

## NOOT

1. Het einde van de verschillende procedures over de naleving van de zorgplicht die rust op verzekeraars die beleggingsverzekeringen hebben aangeboden, is nog niet in zicht. Wie met een schuin oog kijkt naar de procedures die nog steeds aanhangig zijn ten aanzien van de naleving van de zorgplicht door aanbieders van effectenleaseproducten, mag niet de verwachting hebben dat dit einde binnen een paar jaar bereikt zal worden. Zo wees de Hoge Raad dit jaar nog twee belangwekkende arresten over de zorgplicht bij effectenleaseproducten (HR 24 april 2020, «JOR» 2020/148, m.nt. Lieverse en HR 30 oktober 2020 ECLI:NL:HR:2020:1713).

2. Hoewel meerdere aspecten van de zorgplicht een belangrijke rol spelen in de verschillende procedures, staat in alle procedures de vraag centraal wat de omvang is van de informatieplicht die rust op de desbetreffende levensverzekeraars en of daaraan is voldaan. Een andere belangrijke vraag is of overeenstemming was bereikt over de kosten die door de levensverzekeraar in rekening gebracht mochten worden alsmede of overeenstemming bestond over de omvang van deze kosten. Zo oordeelde de Hoge Raad in het arrest inzake het Aegon Spaarplan dat als tussen verzekeraar en verzekeringnemer

wel overeenstemming bestond dat premie betaald dient te worden maar geen overeenstemming was bereikt over de omvang van deze premie, die premie naar redelijkheid en billijkheid vastgesteld dient te worden. In dat geval diende als maatstaf gehanteerd te worden (i) de parameters uit de openbare aanbeveling van de Ombudsman Financiële Dienstverlening uit maart 2008 en (ii) de premies die door andere aanbieders van overlijdensrisicoverzekeringen werden aangeboden (HR 14 juni 2013, «JOR» 2013/213, m.nt. Lieverse).

3. Het Hof van Justitie overwoog in de zaak NN/Van Leeuwen (HvJ 29 april 2015, «JOR» 2015/172, m.nt. Lieverse) dat – ondanks het feit dat de Derde Levensrichtlijn maximumharmonisatie kent – de redelijkheid en billijkheid met zich kan brengen dat op een verzekeraar een aanvullende informatieplicht geldt (in aanvulling op hetgeen publiekrechtelijk is voorgeschreven, bijvoorbeeld in RIAV 1994 of RIAV 1998). Het Hof van Justitie overwoog dat wel aan drie vereisten moet worden voldaan om een aanvullende informatieplicht aan te nemen: (i) de verlangde informatie moet duidelijk en nauwkeurig zijn, (ii) deze informatie moet noodzakelijk zijn voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de wezenlijke bestanddelen van de verzekering, en (iii) de rechtszekerheid voor de verzekeraar is voldoende gewaarborgd, in die zin dat de verzekeraar kon voorzien dat de aanvullende informatie verstrekt diende te worden. Dat laatste betekent dat een verzekeraar niet geconfronteerd mag worden met “verrassingsnormen”.

4. Deze uitspraak is met name van belang voor beleggingsverzekeringen die zijn aangeboden in de periode waarin de publiekrechtelijke regelgeving gebaseerd was op indirecte transparantie (1994-2008) en niet op directe transparantie (vanaf 2008). Sinds deze uitspraak van het HvJ zijn door diverse rechterlijke instanties en het KIFID meerdere uitspraken gedaan, die echter geen eenduidig beeld geven van het antwoord op de vraag of toepassing van deze drie criteria leidt tot het aannemen van een aanvullende informatieplicht. De Commissie van Beroep van het KIFID nam wel een aanvullende informatieplicht aan ten aanzien van het inteer- en hefboomeffect. Ook oordeelde de Commissie dat de zogenoemde eerste kosten niet door de verzekeraar in rekening gebracht hadden mogen worden (CvB 22 juni 2017, «JOR» 2017/293, m.nt. 't Hart). De

Rechtbank Den Haag overwoog dat een aanvullende informatieplicht aangenomen mag worden indien sprake is van breed gedragen maatschappelijke opvattingen. Naar het oordeel van de Rechtbank Den Haag vonden deze maatschappelijke opvattingen hun neerslag in de destijds geldende Code Rendement en Risico van het Verbond van Verzekeraars (Rb. Den Haag 28 juni 2017, «JOR» 2017/294, m.nt. 't Hart). Anders gezegd: indien voldaan zou zijn aan deze zelfregulering, is er geen verdere aanvullende informatieplicht die een verzekeraar in acht had dienen te nemen. De Rechtbank Rotterdam nam geen aanvullende informatieplicht aan nu de RIAV 1994 en RIAV 1998 tot stand zijn gekomen na consultatie van het Verbond van Verzekeraars en de Ombudsman Levensverzekering. De Rechtbank Rotterdam is – in tegenstelling tot de Commissie van Beroep van het KiFiD – voorts van oordeel dat het inteer- en hefboomeffect een risico is dat inherent is aan beleggen en dat daarvoor geen afzonderlijke (aanvullende) informatieplicht mag worden aangenomen (Rb. Rotterdam 19 juli 2017, «JOR» 2017/295, m.nt. 't Hart).

