die maatman HvJ EU 30 april 2014, zaak C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, NJ 2014/355 m.nt. M.R. Mok (*Kásler/Jelzálogbank*), punt 74.

²⁰⁰ Zie HR 19 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2435, NJ 1998/6 en *Ars Aequi* 1998, p. 602 e.v. m.nt. Jac. Hijma (*Assoud/Stichting De Nationale Sporttotalisator*), rov. 3.4.2 en HR 21 februari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1563, NJ 2004/567 m.nt. Jac. Hijma en JOR 2003/103 m.nt. B. Wessels (*Weevers Stous/Parkwoningen Hoge Weide*), rov. 3.4.2, waarin Uw Raad in het kader van art. 6:231 BW heeft overwogen dat kernbedingen veelal zullen samenvallen met de essentialia zonder welke een overeenkomst, bij gebreke van voldoende bepaalbaarheid van de verbintenissen, niet tot stand komt.

²⁰¹ HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-484/08, ECLI:EU:C:2010:309, NJ 2010/555 m.nt. M.R. Mok en *Ars Aequi* 2010, p. 621 e.v. m.nt. M.W. Hesselink (*Caja de Ahorris y Monte de Piedad de Madrid*), punt 32.

²⁰² HvJ EU 23 april 2015, zaak C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262 (*Van Hove/CNP Assurances SA*), punten 37 en 38 en HvJ EU 30 april 2014, zaak C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, NJ 2014/355 m.nt. M.R. Mok (*Kásler/Jelzálogbank*), punt 51.

²⁰³ HvJ EG 10 mei 2001, C-144/99, ECLI:EU:C:2001:257, AB 2001/314 m.nt. F.H. van der Burg (*Commissie/Nederland*).

²⁰⁴ W.M.A. Kalkman, 'De Richtlijn oneerlijke bedingen en verzekeringsovereenkomsten met consumenten – een algemene inleiding', in N. van Tiggele-van der Velde (red.), *Oneerlijke bedingen in het verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 7.

²⁰⁵ HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350, NJ 2009/295 m.nt. M.R. Mok (*Pannon*), punt 32.

²⁰⁶ HvJ EU 30 april 2014, zaak C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, NJ 2014/355 m.nt. M.R. Mok (*Kásler/Jelzálogbank*), punten 71, 72 en 75, HvJ EU 23 april 2015, zaak C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262 (*Van Hove/CNP Assurances SA*), punten 40 en 41, HvJ EU 26 februari 2015, zaak C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127 (*Matei*), punt 73, HvJ EU 20 september 2017, zaak C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703, NJ 2018/248 (*Andriuc/Românească SA*), punten 44 en 45 en HvJ EU 3 september 2020, zaken C-84/19, C-222/19 en C-252/19, ECLI:EU:C:2020:631, RvdW 2021/357 (*Profi Credit Polska SA*), punt 73.

²⁰⁷ In de hierna te noemen arresten ging het om becijferde simulaties die het effect van een wijziging van de wisselkoers tussen de euro en de vreemde valuta op de kosten van de betrokken lening weergeven.

²⁰⁸ HvJ EU 10 juni 2021, zaken C-776/19 tot en met C-782/19, ECLI:EU:C:2021:470 (*VB e.a./BNP Paribas Personal Finance SA*), punt 73 en HvJ EU 10 juni 2021, zaak C-609/19, ECLI:EU:C:2021:469 (*BNP Paribas Personal Finance SA/VE*), punt 52.

²⁰⁹ HvJ EU 26 februari 2015, zaak C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127 (*Matei*), punt 75, HvJ EU 20 september 2017, zaak C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703, NJ 2018/248 (*Andriuc/Românească SA*), punt 46 en HvJ EU 3 september 2020, zaken C-84/19, C-222/19 en C-252/19, ECLI:EU:C:2020:631, RvdW 2021/357 (*Profi Credit Polska SA*), punt 74.

²¹⁰ HvJ EU 20 september 2018, zaak C-448/17, ECLI:EU:C:2018:745 (*EOS KSI Slovensko*), punt 62.

²¹¹ C.M.D.S. Pavillon, 'Woekeren met de Richtlijn oneerlijke bedingen. Beschouwingen naar aanleiding van Hof 's-Hertogenbosch 2 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1875', TvC 2018-2, p. 91.

²¹² HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830, RvdW 2019/1210, JOR 2020/36 m.nt. H. Scholten en *Ars Aequi* 2020, p. 179 e.v. m.nt. D. Busch (*ABN AMRO Bank NV/Stichting SdB*), rov. 3.2.1 e.v. laat goed zien hoe Uw Raad de oneerlijkheidstoetsing aan de hand van alle omstandigheden van het geval voor zich ziet.

²¹³ HvJ EU 14 maart 2013, zaak C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164, NJ 2013/374 m.nt. M.R. Mok (*Aziz/Caixa d'Estalvis de Catalunya*), punten 68 en 69, HvJ EU 20 september 2017, zaak C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703, NJ 2018/248 (*Andriuc/Românească SA*), punt 57 en HvJ EU 3 september 2020, zaken C-84/19, C-222/19 en C-252/19, ECLI:EU:C:2020:631, RvdW 2021/357 (*Profi Credit Polska SA*),

punt 93. Zie voorts HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830, *RvdW* 2019/1210, *JOR* 2020/36 m.nt. H. Scholten en *Ars Aequi* 2020, p. 179 e.v. m.nt. D. Busch (*ABN AMRO Bank NV/Stichting SdB*), rov. 3.2.1-3.4 en HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800, *NJ* 2020/68 m.nt. S.D. Lindenbergh, *JA* 2018/176 m.nt. E.J. Wervelman en *Ars Aequi* 2020, p. 60 e.v. m.nt. W.H. van Boom (*AOV-polis*), rov. 3.8.1-3.8.3.

²¹⁴ Opmerking verdient dat de te verlangen zorg wordt bepaald door verschillende 'mechanismen' die ieder voor zich, wat mij betreft ongelukkig genoeg, ook wel 'zorgplicht' worden genoemd. Om te voorkomen dat ik steeds privaatrechtelijke (bijzondere) zorg(ver)plicht(ing)(en) zou moeten schrijven, gebruik ik, hoewel dat dus minder precies is, hierna, al naar gelang de context, de termen '(civiele/privaatrechtelijke) zorgplichten' en (bijzondere) zorgplicht. Zie eerder al mijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2020:358) voor HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1274, *NJ* 2021/35 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Ondernemingsrecht* 2020/136 m.nt. C.W.M. Lieveerse & M.H.E. Rongen en *JIN* 2020/137 m.nt. E.J.H. Zandbergen en S. Lubberhuizen (*Immobile Securities N.V./Promontoria Holding 107 B.V.*), randnummer 4.109.

²¹⁵ Daarnaast bestaan er zorgplichten van publiekrechtelijke oorsprong. Zo gelden voor een financiële dienstverlener de gedragsregels en normen van Deel 4 Wft. De in art. 4:24a Wft neergelegde (generieke) zorgplicht is echter geen andere dan de uit het privaatrecht voortvloeiende zorgplicht van financiële dienstverleners jegens hun cliënten. Zie HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1274, *NJ* 2021/35 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Ondernemingsrecht* 2020/136 m.nt. C.W.M. Lieveerse & M.H.E. Rongen en *JIN* 2020/137 m.nt. E.J.H. Zandbergen en S. Lubberhuizen (*Immobile Securities N.V./Promontoria Holding 107 B.V.*), rov. 2.9.3 en Chr.H. van Dijk & F. van der Woude, 'Privaatrechtelijke aansprakelijkheid van financiële dienstverleners voor het schenden van informatie-, onderzoeks- en waarschuwingsverplichtingen en de Wet op het financieel toezicht', *AV&S* 2009/11, p. 75.

