

ECLI:NL:GHDHA:2023:1854

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	26-09-2023
Datum publicatie	27-09-2023
Zaaknummer	200.225.941/02
Formele relaties	Na prejudiciële beslissing van : ECLI:NL:HR:2022:166
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Beleggingsverzekering. Vervolg op ECLI:NL:HR:2022:166. Collectieve actie tegen Nationale Nederlanden over het product Flexibel Verzekerd Beleggen, een verzekering die werkt volgens het Universal Life principe. Wilsovereenstemming over kosten en inhoudingen op grond van indirecte transparantie? Riav 1994, Riav 1998, Derde Levensrichtlijn. Is voldaan aan informatieverplichtingen naar burgerlijk recht? Bestond een bijzondere zorgplicht vanwege het zogenaamde crashrisico en het fata morgana-effect. Misleiding? Oneerlijke bedingen. Nader onderzoek naar churning.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Civil recht
Team Handel

Zaaknummer hof : 200.225.941/02
Zaaknummer rechtbank : C/10/462533 / HA ZA 14-1092

arrest van 26 september 2023

in de zaak van

Vereniging Woekerpolis.nl,
gevestigd in Amsterdam,
appellante,
hierna te noemen: de Vereniging,

advocaat: mr. J.B. Maliepaard in Rotterdam,

tegen

Nationale-Nederlanden Levensverzekering Maatschappij N.V.,

gevestigd in Rotterdam,

geïntimeerde,

hierna te noemen: NN,

advocaat: mr. B.M. van Wijk in Rotterdam.

1 Waar deze zaak over gaat

- 1.1 De Vereniging, die de belangen behartigt van personen die schade hebben geleden door wat zij woekerpolissen noemt, is een procedure gestart tegen NN die vanaf 1992 tot 2008 beleggingspolissen heeft verkocht aan particulieren. In deze procedure gaat het om verzekeringen met de naam "Flexibel Verzekerd Beleggen" (FVB-verzekeringen).
- 1.2 De FVB-verzekeringen werken volgens het Universal Life principe. Dat houdt in dat de brutopremie helemaal wordt belegd en dat vervolgens vanuit de beleggingen de kosten en de risicopremies worden voldaan door beleggingen weer te verkopen. De verzekering keert uit bij overlijden vóór de einddatum van de verzekering of bij in leven zijn op de einddatum. Voor de uitkering bij overlijden vóór de einddatum is een overlijdensrisicopremie verschuldigd. Dat is geen vaste premie: zij wordt steeds opnieuw berekend door de waarde van de beleggingen te vergelijken met het te dekken overlijdensrisico. Over het verschil in waarde wordt de premie berekend. De hoogte van de uitkering bij in leven zijn op de einddatum is afhankelijk van het resultaat van de beleggingen. Het is mogelijk dat er geen uitkering plaatsvindt. Dat gebeurt als de kosten en inhoudingen hoger zijn dan de betaalde premies. Als dat gebeurt tijdens de looptijd, dus voordat de einddatum is bereikt, wordt de verzekering beëindigd en vervalt ook de overlijdensrisicodekking.
- 1.3 Op de FVB-verzekeringen waren de Voorwaarden voor Verzekeringen van toepassing; ze worden hierna Voorwaarden genoemd. De Voorwaarden zijn van 31 augustus 1990; in 2001 zijn ze aangepast. In de Voorwaarden is bijvoorbeeld geregeld welke kosten in rekening worden gebracht en hoe dat gebeurt.
- 1.4 Naast de Voorwaarden verschenen er in de loop der tijden allerlei (Europese) regels die zich richtten op (levens)verzekeringen, waaronder met name de Derde Levensrichtlijn. Artikel 31 van die richtlijn verplichtte de verzekeraar verscheidene inlichtingen aan zijn afnemers te verstrekken. In bijlage II was die verplichting uitgewerkt. Dit artikel (met bijlage II) is in Nederland via artikel 51 van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 geïmplementeerd in de Regeling Informatieverstrekking Aan Verzekeringnemers (RIAV 1994 en RIAV 1998). Verder gold er vanaf 1997 een door het Verbond van Verzekeraars opgestelde Code Rendement en Risico (de CRR) in verschillende versies, een gedragscode voor informatieverstrekking over onder meer beleggingsverzekeringen. Die bevatte richtlijnen voor de inhoud van de door verzekeraars gegeven rekenvoorbeelden. Ten slotte is in 2002 het Besluit Financiële Bijsluiter genomen en is in 2006 de Wet Financiële Dienstverlening en het daarmee verband houdende Besluit financiële dienstverlening in werking getreden.