Tot een min of meer gelijklopend oordeel kwam het Hof Arnhem-Leeuwarden (29 januari 2019, «JOR» 2019/136, m.nt. 't Hart en PJ 2019/21, m.nt. Kalkman). In casu ging het om beleggingsverzekeringen afgesloten in de periode 1988-1998. Het hof overweegt dat *“de ten tijde van het afsluiten van de verzekeringen (in de periode 1988-1998) heersende rechtsopvattingen (de open normen) niet meebrachten dat Aegon [appellanten] ten aanzien van deze verzekeringen had moeten informeren over het inhouden van risicopremie en kosten op de te betalen premie. Anders dan [appellanten] stelt, rustte op verzekeraars in die tijd niet (zonder meer) een plicht om informatie te geven over de inhouding van kosten (dan wel risicopremie) en/of om duidelijk te maken welk nettobedrag werd belegd.”*

De verschillende uitspraken ten aanzien van de informatieplicht illustreren treffend hoe deze zorgplicht zich in de loop der tijd heeft ontwikkeld en dat de beoordeling van de naleving van de zorgplicht dient te geschieden op basis van de normen en inzichten die golden ten tijde van het afsluiten van het desbetreffende financieel product (zie o.a. HR 16 juni 2017, «JOR» 2017/236, m.nt. Scholten).

5. Ook de vraag of bepaalde kosten in rekening gebracht mochten worden levert een diffuus

beeld op. Relevant is mede – naast de publiekrechtelijke voorschriften – of en in welke mate de verzekeraar transparant is geweest over de in rekening gebrachte kosten en dat kan per beleggingsverzekering en per verzekeraar verschillen. De kenmerken, voorwaarden en de transparantie kan immers per type beleggingsverzekering en per verzekeraar verschillen. Zo oordeelde de Rechtbank Rotterdam in een andere zaak dat geen wilsovereenstemming bestond over de aangeduide kosten (Rb. Rotterdam 27 maart 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:2350). De Rechtbank Midden-Nederland oordeelde dat op een verzekeraar (in casu ASR) een bijzondere zorgplicht rust maar dat daaraan grotendeels was voldaan. ASR behoeft verzekeringnemers niet te waarschuwen voor het crashrisico, het fata morgana-effect en hefboom- en inteereffect. Verder overwoog deze rechtbank dat ASR haar verzekeringnemers niet hoefde te informeren over de hoogte van de doorlopende kosten en de omvang van de risicopremie: *“De vraag is hoe een consument moet worden voorgelicht voor hij een dergelijke beleggingsverzekering sluit. In principe zijn daarvoor twee manieren. De ene manier is dat de verzekeraar inzichtelijk maakt wat hij precies doet met de betaalde premie, welke kosten hij daarop inhoudt en in welke aandelen of fondsen hij de premie belegt. Dat is de manier waarop het gaat bij gewoon beleggen in aandelen: men weet wat men inlegt en waarin, maar het te behalen resultaat is vooraf onzeker. De andere manier is dat de verzekeraar het product aanbiedt als een black box, waarbij hij vertelt wat het oplevert.*

*Zo gaat het bij gewoon sparen: men weet wat men inlegt en wat het oplevert. Of de aanbieder daar zelf winst of verlies op maakt, wordt niet inzichtelijk gemaakt. In de praktijk is bij beleggingsverzekeringen gekozen voor de tweede manier, die in het dossier wordt aangeduid als ‘indirecte transparantie’. Verzekeraars hebben hun producten op die manier aangeboden, in de bestaande regelgeving is dat geaccepteerd en ook consumenten hebben daar genoeg mee genomen. Dat is begrijpelijk omdat maar heel weinig consumenten in staat zullen zijn om op basis van de ‘input’-informatie te beoordelen wat het product hen zal opleveren. Het is alleen moeilijk om vooraf een getrouw beeld te geven van de mogelijke resultaten van het product, op grond waarvan een consument een weloverwogen keus kan*

*maken, omdat de resultaten erg uiteen kunnen lopen*” (Rb. Midden Nederland 6 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:307). Daarentegen oordeelde de Rechtbank Noord-Holland dat in het geval van een vast verzekerd bedrag bij overlijden, de verzekeraar gehouden was om haar verzekeringnemers te waarschuwen voor het hefboom- en inteereffect. Deze rechtbank overweegt ten principale dat een aanvullende informatieplicht aangenomen mag worden in de periode waarin de regelgeving gebaseerd was op indirecte transparantie (Rb. Noord-Holland 20 december 2017, PJ 2018/31, m.nt. Kalkman). Deze rechtbank oordeelde ook dat bepaalde voorwaarden oneerlijk waren in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen (Richtlijn 93/13/EEG). Om die reden vernietigde de rechtbank de desbetreffende voorwaarden met als consequentie dat de verzekeraar gehouden is tot schadevergoeding.