²¹⁶ Zie onder meer T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, diss., Deventer: Kluwer 2006, p. 282, T.F.E. Tjong Tjin Tai & M.F.M. van den Berg, 'Financiële zorgplichten van de verzekeraar bij beleggingsproducten', *AV&S* 2009/23, p. 163 en Chr.H. van Dijk & F. van der Woude, 'Privaatrechtelijke aansprakelijkheid van financiële dienstverleners voor het schenden van informatie-, onderzoeks- en waarschuwingsverplichtingen en de Wet op het financieel toezicht', *AV&S* 2009/11, p. 75.

²¹⁷ Chr.H. van Dijk & F. van der Woude, 'Privaatrechtelijke aansprakelijkheid van financiële dienstverleners voor het schenden van informatie-, onderzoeks- en waarschuwingsverplichtingen en de Wet op het financieel toezicht', *AV&S* 2009/11, p. 77, P.M. Leerink, 'Hof van Justitie oordeelt dat informatieverplichting van levensverzekeraars verder kan gaan dan RIAV 1998 destijds voorschreef. Enkele kanttekeningen bij HvJ EU 29 april 2015, C-51/13 (*Van Leeuwen/Nationale Nederlanden*)', *NTHR* 2015/4, p. 197, J.G.J. Rinkes, 'Juridische aspecten van de informatie- en zorgplichten van financiële ondernemingen onder het regime van de Wet op het financieel toezicht', *NTHR* 2007/6, p. 224, J.B.M. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 202 en 203 en de *NJ*-noot van J.B.M. Vranken bij HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, *NJ* 2012/184, *JOR* 2009/200 m.nt. C.W.M. Lieveerse en *JA* 2009/118 m.nt. W.H. van Boom (*Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon Bank N.V.*), nr. 22.

²¹⁸ HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298, *NJ* 2019/184 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai en *JOR* 2019/58 m.nt. F.M.A. 't Hart (*Hypinvest B.V.*), rov. 3.4.2, HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182 m.nt. J.B.M. Vranken onder *NJ* 2012/184, *JOR* 2009/199 m.nt. C.W.M. Lieveerse en *Ars Aequi* 2010, p. 188 e.v. m.nt. W.H. van Boom en S.D. Lindenbergh (*[...] /Dexia*), rov. 4.11.5, HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, *NJ* 2012/184 m.nt. J.B.M. Vranken, *JOR* 2009/200 m.nt. C.W.M. Lieveerse en *JA* 2009/118 m.nt. W.H. van Boom (*Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon Bank N.V.*), rov. 4.6.10 en HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, *NJ* 2012/183 m.nt. J.B.M. Vranken (*Levob/ [...]*), rov. 4.5.8.

²¹⁹ Zie in deze zin de *NJ*-noot van J.B.M. Vranken bij HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, *NJ* 2012/184, *JOR* 2009/200 m.nt. C.W.M. Lieveerse en *JA* 2009/118 m.nt. W.H. van Boom (*Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon Bank N.V.*), nr. 36.

²²⁰ HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298, *NJ* 2019/184 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai en *JOR* 2019/58 m.nt. F.M.A. 't Hart (*Hypinvest B.V.*), rov. 3.4.2.

²²¹ Zie reeds HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238, *NJ* 1998/192 m.nt. C.J. van Zeben

(Rabobank/Everaars), rov. 3.3 en meer recent HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, *NJ* 2016/245 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai en *JOR* 2016/34 m.nt. F.M.A. 't Hart (*Ponzi-zwandel*), rov. 4.3.

²²² HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1274, *NJ* 2021/35 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Ondernemingsrecht* 2020/136 m.nt. C.W.M. Lieveerse & M.H.E. Rongen en *JIN* 2020/137 m.nt. E.J.H. Zandbergen en S. Lubberhuizen (*Immobile Securities N.V./Promontoria Holding 107 B.V.*), rov. 2.9.2.

²²³ Zie bijvoorbeeld D. Busch, 'De toekomst van de bijzondere zorgplicht in de financiële sector', in D. Busch e.a. (red.), *Zorgplicht in de financiële sector*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 1.6.2 en Chr.H. van Dijk & F. van der Woude, 'Privaatrechtelijke aansprakelijkheid van financiële dienstverleners voor het schenden van informatie-, onderzoeks- en waarschuwingsverplichtingen en de Wet op het financieel toezicht', *AV&S* 2009/11, p. 78.

²²⁴ T.F.E. Tjong Tjin Tai & M.F.M. van den Berg, 'Financiële zorgplichten van de verzekeraar bij beleggingsproducten', *AV&S* 2009/23, p. 167 en 168.

²²⁵ Asser Verbintenissenrecht/C.H. Sieburgh, *Deel 6-III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 218.

²²⁶ Asser Verbintenissenrecht/C.H. Sieburgh, *Deel 6-III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nrs. 222 en 224.

²²⁷ Asser Verbintenissenrecht/C.H. Sieburgh, *Deel 6-III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 226.

²²⁸ Asser Bijzondere overeenkomsten/Jac. Hijma, *Deel 7-1. Koop en Ruil*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nrs. 339-344.

²²⁹ HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, *NJ* 2020/257 m.nt. Jac. Hijma en *JOR* 2019/223 m.nt. F.P.C. Strijbos (*Rentederivaat ABN AMRO I*), rov. 3.5.3. Zie ook HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1499, *NJ* 2020/258 m.nt. Jac. Hijma, *JOR* 2019/252 m.nt. F.P.C. Strijbos onder *JOR* 2019/253 en *Ars Aequi* 2020, p. 70 e.v. m.nt. D. Busch (*Rentederivaat ABN AMRO II*), rov. 4.2.1 en HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1500, *NJ* 2020/259 m.nt. Jac. Hijma en *JOR* 2019/253 m.nt. F.P.C. Strijbos (*Rentederivaat ING*), rov. 4.2.2.

²³⁰ HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, *NJ* 2020/257 m.nt. Jac. Hijma en *JOR* 2019/223 m.nt. F.P.C. Strijbos (*Rentederivaat ABN AMRO I*), rov. 3.5.4. Zie ook HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1499, *NJ* 2020/258 m.nt. Jac. Hijma, *JOR* 2019/252 m.nt. F.P.C. Strijbos onder *JOR* 2019/253 en *Ars Aequi* 2020, p. 70 e.v. m.nt. D. Busch (*Rentederivaat ABN AMRO II*), rov. 4.2.1 en HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1500, *NJ* 2020/259 m.nt. Jac. Hijma en *JOR* 2019/253 m.nt. F.P.C. Strijbos (*Rentederivaat ING*), rov. 4.2.2.

²³¹ HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, *NJ* 2020/257 m.nt. Jac. Hijma en *JOR* 2019/223 m.nt. F.P.C. Strijbos (*Rentederivaat ABN AMRO I*), rov. 3.5.6. Zie ook HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1499, *NJ* 2020/258 m.nt. Jac. Hijma, *JOR* 2019/252 m.nt. F.P.C. Strijbos onder *JOR* 2019/253 en *Ars Aequi* 2020, p. 70 e.v. m.nt. D. Busch (*Rentederivaat ABN AMRO II*), rov. 4.2.3 en HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1500, *NJ* 2020/259 m.nt. Jac. Hijma en *JOR* 2019/253 m.nt. F.P.C. Strijbos (*Rentederivaat ING*), rov. 4.2.2.