- 1.5 De in 1971 ingestelde Ombudsman Levensverzekering heeft vanaf zijn jaarverslag over 1994 over beleggingsverzekeringen opgemerkt dat de materie voor veel verzekeringnemers te complex is. Vanaf 1995 zijn er kamervragen aan de Minister gesteld over de inhoud van de informatieverstrekking door de beleggingsverzekeraars. In april 1998 heeft de Verzekeringskamer (een toezichtsorgaan voor verzekeraars) een onderzoeksrapport uitgebracht (geheten: "Informatieverstrekking aan verzekeringnemers") waarin onder meer is geïnventariseerd welke informatie wordt verstrekt over wezenlijke kenmerken van het verzekeringsproduct (waarover in de RIAV 1994 geen voorschriften zijn gegeven). De conclusie is dat de voor de polishouder relevante informatie over een (voorbeeld)eindwaarde, het beleggingsrisico en de beleggingskosten vaak niet of nauwelijks is te vinden. In 2006 is er een rapport verschenen van de Commissie transparantie beleggingsverzekeringen (Commissie De Ruiters) en in 2008 een aanbeveling van de Ombudsman Financiële Dienstverlening, mr. J.W. Wabeke. Beide concluderen dat er onvoldoende transparantie is (geweest) bij beleggingsverzekeringen. De Ombudsman adviseert om voor alle vóór 1 januari 2008 gesloten beleggingsverzekeringen compensatie aan te bieden als de kosten hoger zijn geweest dan 3,5% van het bruto fondsrendement.
- 1.6 In 2012 heeft NN een tegemoetkomingsregeling getroffen. Daarin is een maximaal percentage vastgesteld voor de kosten die voor beleggingsverzekeringen worden berekend. Dit percentage varieert van 2,45% tot 3,50%. Als voor een verzekering meer kosten zijn ingehouden, komt de verzekerde in aanmerking voor een vergoeding. In de tegemoetkomingsregeling staat dat ongeveer de helft van de door NN afgesloten verzekeringen voldoet aan de afgesproken kostennormen.

2 Het verdere verloop van het geding

- 2.1 De Vereniging is een zaak begonnen tegen NN bij de rechtbank Rotterdam. De rechtbank heeft haar vorderingen afgewezen. Daarom is de Vereniging in hoger beroep gegaan.
- 2.2 Op 31 maart 2020 heeft het hof een uitspraak gedaan. Daarin is aangekondigd dat het hof vragen aan de Hoge Raad wil gaan stellen. Partijen hebben aangegeven wat zij daarvan vonden. Daarna is op 23 februari 2021 een arrest gewezen waarin inderdaad vragen aan de Hoge Raad zijn gesteld (hierna: het tussenarrest). Nadat partijen en derden-belanghebbenden schriftelijke opmerkingen hadden gemaakt, heeft A-G Hartlief zijn conclusie genomen (hierna: Conclusie). Daarover zijn nog opmerkingen gemaakt door partijen in hun Borgersbrieven. De Hoge Raad heeft op 11 februari 2022 zijn prejudiciële beslissing gegeven.
- 2.3 Daarna is de zaak weer bij het hof gekomen. Beide partijen hebben een akte genomen (hierna: Akte Vereniging en Akte NN) waarin zij de beslissing van de Hoge Raad van commentaar hebben voorzien. De Vereniging heeft daarbij nog producties ingeleverd. NN heeft in haar akte ook gereageerd op de Akte Vereniging.
- 2.4 Vervolgens is weer arrest gevraagd.

Verdere beoordeling van het hoger beroep

A. De uitspraak van de Hoge Raad

- 3.1 Het hof heeft de volgende vragen aan de Hoge Raad gesteld:

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.

3.2 De Hoge Raad heeft het volgende geantwoord:

"3.1

De eerste prejudiciële vraag stelt aan de orde of een verzekeraar jegens zijn verzekeringnemer heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit hoofde van het burgerlijk recht, indien die verzekeraar de informatieplichten heeft nageleefd die op hem rusten ingevolge de Derde Levensrichtlijn (hierna: DLR), de RIAV 1994 en de RIAV 1998. De tweede prejudiciële vraag betreft de toepassing van Unierecht ingeval de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord. De vragen lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

3.2

In de prejudiciële vragen ligt besloten dat zij gevallen bestrijken waarin Nederlands recht van toepassing is op de rechtsverhouding tussen de verzekeraar en de verzekeringnemer. Daarvan wordt hierna uitgegaan.