6. Aan deze (niet limitatieve) opsomming kunnen de vier hier te annoteren uitspraken worden toegevoegd. Wat leren ons deze uitspraken in het licht van *NN/Van Leeuwen*?

7. De Rechtbank Gelderland («JOR» 2020/283) komt onder andere tot het oordeel dat Achmea onvoldoende duidelijke en onvolledige informatie heeft verstrekt over de kosten die in rekening zouden worden gebracht en over de impact van deze kosten op het te behalen eindresultaat voor zover dit betreft het hefboom- en inteereffect (Rb. Gelderland 24 juni 2020). De rechtbank overweegt aan de hand van de door het HvJ geformuleerde criteria of op Achmea een additionele informatieplicht rustte ten aanzien van het hefboom- en inteereffect: *“Alle ingrediënten voor het bestaan van de informatieplicht betreffende het hefboom- en inteereffect en de mogelijke negatieve gevolgen daarvan bij een vast verzekerd bedrag bij overlijden waren van aanvang af aanwezig; het mechanisme zelf, bekendheid van Achmea met het mechanisme en de mogelijke negatieve gevolgen, bekendheid van Achmea met het belang van waarde-opbouw voor de consumenten, bekendheid van Achmea met de eisen van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 BW) en haar gehoudenheid de gerechtvaardigde belangen van haar wederpartij in acht te nemen. Bij het oordeel dat op Achmea de informatieplicht rustte is dan ook geen sprake van een oordeel met de kennis/inzichten van heden.”* Interessant is dat de rechtbank betekenis hecht aan de omstandigheid dat Achmea bekend was met de

eisen van redelijkheid en billijkheid en dat dit mede ten grondslag wordt gelegd aan het aannemen van een additionele informatieplicht.

8. De Rechtbank Midden-Nederland («JOR» 2020/284) oordeelt dat op ASR geen aanvullende informatieverplichting rust om verzekeringnemers te informeren over de (hoogte van de) op de brutopremie ingehouden kosten(soorten) en risicopremie (Rb. Midden-Nederland 11 maart 2020). Ingevolge het derde door het HvJ geformuleerde criterium zou dit naar het oordeel van deze rechtbank een verrassingsnorm zijn, nu in de periode waarin de desbetreffende verzekeringen werden aangeboden sprake was van een breed gedragen maatschappelijke opvatting dat een verzekeraar geen specifieke informatie over de kosten hoefde te verstrekken en dat het vermelden van de brutopremie en voorbeeldkapitalen (waarin de kosten en risicopremies verdisconteerd waren) toereikend was.

9. Kern van het geschil dat door de Rechtbank Rotterdam («JOR» 2020/285) is beoordeeld, betrof de vraag of er een contractuele grondslag bestond voor het in rekening brengen van de zogenaamde eerste kosten door Nationale Nederlanden (Rb. Rotterdam 22 april 2020). De rechtbank overweegt dat de omzetting van de brutopremies in participaties in beleggingsfondsen onderdeel is van de verzekeringsovereenkomst en dat geen sprake is van meerdere overeenkomsten zoals de collectieve-actiestichting stelt. Vervolgens overweegt de rechtbank – mijns inziens terecht – dat de stelling van de stichting dat de informatieverplichtingen uit hoofde van de Derde Levensrichtlijn slechts minimumnormen zijn die losstaan van een privaatrechtelijke beoordeling, geen stand houdt nu het Europese recht geen onderscheid maakt tussen privaatrecht en publiekrecht. Vervolgens overweegt de rechtbank dat de vraag of Nederlandse ongeschreven regels met zich brachten dat meer informatie verschaft diende te worden, bepaald wordt door de algemene maatschappelijke opvattingen ten tijde van de totstandkoming van de desbetreffende verzekeringsovereenkomsten. Een belangwekkende overweging van de rechtbank is dat de aanvullende rol van de redelijkheid en billijkheid geringer is nu diverse omstandigheden – waaronder de complexiteit van het product en de verhouding tussen partijen – destijds onder ogen zijn gezien bij de totstandkoming van de Derde Levensrichtlijn.