²³² HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, *NJ* 2020/257 m.nt. Jac. Hijma en *JOR* 2019/223 m.nt. F.P.C. Strijbos (*Rentederivaat ABN AMRO I*), rov. 3.5.5. Zie ook HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1499, *NJ* 2020/258 m.nt. Jac. Hijma, *JOR* 2019/252 m.nt. F.P.C. Strijbos onder *JOR* 2019/253 en *Ars Aequi* 2020, p. 70 e.v. m.nt. D. Busch (*Rentederivaat ABN AMRO II*), rov. 4.2.1.

²³³ HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, *NJ* 2020/257 m.nt. Jac. Hijma en *JOR* 2019/223 m.nt. F.P.C. Strijbos (*Rentederivaat ABN AMRO I*), rov. 3.6.5.

²³⁴ *T&C BW*, art. 6:248 BW (actueel tot en met 1 juli 2021), aant. 3d (W.L. Valk).

²³⁵ Zie bijvoorbeeld I.P.M.J. Janssen, *De civielrechtelijke zorgplicht van de beleggingsdienstverlener*, diss., Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 3.3.2.3. Ook de precontractuele fase wordt door (de eisen van) de redelijkheid en billijkheid bepaald. Zie reeds HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, *NJ* 1958/67 m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*) en de actuele uitwerking daarvan in HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, *NJ* 2005/467, *JOR* 2006/31 m.nt. B. Wessels, *BR* 2006/82 m.nt. M.A.M.C. van de Berg, *NTBR* 2006/13 m.nt. C. Bollen en *Ars Aequi* 2005, p. 1027 e.v. m.nt. T. Hartlief

(CBB/JPO), rov. 3.6.

²³⁶ Asser Verbintenissenrecht/C.H. Sieburgh, *Deel 6-III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 413 en de daar genoemde rechtspraak van Uw Raad waaraan in ieder geval valt toe te voegen HR 21 januari 2021, ECLI:NL:HR:2021:153, *NJ* 2021/44 en *WR* 2021/88 m.nt. R.L.M.M. Tan (*Bart's Retail BV*), rov. 3.1.2.

²³⁷ HvJ EG 5 maart 2002, zaak C-386/00, ECLI:EU:C:2002:136 (*Axa Royale*).

²³⁸ HvJ EU 29 april 2015, zaak C-51/13, ECLI:EU:C:2015:286, *NJ* 2016/352 m.nt. M.M. Mendel, *JOR* 2015/172 m.nt. C.W.M. Lieverse, *Ondernemingsrecht* 2015/76 m.nt. K. Frielink en *Ars Aequi* 2015, p. 696 e.v. m.nt. D. Busch & T.M.C. Arons (*NN/Van Leeuwen*).

²³⁹ HvJ EG 5 maart 2002, zaak C-386/00, ECLI:EU:C:2002:136 (*Axa Royale*), punt 6.

²⁴⁰ Rb. Rotterdam 14 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:9087 (*NN/Van Leeuwen*), Rb. Rotterdam 11 juli 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:9088 (*NN/Van Leeuwen*) en Rb. Rotterdam 28 november 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY5159, *PJ* 2014/94 m.nt. S.H. Kuiper (*NN/Van Leeuwen*).

²⁴¹ De door Van Leeuwen afgesloten beleggingsverzekering voer onder de vlag 'Flexibel Verzekerd Beleggen', net als de beleggingsverzekeringen die in de procedure tussen de Vereniging en NN centraal staan (randnummer 12.3 hierna).

²⁴² HvJ EU 29 april 2015, zaak C-51/13, ECLI:EU:C:2015:286, *NJ* 2016/352 m.nt. M.M. Mendel, *JOR* 2015/172 m.nt. C.W.M. Lieverse, *Ondernemingsrecht* 2015/76 m.nt. K. Frielink en *Ars Aequi* 2015, p. 696 e.v. m.nt. D. Busch & T.M.C. Arons (*NN/Van Leeuwen*), punten 13 en 14.

²⁴³ De erkenning van NN in de proefprocedure dat zij de eventuele aanvullende informatieverplichting op grond van open en/of ongeschreven normen had geschonden was nodig, omdat de rechtbank Rotterdam anders niet bereid was om prejudiciële vragen aan het HvJ EU te stellen. Volgens de rechtbank bestond er namelijk geen aanleiding om prejudiciële vragen over de aanvullende informatieverplichting aan het HvJ EU te stellen, indien mogelijk later zou blijken dat NN de eventuele aanvullende informatieverplichting niet had geschonden. Zie Rb. Rotterdam 11 juli 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:9088 (*NN/Van Leeuwen*), rov. 2.7.-2.9.

²⁴⁴ HvJ EU 12 februari 2015, zaak C-48/14, ECLI:EU:C:2015:91, *M en R* 2015/87 m.nt. J.H. Jans (*Europees Parlement/Raad van de Europese Unie*), punt 45.

²⁴⁵ HvJ EU 29 april 2015, zaak C-51/13, ECLI:EU:C:2015:286, *NJ* 2016/352 m.nt. M.M. Mendel, *JOR* 2015/172 m.nt. C.W.M. Lieverse, *Ondernemingsrecht* 2015/76 m.nt. K. Frielink en *Ars Aequi* 2015, p. 696 e.v. m.nt. D. Busch & T.M.C. Arons (*NN/Van Leeuwen*), punt 22.

²⁴⁶ HvJ EU 29 april 2015, zaak C-51/13, ECLI:EU:C:2015:286, *NJ* 2016/352 m.nt. M.M. Mendel, *JOR* 2015/172 m.nt. C.W.M. Lieverse, *Ondernemingsrecht* 2015/76 m.nt. K. Frielink en *Ars Aequi* 2015, p. 696 e.v. m.nt. D. Busch & T.M.C. Arons (*NN/Van Leeuwen*), punten 23 en 25.

²⁴⁷ HvJ EU 29 april 2015, zaak C-51/13, ECLI:EU:C:2015:286, *NJ* 2016/352 m.nt. M.M. Mendel, *JOR* 2015/172 m.nt. C.W.M. Lieverse, *Ondernemingsrecht* 2015/76 m.nt. K. Frielink en *Ars Aequi* 2015, p. 696 e.v. m.nt. D. Busch & T.M.C. Arons (*NN/Van Leeuwen*), punt 36.

²⁴⁸ Zie de noten bij het *NN/Van Leeuwen*-arrest: *NJ* 2016/352 m.nt. M.M. Mendel, *JOR* 2015/172 m.nt. C.W.M. Lieverse, *Ondernemingsrecht* 2015/76 m.nt. K. Frielink en *Ars Aequi* 2015, p. 696 e.v. m.nt. D. Busch & T.M.C. Arons. Zie voorts onder meer P.M. Leerink, 'Hof van Justitie oordeelt dat informatieverplichting van levensverzekeraars verder kan gaan dan RIAV 1998 destijds voorschreef. Enkele kanttekeningen bij HvJ EU 29 april 2015, C-51/13 (*Van Leeuwen/Nationale Nederlanden*)', *NTHR* 2015/4, p. 191-198, H. van Meerten en E. Schmidt, 'De woekerpoliszaak: een kwestie van interpretatie?', *PensioenMagazine* 2015/98, p. 19-23, P. Wakkie, 'De woekerpoliszaak: het Hof van Justitie geeft duidelijke richting', *PensioenMagazine* 2015/128, M.W. Wallinga & O.O. Cherednychenko, 'Nationale Nederlanden/Van Leeuwen: was de uitspraak het wachten waard? Over Europese harmonisatie van het nationale privaatrecht, het rechtszekerheidsbeginsel en de betekenis voor beleggingsdienstverlening', *NTBR* 2016/3, p. 15-21, W.M.A. Kalkman, '"Nationale-Nederlanden/Van Leeuwen: was de uitspraak het wachten waard?" – een reactie', *NTBR* 2016/27, p. 187-189 en M.W. Wallinga & O.O. Cherednychenko, 'Naschrift: harmonisatie van het nationale privaatrecht door de Derde levensrichtlijn', *NTBR* 2016/28, p. 190-193.