3.3

De rechtsverhouding tussen een verzekeraar die een beleggingsverzekering aanbiedt aan, dan wel sluit of heeft gesloten met, een wederpartij, wordt beheerst door het burgerlijk recht, waaronder het contractenrecht. Uitgangspunt is dus dat een verzekeraar jegens de wederpartij de verplichtingen dient na te leven die naar maatstaven van burgerlijk recht op de verzekeraar rusten ten tijde van het aanbieden, sluiten en uitvoeren van de beleggingsverzekering. De wederpartij wordt hierna ook aangeduid als verzekeringnemer.

3.4

Een verzekeraar die valt onder het toepassingsbereik van de DLR, is gehouden tot naleving van de informatieplichten van art. 31 van die richtlijn, dat het volgende inhoudt:

- 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.

3.5

De DLR is ingetrokken en vervangen door de Levensrichtlijn 2002, die vervolgens is ingetrokken en vervangen door de Richtlijn Solvabiliteit II. De hiervoor in 3.4 vermelde informatieplichten zijn ook in de Levensrichtlijn 2002 en in de Richtlijn Solvabiliteit II opgenomen (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.64-4.65 en 4.103-4.104).

3.6

In het arrest NN/Van Leeuwen van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU) is, onder verwijzing naar het arrest Axa Royale Belge, geoordeeld dat art. 31 lid 3 DLR aldus moet worden uitgelegd dat "het niet eraan in de weg staat dat een verzekeraar 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 verzekeringnemer 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".

3.7.1

Op grond van het arrest NN/Van Leeuwen is het aan de rechter om te beoordelen of informatieverplichtingen jegens de wederpartij die naar maatstaven van burgerlijk recht rusten op de verzekeraar bij het aangaan, sluiten of uitvoeren van een beleggingsverzekering, voldoen aan de vereisten van art. 31 lid 3 DLR, zoals vermeld in de punten 21 en 27 van dat arrest.

3.7.2

Daartoe moet worden vastgesteld of naar burgerlijk recht verplichtingen tot het verstrekken van aanvullende gegevens, naast de door art. 31 lid 3 DLR al verlangde gegevens, op de verzekeraar rusten en zo ja, welke. Vervolgens moet worden beoordeeld of die verplichtingen i) betrekking hebben op gegevens die duidelijk en nauwkeurig zijn, ii) noodzakelijk zijn voor een goed begrip van de wezenlijke bestanddelen van de aangeboden of tot stand gekomen beleggingsverzekering, en iii) voldoende rechtszekerheid waarborgen.

Aan de derde eis is voldaan als die verplichtingen de verzekeraar in staat stellen met een voldoende mate van voorspelbaarheid vast te stellen welke aanvullende informatie hij dient te verstrekken en de verzekeringnemer kan verwachten. Hierbij valt in aanmerking te nemen dat het aan de verzekeraar is om 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.

3.7.3

Aan de verzekeringnemer komt geen beroep toe op de rechtsgevolgen van het niet naleven door de verzekeraar van een naar maatstaven van burgerlijk recht bestaande verplichting tot het verstrekken van aanvullende gegevens naast de door art. 31 lid 3 DLR al verlangde gegevens, indien die verplichting niet voldoet aan de drie hiervoor in 3.7.2 weergegeven eisen. Dat volgt uit art. 31 lid 3 DLR en de daaraan door het HvJEU gegeven uitleg.

3.7.4

Voldoet een naar maatstaven van burgerlijk recht bestaande verplichting van de verzekeraar tot het verstrekken van aanvullende gegevens naast de door art. 31 lid 3 DLR al verlangde gegevens, wel aan de drie hiervoor in 3.7.2 weergegeven eisen en wordt deze verplichting door de verzekeraar niet nageleefd, dan kan de verzekeringnemer bij de rechter aanspraak maken op rechtsbescherming. Dat volgt uit het Nederlandse burgerlijk (proces)recht, art. 31 lid 3 DLR en de aan die bepaling door het HvJEU gegeven uitleg. Het sluit ook aan bij de bedoeling van de Nederlandse wetgever, die bij het geven van regels in verband met de implementatie van art. 31 DLR in de RIAV 1994 en de RIAV 1998 heeft opgemerkt dat de toepassing van laatstgenoemde regelingen wordt "beheerst door het burgerlijk recht, waarbij bijvoorbeeld ook de eisen van redelijkheid en billijkheid (artikel 2 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek) gelden". De verzekeringnemer heeft dus aanspraak op die rechtsbescherming ook in een geval waarin de verzekeraar de informatieplichten van art. 31 lid 3 DLR heeft nageleefd.

3.8

De slotsom is dat het antwoord op de eerste prejudiciële vraag ontkennend luidt en het antwoord op de tweede prejudiciële vraag bevestigend."