10. De rechtbank oordeelt om die reden dat er geen reden is om in de periode 1990-1994 strengere eisen te stellen aan de informatieverstrekking dan uit de per 1 juli 1994 in werking getreden RIAV 1994. De rechtbank stelt vast dat eind 1996 de maatschappelijke opvattingen veranderden, blijkend uit de per 1 januari 1997 door het Verbond van Verzekeraars bij wijze van zelfregulering ingevoerde Code Rendement en Risico (CRR). De CRR liep daarbij vooruit op de RIAV 1998 en daarom was de verzekeraar gehouden om vanaf januari 1997 de informatie te verstrekken die zou worden voorgeschreven ingevolge RIAV 1998. Op grond hiervan komt de rechtbank tot de slotsom – ten aanzien van de informatieplicht – dat tot 1998 geen aanvullende informatieverplichtingen golden anders dan in de periode januari 1997 tot inwerkingtreding RIAV 1998. Het oordeel van de rechtbank of Nationale Nederlanden in overeenstemming heeft gehandeld met deze informatieplicht laat ik in deze annotatie buiten beschouwing. Dit oordeel van de rechtbank maakt duidelijk dat zelfregulering minder vrijblijvend is dan wellicht door menigeen gedacht, nu zelfregulering door een representatieve brancheorganisatie (mede) het oordeel kan dragen dat die zelfregulering breed gedragen maatschappelijke opvattingen weerspiegelen.

11. Het Hof Den Haag formuleert in zijn hierboven afgedrukte arrest twee (voorgenomen) prejudiciële vragen aan de Hoge Raad (Hof Den Haag 31 maart 2020). De essentie van de eerste prejudiciële vraag is of een verzekeraar die voldoet aan de publiekrechtelijke informatieplichten (Derde Levensrichtlijn) daarmee tevens heeft voldaan aan de op hem rustende privaatrechtelijke verplichtingen. Kortom: brengt naleving van de publiekrechtelijke zorgplicht met zich dat tevens de privaatrechtelijke zorgplicht is nageleefd? Het Hof Den Haag refereert daarbij aan de Richtlijn oneerlijke bedingen en ook nationale privaatrechtelijke (open) normen zoals het onredelijk bezwarend beding in de zin van art. 6:233 e.v. BW, de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid alsmede de (al dan niet buitencontractuele) zorgplicht. De tweede prejudiciële vraag – indien het antwoord op de eerste vraag ontkennend luidt – is of de aanvullende-informatieverplichtingen moeten voldoen aan de criteria zoals geformuleerd door de Hof van Justitie in *NN/Van Leeuwen*.

12. Voor deze benadering van het Hof Den Haag pleit dat een positieve beantwoording van de eerste vraag het verloop van menig procedure zou kunnen bespoedigen. Ter illustratie kan verwezen worden naar een arrest van het Hof 's-Hertogenbosch uit 2017. Dit hof kwam tot het oordeel dat bepaalde bedingen uit de algemene voorwaarden die betrekking hadden op de poliskosten, de aanvullende administratiekosten en bepaalde beleggingskosten als onredelijk bezwarend beschouwd moesten worden. Dit oordeel zou als consequentie hebben dat de verzekeraar gehouden is om de op basis van deze bedingen door verzekeringnemers betaalde kosten, te restitueren (Hof 's-Hertogenbosch 2 mei 2017, «JOR» 2017/198, m.nt. Lieveerse en zie ook Kalkman in *PJ* 2017/129). In andere uitspraken werden de verzekeringsvoorwaarden (ambtshalve) getoetst aan de Richtlijn oneerlijke bedingen (Rb. Noord-Holland, 20 december 2017, *PJ* 2018/31, m.nt. Kalkman, Hof Den Haag 15 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1624 en Commissie van Beroep KIFiD 4 februari 2019, nr. 2019-007).

13. Overigens is de ambtshalve toetsing niet onbeperkt in omvang. Het Hof van Justitie overwoog in een Hongaarse hypotheekzaak: *“een nationale rechter bij wie een consument beroep heeft ingesteld om te doen vaststellen dat bepaalde bedingen van een door deze consument met een verkoper gesloten overeenkomst oneerlijk zijn, niet verplicht is om alle andere contractuele bedingen waartegen die consument niet is opgekomen, ambtshalve en individueel te onderzoeken teneinde na te gaan of zij als oneerlijk kunnen worden aangemerkt, maar enkel de bedingen moet onderzoeken die verband houden met het voorwerp van het geding zoals dat door de partijen is afgebakend, zodra hij beschikt over de daartoe noodzakelijke juridische en feitelijke gegevens, die in voorkomend geval worden aangevuld doormiddel van maatregelen van instructie”* (HvJ 11 maart 2020, «JOR» 2020/174, m.nt. Scholten).

14. Het woord is – na vaststelling van de prejudiciële vragen – aan de Hoge Raad.

dr. mr. F.M.A. 't Hart  
advocaat te Amsterdam