²⁴⁹ Schriftelijke opmerkingen van NN, randnummers 231. e.v.

²⁵⁰ Kennelijk daargelaten dat de aan de orde zijnde privaatrechtelijke (open) normen een wet in formele zin als basis hebben, zoals wilsovereenstemming (art. 6:217, 3:33 en 3:37 BW), de toetsen op grond van de Richtlijn oneerlijke bedingen (afdeling 6.5.3 BW), het dwalingsleerstuk (art. 6:228 BW) en de eisen van de redelijkheid en billijkheid/zorgplicht (art. 6:2 en 6:248 BW).

²⁵¹ Zie bijvoorbeeld de zojuist genoemde bijdragen van Van Meerten en Schmidt en Wakkie in het *PensioenMagazine* (2015/98 en 2015/128), die op het punt van het "duidelijk en nauwkeurig"-voorschrift lijnrecht tegenover elkaar staan. Daarbij merk ik op dat Wakkie op dat moment adviseur was van NN Group (dat blijkt uit voetnoot 1 van zijn bijdrage).

²⁵² Schriftelijke opmerkingen van de Vereniging, randnummer 16.

²⁵³ Schriftelijke opmerkingen van NN, randnummer 221.

²⁵⁴ Zie ook V.P.G. de Serièrre, 'Het spanningsveld tussen het Europese toezichtrecht en het burgerlijk recht. De Unierechtelijke dimensie van de zorgplicht in de financiële sector', *WPNR* 7342 (2021), p. 755 e.v., die ten aanzien van de verhouding tussen Europees toezichtrecht en het privaatrecht twee 'kampen' onderscheidt: voorstanders van het complementaire model en voorstanders van het achterstellingsmodel. Het eerstgenoemde 'kamp', waartoe door De Serièrre ook Uw Raad wordt gerekend gelet op eerdere rechtspraak, neemt – vergelijkbaar met de in deze paragraaf genoemde 'tweede visie' – kort gezegd als uitgangspunt dat het Europese recht de civielrechtelijke invulling van de zorgplicht weliswaar beïnvloedt of kan beïnvloeden, maar deze niet bepaalt, of – in een meer extreme benadering van dit model – zelfs niet mede bepaalt. Het achterstellingsmodel gaat, in lijn met de in deze paragraaf genoemde 'eerste visie', uit van de suprematie van het Europese recht in die zin dat de Europeesrechtelijke zorgplichtnorm de omvang van de burgerrechtelijke zorgplicht vaststelt en inkadert. Na een bespreking van de voor- en nadelen van de beide modellen komt De Serièrre tot de conclusie dat het complementaire model de voorkeur heeft.

²⁵⁵ Van Meerten en Schmidt zijn niet goed onder één van beide visies te vatten, omdat ze betogen dat voor allebei de visies wat te zeggen valt. Zij zijn van oordeel dat de precontractuele goede trouw (de redelijkheid en billijkheid) en de zorgplicht kansen voor verzekeringnemers vormen om te betogen dat verzekeraars waren gehouden om aanvullende informatie te verstrekken. Hoewel deze normen geen exacte duiding geven welke informatie verzekeraars hadden moeten verstrekken, geven ze volgens Van Meerten en Schmidt wel algemene richtlijnen op grond waarvan de Nederlandse rechter in het voordeel van verzekeringnemers kan beslissen. Toegespitst op de zaak *NN/Van Leeuwen* lijkt het volgens Van Meerten en Schmidt zeer waarschijnlijk dat Van Leeuwen zijn beleggingsverzekering niet had afgesloten, wanneer hij op de hoogte was geweest van het feit dat NN bijna 60% van de betaalde premies niet voor beleggingen zou gebruiken. NN had daarom wellicht moeten voorzien dat informatie over de hoge kosten van de polis een belangrijk, zo niet doorslaggevend gegeven voor de (aankoop)beslissing van Van Leeuwen was. Tegelijkertijd wijzen Van Meerten en Schmidt erop dat, mede gezien het ontbrekende richtsnoer voor de te geven informatie, ook kan worden betoogd dat de redelijkheid en billijkheid en de zorgplicht van verzekeraars onvoldoende voorspelbaarheid bieden om als grondslag van een aanvullende informatieplicht te kunnen fungeren. Zie H. van Meerten en E. Schmidt, 'De woekerpoliszaak: een kwestie van interpretatie?', *PensioenMagazine* 2015/98, p. 19-23 en het naschrift van H. van Meerten en E. Schmidt bij P. Wakkie, 'De woekerpoliszaak: het Hof van Justitie geeft duidelijke richting', *PensioenMagazine* 2015/128.

²⁵⁶ Zie de *PJ*-noot van W.M.A. Kalkman bij hof Arnhem-Leeuwarden 29 januari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:813, *JOR* 2019/139 m.nt. F.M.A. 't Hart en *PJ* 2019/21 (*Aegon Levensverzekering NV en Aegon Nederland NV*), W.M.A. Kalkman, 'Precontractuele informatieverplichtingen bij beleggingsverzekeringen en de invloed van de Richtlijn oneerlijke bedingen', *VA* 2018/2, p. 78-91, L.Y.M. Parret & W.M.A. Kalkman, 'Reactie op "De invloed van het Europees financieel toezichtrecht op het Nederlands privaatrecht" van prof. mr. D. Busch in *WPNR* 2017/7175', *WPNR* 7192 (2018), p. 370-374, de *PJ*-noot van W.M.A. Kalkman bij hof 's-Hertogenbosch 2 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1875, *JOR* 2017/198 m.nt. C.W.M. Lieveerse, *PJ* 2017/129 en *TvC* 2018/2 m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*ASR Levensverzekeringen B.V.*), de noot van W.M.A. Kalkman bij Rb. Noord-Holland 20 december 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:10528, *PJ* 2018/31 (*Vereniging Woekerpolis.nl/SRLEV N.V.*), de noot van W.M.A. Kalkman bij Rb. Gelderland 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:5476, *PJ* 2016/162 (*Aegon*

Levensverzekering NV en Aegon Nederland NV), W.M.A. Kalkman, "'Nationale-Nederlanden/Van Leeuwen: was de uitspraak het wachten waard?' – een reactie', *NTBR* 2016/27, p. 187-189, W.M.A. Kalkman, 'Sommen- en levensverzekering', in N. van Tiggele-van der Velde en J.H. Wansink (red.), *Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 250-259, W.M.A. Kalkman, *Levensverzekering*, Deventer: Kluwer 2013, p. 235-265, de noot van W.M.A. Kalkman bij Commissie van Beroep KiFiD 14 oktober 2010, nr. 390-L70021, *PJ* 2011/41, de noten van W.M.A. Kalkman bij hof Leeuwarden 11 mei 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BM4257, *JOR* 2010/195 m.nt. C.W.M. Lieveerse, *PJ* 2010/131 m.nt. W.M.A. Kalkman en *Encyclopedie Sociale Verzekeringen* 2010/2 m.nt. W.M.A. Kalkman (*Achmea Pensioen- en Levensverzekeringen N.V.*) en de noot van W.M.A. Kalkman bij Rb. Haarlem 17 juni 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BI7834, *PJ* 2009/157 (*Falcon Leven N.V.*).