- 3.3 Met inachtneming van de door de Hoge Raad gegeven antwoorden zullen de grieven van de Vereniging verder worden beoordeeld.

B. De beslissingen in het tussenarrest

- 4.1 In het tussenarrest is in de tweede rov. 7.1 en 7.2 voor het van de consument te verlangen onderzoek en de van hem te verlangen oplettendheid als maatstaf genomen de normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende consument die een beleggingsverzekering afsluit. Daarmee is grief 1 verworpen.
- 4.2 Om praktische redenen is in de tweede rov. 8.3 van het tussenarrest besloten om zowel een uitspraak te doen over de situatie waarin de tussenpersoon geen informatie (met name de brochures) heeft verstrekt als over de situatie waarin de informatie wel is verstrekt. Voor het overige zal de rol van de tussenpersoon buiten beschouwing worden gelaten. Dat betekent dat grief 2 deels is geslaagd.
- 4.3 In de tweede rov. 9.2 van het tussenarrest is uitgemaakt dat de door NN (via de tussenpersoon) aan de consument verschaft prospectussen en brochures geen onderdeel vormen van het tussen NN en de afnemer gesloten contract. In zoverre slaagt grief 3. Wel vormen deze stukken onderdeel van de door NN vóór het sluiten van de overeenkomst verschaft informatie.

C. De verwijten van de Vereniging

- 5.1 Bij haar akte na het antwoord op de prejudiciële vragen (Akte Vereniging) heeft de Vereniging haar verwijten jegens NN nogmaals samengevat (randnummer 24). NN is het daarmee blijkbaar eens, want zij maakt in haar akte (Akte NN) gebruik van dezelfde opsomming (randnummer 9). Hierna zal van deze opsomming worden uitgegaan. Dat betekent dat de volgende verwijten zullen worden besproken:
- a. het inhouden van kosten zonder contractuele grondslag;
 - b. de hoogte van de kosten is niet overeengekomen;
 - c. het niet informeren over en/of waarschuwen voor het hefboom- en inteereffect;
 - d. het niet informeren over en/of waarschuwen voor het crashrisico;
 - e. het niet informeren over en/of waarschuwen voor het fata morgana-effect;

- f. diverse bedingen zijn oneerlijk;
- g. het niet informeren en/of waarschuwen voor de gevolgen van de kosten en inhoudingen op het rendement;
- h. er is sprake van churning.

D. De verwijten onder a en b: geen wilsovereenstemming

6.1 De Vereniging heeft aangegeven dat de verwijten onder a. en b. inhouden dat een aantal kosten dan wel de hoogte daarvan niet is overeengekomen, met andere woorden dat daarover geen wilsovereenstemming bestaat.

6.2 De Vereniging doelt bij verwijt a. op de volgende kosten:

- (1) aan- en verkoopkosten;
- (2) eerste kosten;
- (3) incassokosten; en
- (4) doorlopende provisie.

Deze kosten zullen hierna achtereenvolgens worden besproken.

Zijn de eisen van artikel 31 lid 3 DLR van toepassing?

6.3 Bij de beoordeling van deze verwijten, moet allereerst een voorvraag worden beantwoord.

Partijen zijn het er namelijk niet over eens of ook het vereiste van wilsovereenstemming dient te voldoen aan de eisen van artikel 31 lid 3 DLR, zoals die zijn vermeld in het arrest NN/Van Leeuwen (rov. 3.7.1 en 3.7.2 van de Hoge Raad).

6.4 De Vereniging meent, onder verwijzing naar de Conclusie (randnummer 15.5), dat de eisen van artikel 31 lid 3 DLR hier niet van toepassing zijn, omdat het bij wilsovereenstemming niet gaat om aanvullende informatieplichten en de overwegingen van de Hoge Raad alleen op zulke aanvullende informatieplichten betrekking hebben.

6.5 NN bepleit juist het omgekeerde. Volgens haar zijn ook op het vereiste van wilsovereenstemming de drie eisen van artikel 31 lid 3 DLR van toepassing. Zij zoekt steun voor haar opvatting in het feit dat de Hoge Raad het in rov. 3.7.1 heeft over "informatieverplichtingen jegens de wederpartij (...) bij het aangaan, sluiten of uitvoeren van een beleggingsverzekering", waaronder volgens haar ook het vereiste van wilsovereenstemming valt.