²⁵⁷ Zie P. Wakkie, 'De woekerpoliszaak: het Hof van Justitie geeft duidelijke richting', *PensioenMagazine* 2015/128.

²⁵⁸ Zie <https://www.uva.nl/profiel/k/a/w.m.a.kalkman/w.m.a.kalkman.html>, onder 'Nevenwerkzaamheden'.

²⁵⁹ Zie voetnoot 1 bij P. Wakkie, 'De woekerpoliszaak: het Hof van Justitie geeft duidelijke richting', *PensioenMagazine* 2015/128.

²⁶⁰ Zie <https://www.nautadutilh.com/en/our-people/meijer-sjoerd>.

²⁶¹ Zie S.Y.Th. Meijer, 'De zorgplicht van de verzekeraar', in S.Y.Th. Meijer e.a. (red.), *Zicht op toezicht in de verzekeringssector*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 2.7.

²⁶² Zie de *Ondernemingsrecht*-noot van K. Frielink bij HvJ EU 29 april 2015, zaak C-51/13, ECLI:EU:C:2015:286, *NJ* 2016/352 m.nt. M.M. Mendel, *JOR* 2015/172 m.nt. C.W.M. Lieveerse, *Ondernemingsrecht* 2015/76 en *Ars Aequi* 2015, p. 696 e.v. m.nt. D. Busch & T.M.C. Arons (*NN/Van Leeuwen*).

²⁶³ HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, *NJ* 1958/67 m.nt. L.E.H. Rutten (*Baris/Riezenkamp*).

²⁶⁴ P.M. Leerink, 'Hof van Justitie oordeelt dat informatieverplichting van levensverzekeraars verder kan gaan dan RIAV 1998 destijds voorschreef. Enkele kanttekeningen bij HvJ EU 29 april 2015, C-51/13 (*Van Leeuwen/Nationale Nederlanden*)', *NTHR* 2015/4, p. 191-198.

²⁶⁵ Vgl. T. Hartlief, 'Kennen wij het ongeschreven recht?', *NJB* 2021/1711, p. 1941.

²⁶⁶ Zie de *JOR*-noot van C.W.M. Lieveerse bij hof 's-Hertogenbosch 2 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1875, *JOR* 2017/198, *PJ* 2017/129 m.nt. W.M.A. Kalkman en *TvC* 2018/2 m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*ASR Levensverzekeringen B.V.*), randnummer 14.

²⁶⁷ Zie de noten van C.W.M. Lieveerse bij HvJ EU 29 april 2015, zaak C-51/13, ECLI:EU:C:2015:286, *NJ* 2016/352 m.nt. M.M. Mendel, *JOR* 2015/172 m.nt. C.W.M. Lieveerse, *Ondernemingsrecht* 2015/76 m.nt. K. Frielink en *Ars Aequi* 2015, p. 696 e.v. m.nt. D. Busch & T.M.C. Arons (*NN/Van Leeuwen*), hof 's-Hertogenbosch 2 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1875, *JOR* 2017/198 m.nt. C.W.M. Lieveerse, *PJ* 2017/129 m.nt. W.M.A. Kalkman en *TvC* 2018/2 m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*ASR Levensverzekeringen B.V.*) en Geschillencommissie KiFiD 29 maart 2016, nr. 2016-129, *JOR* 2016/162 m.nt. C.W.M. Lieveerse en T.C.M. Arons (*Veenstra/Nationale Nederlanden*).

²⁶⁸ Deze concretisering kan bijvoorbeeld zijn dat de verzekeraar verplicht is (i) die aanvullende informatie te verstrekken waarvan redelijkerwijze voor ieder duidelijk moest zijn dat het achterhouden ervan onredelijk of onbillijk is of (ii) de verzekeringnemer op grond van de redelijkheid en billijkheid in kennis te stellen van gedragscodes, leidraden of andere vormen van zelfregulering, indien kennisneming hiervan van belang is voor de aankoopbeslissing.

²⁶⁹ Bijlage 1 bij de schriftelijke opmerkingen van Stichting Wakkerpolis, p. 7-11.

²⁷⁰ HvJ EU 29 april 2015, zaak C-51/13, ECLI:EU:C:2015:286, *NJ* 2016/352 m.nt. M.M. Mendel, *JOR* 2015/172 m.nt. C.W.M. Lieveerse, *Ondernemingsrecht* 2015/76 m.nt. K. Frielink en *Ars Aequi* 2015, p. 696 e.v. m.nt. D. Busch & T.M.C. Arons (*NN/Van Leeuwen*).

²⁷¹ M.W. Wallinga & O.O. Cherednychenko, 'Nationale Nederlanden/Van Leeuwen: was de uitspraak het wachten waard? Over Europese harmonisatie van het nationale privaatrecht, het

rechtszekerheidsbeginsel en de betekenis voor beleggingsdienstverlening', *NTBR* 2016/3, p. 15-21 en M.W. Wallinga & O.O. Cherednychenko, 'Naschrift: harmonisatie van het nationale privaatrecht door de Derde levensrichtlijn', *NTBR* 2016/28, p. 190-193.

²⁷² HvJ EU 29 april 2015, zaak C-51/13, ECLI:EU:C:2015:286, *NJ* 2016/352 m.nt. M.M. Mendel, *JOR* 2015/172 m.nt. C.W.M. Lieveerse, *Ondernemingsrecht* 2015/76 m.nt. K. Frielink en *Ars Aequi* 2015, p. 696 e.v. m.nt. D. Busch & T.M.C. Arons (*NN/Van Leeuwen*). Zie voorts D. Busch, 'De invloed van het Europees financieel toezichtrecht op het Nederlands privaatrecht', *WPNR* 7175 (2017), p. 1011-1019 en D. Busch, 'De toekomst van de bijzondere zorgplicht in de financiële sector', in D. Busch e.a. (red.), *Zorgplicht in de financiële sector*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 1.3.4.

²⁷³ D. Busch, 'De toekomst van de bijzondere zorgplicht in de financiële sector', in D. Busch e.a. (red.), *Zorgplicht in de financiële sector*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 1.3.4. Zie in dezelfde zin D. Busch, 'Kroniek financieel recht', *NJB* 2021/1218, p. 1291-1292.

²⁷⁴ Asser Bijzondere overeenkomsten/J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Deel 7-IX. Verzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nrs. 671 en 672.

²⁷⁵ C.M.D.S. Pavillon, 'Woekeren met de Richtlijn oneerlijke bedingen. Beschouwingen naar aanleiding van Hof 's-Hertogenbosch 2 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1875', *TvC* 2018-2, p. 83-92.

²⁷⁶ T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Zorgplichten van de verzekeraar bij beleggingsverzekeringen', *VA* 2009/3, p. 101-110 en T.F.E. Tjong Tjin Tai & M.F.M. van den Berg, 'Financiële zorgplichten van de verzekeraar bij beleggingsproducten', *AV&S* 2009/23, p. 167.

²⁷⁷ Zie bijvoorbeeld W. Schonewille, 'Woekerpolissen of beleggingsverzekeringen? Wat is de stand van zaken?', *VFP* 2018/43.

²⁷⁸ De uitspraak van 31 oktober 2017 (en daarmee van ná *NN/Van Leeuwen*) van het hof 's-Hertogenbosch in een procedure tegen ASR past in het geheel niet binnen de twee richtingen (ECLI:NL:GHSHE:2017:4683). Het ging in die procedure om een (*universal life*) beleggingsverzekering uit 1991, waardoor de DLR en de overige sectorspecifieke regelgeving temporeel gezien niet van toepassing waren. Het hof heeft diverse bedingen als een vaststellingsovereenkomst in de zin van art. 7:900 lid 2 BW aangemerkt (rov. 7.10.) en geoordeeld dat ASR onrechtmatig heeft gehandeld door in strijd te handelen met de (precontractuele) goede trouw danwel met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (rov. 7.17. en 7.19.). Het hof is – mede gelet op de eigen verantwoordelijkheid van ASR – voorbijgegaan aan het verweer van ASR, dat een consument alleen houvast heeft aan informatie over de door hem te betalen maandelijkse premie en het beoogde eindkapitaal en dat het gegeven voorbeeldrendement daarvoor voldoende duidelijk was (rov. 7.18.).

²⁷⁹ Bovendien betreft, voor zover ik weet, de 'eerste/oudste' uitspraak over de problematiek met beleggingsverzekeringen de uitspraak van Rb. Haarlem 17 juni 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BI7834, *PJ* 2009/157 m.nt. W.M.A. Kalkman (*Falcon Leven N.V.*). Zie ook de schriftelijke opmerkingen van NN, randnummer 58. Verreweg de meeste uitspraken dateren van ná *NN/Van Leeuwen*. Bij gebreke aan rechtspraak uit de periode 1992 tot en met 2008 is het niet mogelijk om, aan de hand van die rechtspraak, te reconstrueren wat destijds de inhoud was van eventuele informatieplichten op grond van open en/of ongeschreven normen.

²⁸⁰ Rb. Midden-Nederland 11 maart 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:905, *JOR* 2020/248 m.nt. F.M.A. 't Hart onder *JOR* 2020/286 (*Consumentenbond/ASR Levensverzekering NV*) en Rb. Midden-Nederland 6 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:307 (*Vereniging Woekerpolis/ASR Levensverzekering N.V.*).

²⁸¹ Dit zijn ook de twee leerstukken die de rechtbank in rov. 3.28. van de uitspraak aanduidt.

²⁸² Rb. Rotterdam 19 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5654, *JOR* 2017/295 m.nt. F.M.A. 't Hart en *RF* 2017/82 (*Vereniging/NN*).

²⁸³ Rb. Rotterdam 19 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5687 (*NN*).

²⁸⁴ Rb. Rotterdam 27 maart 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:2350 (*Consumentenbond/NN*).

²⁸⁵ Rb. Rotterdam 29 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6762 (*Consumentenbond/NN*).

²⁸⁶ Rb. Rotterdam 22 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3740, *JOR* 2020/285 m.nt. F.M.A. 't Hart onder *JOR* 2020/286 (*Stichting Wakkerpolis/NN*).

- ²⁸⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 29 januari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:813, *JOR* 2019/139 m.nt. F.M.A. 't Hart en *PJ* 2019/21 m.nt. W.M.A. Kalkman (*Aegon Levensverzekering NV en Aegon Nederland NV*).
- ²⁸⁸ Rb. Gelderland 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:5476, *PJ* 2016/162 m.nt. W.M.A. Kalkman (*Aegon Levensverzekering NV en Aegon Nederland NV*). De rechtbank had onder meer getoetst of de overeenkomst tot stand was gekomen onder invloed van dwaling, maar naar het oordeel van de rechtbank is daarvan geen sprake geweest (rov. 4.9.-4.17.).
- ²⁸⁹ Hof 's-Hertogenbosch 2 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1875, *JOR* 2017/198 m.nt. C.W.M. Lieveerse, *PJ* 2017/129 m.nt. W.M.A. Kalkman en *TvC* 2018/2 m.nt. C.M.D.S. Pavillon (*ASR Levensverzekeringen B.V.*). Zie voor het vonnis in eerste aanleg Rb. 's-Hertogenbosch 17 juli 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BX3136, waarin de rechtbank de vorderingen van de consument heeft afgewezen. Zie in deze zin ook het arrest van 31 oktober 2017 van hetzelfde hof (het hof 's-Hertogenbosch) in voetnoot 278 hiervoor.
- ²⁹⁰ Het gaat om beheerkosten, de premie overlijdensrisico, de poliskosten, de kosten 'verschil verkoop/biedkoers' en aanvullende administratiekosten.
- ²⁹¹ Hof Den Haag 15 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1624 (*ASR Levensverzekeringen B.V.*).
- ²⁹² Het ging om aan- en verkoopkosten, aanvullende administratiekosten en de poliskosten.
- ²⁹³ Rb. Gelderland 24 juni 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3039, *JOR* 2020/283 m.nt. F.M.A. 't Hart onder *JOR* 2020/286 (*Vereniging en Consumentenbond/Achmea Pensioen- en Levensverzekeringen NV*).
- ²⁹⁴ Rb. Noord-Holland 20 december 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:10528, *PJ* 2018/31 m.nt. W.M.A. Kalkman (*Vereniging/SRLEV N.V.*).
- ²⁹⁵ Rb. Den Haag 28 juni 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:7072, *JOR* 2017/294 m.nt. F.M.A. 't Hart onder *JOR* 2017/295 (*Vereniging/Aegon Levensverzekering NV en Aegon Spaarkas NV*).
- ²⁹⁶ Rb. Noord-Holland 28 juli 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:6124 (*SRLEV N.V.*). Zie voor de tussenuitspraak Rb. Noord-Holland 3 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:897 (*SRLEV N.V.*).
- ²⁹⁷ KiFiD, *Belangrijkste beslissingen Commissie van Beroep in de 5 richtinggevende uitspraken over beleggingsverzekeringen*, april 2018. Het betreft de uitspraken CvB 13 maart 2018, nr. 2018-019, CvB 20 december 2017, nr. 2017-043, CvB 6 november 2017, nr. 2017-036, CvB 6 november 2017, nr. 2017-035 en CvB 22 juni 2017, nr. 2017-023A, *JOR* 2017/293 m.nt. F.M.A. 't Hart onder *JOR* 2017/295. In recente uitspraken van de Geschillencommissie is als bijlage een "Beoordelingskader beleggingsverzekeringen" opgenomen, waarin de belangrijkste beslissingen van de CvB over beleggingsverzekeringen kort zijn weergegeven. De Geschillencommissie neemt dit beoordelingskader als uitgangspunt bij de beoordeling van klachten over beleggingsverzekeringen. Zie bijvoorbeeld Geschillencommissie 16 juli 2021, nr. 2021-0658 en Geschillencommissie 23 juni 2021, nr. 2021-0573. Het door de Geschillencommissie gehanteerde beoordelingskader komt overeen met de richtinggevende uitspraken van de CvB.
- ²⁹⁸ CvB 22 juni 2017, nr. 2017-023A, *JOR* 2017/293 m.nt. F.M.A. 't Hart onder *JOR* 2017/295.
- ²⁹⁹ KiFiD, *Belangrijkste beslissingen Commissie van Beroep in de 5 richtinggevende uitspraken over beleggingsverzekeringen*, april 2018, p. 2.
- ³⁰⁰ CvB 22 juni 2017, nr. 2017-023A, *JOR* 2017/293 m.nt. F.M.A. 't Hart onder *JOR* 2017/295.
- ³⁰¹ CvB 23 november 2020, nr. 2020-017B.
- ³⁰² CvB 20 december 2017, nr. 2017-043, punt 5.8 en CvB 22 juni 2017, nr. 2017-023A, *JOR* 2017/293 m.nt. F.M.A. 't Hart onder *JOR* 2017/295, punt 4.4.
- ³⁰³ CvB 22 juni 2017, nr. 2017-023A, *JOR* 2017/293 m.nt. F.M.A. 't Hart onder *JOR* 2017/295. Zie ook CvB 20 december 2017, nr. 2017-043, punt 5.9 en CvB 6 november 2017, nr. 2017-035, punt 4.32, waarin de CvB heeft geoordeeld dat de consumenten in de gegeven omstandigheden er geenszins op bedacht hoefden te zijn dat (beheers)kosten (TER) (randnummer 3.6 hiervoor) zouden worden berekend.
- ³⁰⁴ CvB 19 juli 2021, nr. 2021-0036.
- ³⁰⁵ CvB 22 juni 2017, nr. 2017-023A, *JOR* 2017/293 m.nt. F.M.A. 't Hart onder *JOR* 2017/295.

³⁰⁶ CvB 20 december 2017, nr. 2017-043.

³⁰⁷ CvB 20 december 2017, nr. 2017-043, punt 5.15 en CvB 22 juni 2017, nr. 2017-023A, *JOR* 2017/293 m.nt. F.M.A. 't Hart onder *JOR* 2017/295, punt 4.16. Zie ook KiFiD, *Belangrijkste beslissingen Commissie van Beroep in de 5 richtinggevende uitspraken over beleggingsverzekeringen*, april 2018, p. 3.

³⁰⁸ CvB 6 november 2017, nr. 2017-035, punten 4.50 en 4.51, CvB 6 november 2017, nr. 2017-037, punt 4.22 en CvB 22 juni 2017, nr. 2017-023A, *JOR* 2017/293 m.nt. F.M.A. 't Hart onder *JOR* 2017/295, punten 4.21-4.29 en 4.31.

³⁰⁹ CvB 6 november 2017, nr. 2017-035. Zie ook CvB 13 maart 2018, nr. 2018-019, punt 5.37.

³¹⁰ CvB 4 februari 2019, nr. 2019-007, punt 4.11.3, CvB 11 juni 2018, nr. 2018-041, punt 4.9.3, CvB 30 januari 2018, nr. 2018-010, punt 5.44, CvB 20 december 2017, nr. 2017-043, punt 5.39 en CvB 6 november 2017, nr. 2017-037, punt 4.38.

³¹¹ CvB 6 november 2017, nr. 2017-036, punt 4.6.2.

³¹² Zie bijvoorbeeld CvB 23 november 2020, nr. 2020-016B, punten 3.4.1-3.4.20.

³¹³ Zie CvB 23 april 2019, nr. 2019-012, punten 5.37-5.41, CvB 4 februari 2019, nr. 2019-007, punt 4.7.3 en CvB 11 juni 2018, nr. 2018-041, punt 4.5.3. In andere uitspraken heeft de CvB beroepen op de Richtlijn oneerlijke bedingen afgewezen. Zie CvB 20 december 2017, nr. 2017-043, punt 5.25, CvB 6 november 2017, nr. 2017-035, punten 4.74 en 4.75 en CvB 6 november 2017, nr. 2017-037, punten 4.27-4.29.

³¹⁴ CvB 23 april 2019, nr. 2019-012.

³¹⁵ CvB 4 februari 2019, nr. 2019-007. Zie ook CvB 11 juni 2018, nr. 2018-041, punt 4.5.3.

³¹⁶ In CvB 6 november 2017, nr. 2017-037, punt 4.22 laat de CvB min of meer in het midden of sprake is van dwaling, omdat (ook) sprake is van een schending van de zorgplicht. In CvB 23 april 2019, nr. 2019-012, punten 5.46-5.49 (een tussenuitspraak) heeft de CvB nog niet geoordeeld over het beroep op dwaling.

³¹⁷ CvB 11 juni 2018, nr. 2018-041, punt 4.7, CvB 20 december 2017, nr. 2017-043, punt 5.24 en CvB 6 november 2017, nr. 2017-035, punt 4.72.

³¹⁸ CvB 4 februari 2019, nr. 2019-007, punt 4.9.

³¹⁹ De feitenweergave is gebaseerd op rov. 3.1 tot en met 3.6 van het arrest van 31 maart 2020 van het hof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2020:543, *JOR* 2020/286 m.nt. F.M.A. 't Hart, zoals aangepast en aangevuld in het arrest van 23 februari 2021 van het hof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:302. De contractdocumentatie die het hof heeft weergegeven in rov. 3.5 (onder IB.-VIB.) kan in deze conclusie buiten beschouwing blijven. Het doel van deze prejudiciële procedure is immers om duidelijkheid te verkrijgen over het algemene toetsingskader en niet om – mede aan de hand van de contractdocumentatie van NN – een concrete toetsing te verrichten ten aanzien van de vraag of NN aan haar informatieverplichtingen heeft voldaan.

³²⁰ Rb. Rotterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:3533, rov. 2.5.

³²¹ Rb. Rotterdam 19 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5654, *JOR* 2017/295 m.nt. F.M.A. 't Hart en *RF* 2017/82.

³²² Het betrof aan- en verkoopkosten, eerste kosten, incassokosten, provisie voor de tussenpersoon, doorlopende provisie voor de tussenpersoon en kosten van fondsbeheer (randnummer 3.6 hiervoor).

³²³ Stichting Wakkerpolis NNclaim heeft gevorderd te mogen tussenkomen in het geding tussen de Vereniging en NN, maar het hof heeft deze vordering bij arrest van 18 december 2018 afgewezen (hof Den Haag 18 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3560).

³²⁴ Hof Den Haag 31 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:543, *JOR* 2020/286 m.nt. F.M.A. 't Hart, rov. 4.1.

³²⁵ Hof Den Haag 31 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:543, *JOR* 2020/286 m.nt. F.M.A. 't Hart, rov. 11.

³²⁶ Hof Den Haag 31 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:543, *JOR* 2020/286 m.nt. F.M.A. 't Hart.

³²⁷ Hof Den Haag 23 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:302.

³²⁸ Van Rossum is een bedrijfsorganisatie-adviesbureau dat zich onder meer bezighoudt met alternatieve geschillenbeslechting op het gebied van, onder andere, beleggingsverzekeringen.

- ³²⁹ Schriftelijke opmerkingen van de Vereniging, randnummer 14.
- ³³⁰ De Vereniging wijst op HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182 m.nt. J.B.M. Vranken onder *NJ* 2012/184, *JOR* 2009/199 m.nt. C.W.M. Lieveerse en *Ars Aequi* 2010, p. 188 e.v. m.nt. W.H. van Boom en S.D. Lindenberg ([...]/*Dexia*), rov. 4.11.5, HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, *NJ* 2017/363 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *JOR* 2017/236 m.nt. H. Scholten en *Ondernemingsrecht* 2017/132 m.nt. B.T.M. van der Wiel (*SNS/W&P*), rov. 4.2.7 en HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298, *NJ* 2019/184 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai en *JOR* 2019/58 m.nt. F.M.A. 't Hart (*Hypinvest B.V.*), rov. 3.4.2.
- ³³¹ Schriftelijke opmerkingen van de Vereniging, randnummer 17.
- ³³² Schriftelijke opmerkingen van NN, randnummers 833.-835.
- ³³³ Schriftelijke opmerkingen van NN, randnummers 836.-844.
- ³³⁴ Schriftelijke opmerkingen van de Consumentenbond, randnummer 41.
- ³³⁵ Schriftelijke opmerkingen van de Consumentenbond, randnummer 82.
- ³³⁶ Schriftelijke opmerkingen van Van Rossum, randnummer 2.6.
- ³³⁷ Schriftelijke opmerkingen van Van Rossum, randnummer 2.6.
- ³³⁸ Reactie van de Vereniging op de schriftelijke opmerkingen van NN, randnummers 4. en 6.
- ³³⁹ Reactie van NN op de schriftelijke opmerkingen van de Vereniging, de Consumentenbond, Wakkerpolis en Van Rossum, randnummers 15.-24. en 34.-38.
- ³⁴⁰ Schriftelijke opmerkingen van Wakkerpolis, randnummers 3.1-3.4.
- ³⁴¹ Zie bijvoorbeeld J.F. de Groot, 'Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad', in B.T.M. van der Wiel e.a. (red.), *Cassatie*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr.445.
- ³⁴² Hof Den Haag 31 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:543, *JOR* 2020/286 m.nt. F.M.A. 't Hart, rov. 10.1: "De grieven 4, 5 en 6 betreffen de vraag of bepaalde kosten zijn overeengekomen, of NN bij het geven van informatie over de verzekering kon volstaan met het geven van rekenvoorbeelden (waarin de kosten waren verdisconteerd), door partijen en de rechtbank aangeduid als indirecte transparantie en hoe de bepalingen van de RIAV moeten worden uitgelegd."
- ³⁴³ Zie bijvoorbeeld de reactie van NN op de schriftelijke opmerkingen van de Vereniging, de Consumentenbond, Van Rossum en Wakkerpolis, randnummer 35.
- ³⁴⁴ Zie ook het Feitenonderzoek Beleggingsverzekeringen, in opdracht van het ministerie van Financiën uitgevoerd door de Autoriteit Financiële Markten in samenwerking met MoneyView, 9 oktober 2008, p. 27: "De overheid voerde in de jaren negentig in stappen wet- en regelgeving in. Dit in aanvulling op de regels die al in het Burgerlijk Wetboek vastlagen met betrekking tot contractrecht."
- ³⁴⁵ Bijlage 2 bij de schriftelijke opmerkingen van Wakkerpolis.
- ³⁴⁶ Schriftelijke opmerkingen van de Nederlandse regering, ingediend ingevolge artikel 23, tweede alinea van het Protocol betreffende het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, in de zaak C-51/13, *Van Leeuwen*, randnummers 14., 15., 33.-35.
- ³⁴⁷ Zie ook V.P.G. de Serière, 'Het spanningsveld tussen het Europese toezichtrecht en het burgerlijk recht. De Unierechtelijke dimensie van de zorgplicht in de financiële sector', *WPNR* 7342 (2021), p. 764.
- ³⁴⁸ Aanbeveling OFD, p. 8.
- ³⁴⁹ Feitenonderzoek Beleggingsverzekeringen, in opdracht van het ministerie van Financiën uitgevoerd door de Autoriteit Financiële Markten in samenwerking met MoneyView, 9 oktober 2008, p. 27.
- ³⁵⁰ *Kamerstukken II* 2006-2007, 29 507, nr. 40, met als bijlage de brief van 5 februari 2007 van C.E. du Perron en J.W. Wabeke aan de minister van Financiën, betreffende het advies inzake conflict beleggingspolissen, p. 3.
- ³⁵¹ Zie bijvoorbeeld de schriftelijke opmerkingen van NN, randnummers 463. en 838.
- ³⁵² Zie bijvoorbeeld de schriftelijke opmerkingen van NN, randnummers 464. en 839.
- ³⁵³ Zie bijvoorbeeld de schriftelijke opmerkingen van NN, randnummers 465. en 841.
- ³⁵⁴ Zie bijvoorbeeld HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0576, *NJ* 1993/643 m.nt. C.J.H. Brunner

onder NJ 1993/644 (*Van Wijngaarden/Staat*), rov. 3.5 en 3.6 en HR 21 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8823, NJ 2006/418 m.nt. C.J.H. Brunner, *NTBR* 2006/15 m.nt. G.E. van Maanen, *M en R* 2006/15 m.nt. J.H. Meijer, *JOR* 2006/116 m.nt. J.F. de Groot, *JB* 2005/318 m.nt. G.E. van Maanen, *Gst.* 2005/198 m.nt. J.A.E. van der Does en *BR* 2006/60 m.nt. M.A.B. Chao-Duivis ([...]/[...]), rov. 3.5.5.

³⁵⁵ Zie in dit verband voor een vergelijkbare problematiek bijvoorbeeld HR 14 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO5662, NJ 2006/188 m.nt. M.M. Mendel ([...]/*Alte Leipziger*), rov. 3.4, waarin Uw Raad HR 12 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1955, NJ 1996/683 m.nt. M.M. Mendel (*Kroymans/Sun Alliance Verzekering N.V.*) aanhaalt, waar is overwogen dat grond bestaat om voor de inhoud van de in Nederland levende rechtsovertuiging betekenis toe te kennen aan het standpunt van de Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf.

³⁵⁶ Ik merk op dat de rechtbank Gelderland in één van de hiervoor besproken procedures over beleggingsverzekeringen heeft geoordeeld dat de kritiek van de Ombudsman weliswaar “een indicatie” vormde “voor een breder gedragen maatschappelijke opvatting”, maar op zichzelf “onvoldoende” was om hiervan uit te gaan (randnummer 11.31 hiervoor). De rechtbank heeft echter niet toegelicht waarom de kritiek van de Ombudsman naar haar oordeel onvoldoende was om van een breder gedragen maatschappelijke opvatting uit te gaan.

³⁵⁷ Zie bijvoorbeeld de schriftelijke opmerkingen van NN, randnummers 466.-474. en 840.

³⁵⁸ Schriftelijke opmerkingen van de Vereniging, randnummer 14.

³⁵⁹ Schriftelijke opmerkingen van de Consumentenbond, randnummer 42.

³⁶⁰ Schriftelijke opmerkingen van Wakkerpolis (randnummer 13.12 hiervoor).

³⁶¹ Schriftelijke opmerkingen van Van Rossum, randnummers 3.5 en 6.

³⁶² Zie in deze zin ook de noot van C.W.M. Lieverse bij *NN/Van Leeuwen* (*JOR* 2015/172), nr. 6.

³⁶³ De manier waarop een beding in de toekomst voorzienbaar kan uitpakken, bepaalt mede welke informatie moet worden geboden. Hier zie ik een zekere parallel met de oneerlijkheidstoets van de Richtlijn oneerlijke bedingen. Vergelijk in dit kader bijvoorbeeld HvJ EU 9 juli 2020, zaak C-452/18, ECLI:EU:C:2020:536, *RvdW* 2020/989 (*Ibercaja Banco, SA*), punten 48 en 49, waarin het HvJ EU ten aanzien van deze toets heeft overwogen dat rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden waarvan de verkoper kennis kon hebben op het moment dat de overeenkomst werd gesloten en die gevolgen konden hebben voor de latere uitvoering van de overeenkomst. Een contractueel beding kan namelijk een verstoring van het evenwicht tussen de contactpartijen in zich dragen die zich pas tijdens de uitvoering van de overeenkomst manifesteert.

³⁶⁴ Zie in deze zin ook de noot van M.M. Mendel bij *NN/Van Leeuwen* (NJ 2016/352), nr. 7.