6.6 Het gelijk is aan de zijde van de Vereniging. Bij de beantwoording van de vraag of tussen partijen wilsovereenstemming bestaat, moet worden gelet op de zin die partijen over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan uiteraard door NN verschaft informatie meewegen, evenals het feit dat bepaalde gegevens niet zijn verstrekt. De omstandigheid dat gegeven en niet gegeven informatie wordt meegewogen, betekent echter niet dat het leerstuk van wilsovereenstemming of dat van uitleg een (aanvullende) informatieplicht oplegt. Dat blijkt niet uit de vereisten die aan wilsovereenstemming worden gesteld en ook is geen bijzondere sanctie voorzien. Daarom behoeven bij de beantwoording van de vraag of er wilsovereenstemming is, de drie vereisten van artikel 31 lid 3 DLR niet te worden toegepast.

Uit de door NN genoemde (hiervoor in 6.5 geciteerde) woorden van de Hoge Raad kan niet iets anders worden afgeleid. In de eerste plaats gebruikt de Hoge Raad die woorden als omschrijving van een informatieverplichting (curs. hof), genoemd in artikel 31 lid 3 DLR en in de tweede plaats moet, juist gelet op het feit dat de overweging betrekking heeft op artikel 31 DLR, worden aangenomen dat de geciteerde woorden een samenvatting vormen van de leden 1 en 2 van dat artikel, waar staat dat de daar bedoelde gegevens "vóór de sluiting" en "gedurende de gehele

looptijd”, dus bij het aangaan, sluiten of uitvoeren van een beleggingsverzekering moeten worden meegedeeld. Een verwijzing naar het leerstuk van wilsovereenstemming kan in die woorden dus niet worden gelezen. Overigens zal bij bevestigende beantwoording van de vraag of sprake is van wilsovereenstemming altijd wel aan de eisen van artikel 31 lid 3 DLR zijn voldaan (aldus de Conclusie onder randnummer 15.5).

6.7 Evenmin is de omstandigheid dat de verzekeraar zijn verplichtingen onder de toepasselijke Regelgeving (de richtlijnen en de daarop geënte edities van de RIAV en andere regelingen) is nagekomen, in het kader van de vraag of een bepaald beding is overeengekomen, van doorslaggevend belang. Het is immers denkbaar dat een verzekeraar alle verlangde informatie verschaft, maar niet vermeldt (en ook niet hoeft te vermelden onder de toepasselijke regelgeving) dat bijvoorbeeld een bepaalde uitsluiting van kracht is. Die uitsluiting is dan uiteraard niet overeengekomen.

6.8 Wel dient als uitgangspunt, zoals in het tussenarrest in de tweede rov. 7.2 is overwogen, dat de contractdocumentatie - waarop de verzekeraar zich beroept ter ondersteuning van zijn opvatting dat bepaalde bedingen zijn overeengekomen - duidelijke, nauwkeurige en begrijpelijke informatie moet bevatten over de wezenlijke kenmerken van de verzekering.

Bij het toepassen van deze maatstaf zal ook het recente arrest van het HvJ EU (24 februari 2022, in de gevoegde zaken C-143/20 en C-213/20) ten aanzien van unit-linked levensverzekeringen onder de werking van de Levensrichtlijn 2002 worden betrokken. Het Europese Hof heeft daarin geoordeeld dat artikel 36 lid 1 van de Levensrichtlijn 2002, gelezen in samenhang met bijlage III onder A, punt a.12, aldus moet worden uitgelegd dat de gegevens over de aard van de onderliggende activa die aan een consument moeten worden meegedeeld voordat hij toetreedt tot een collectieve levensverzekeringsovereenkomst (een fractieverzekering als de unit-linked verzekering), gegevens moeten bevatten over de wezenlijke kenmerken van die onderliggende activa. Deze gegevens moeten duidelijke, nauwkeurige en begrijpelijke informatie bevatten over de economische en juridische aard van die onderliggende activa en over de daaraan verbonden structurele risico's. De gegevens hoeven echter geen uitputtende informatie te bevatten over de aard en omvang van alle risico's die verbonden zijn aan de belegging in die onderliggende activa (noch dezelfde informatie als de emittent van de financiële instrumenten aan de verzekeringsmaatschappij heeft verstrekt).

6.9 Uit de stellingen van partijen, met name ook van de Vereniging, vloeit voort dat zij het erover eens zijn (behoudens een aantal uitzonderingen die bij de diverse onderwerpen zullen worden besproken) dat er voor alle overeenkomsten die zijn gesloten vanaf het moment dat de hier bedoelde kosten in de offertes zijn vermeld, sprake is van wilsovereenstemming over de kosten. Over het moment waarop deze vermelding plaats vond, heeft de Vereniging in hoger beroep een nieuw standpunt ingenomen. In eerste aanleg stelde zij dat de aan- en verkoopkosten, de eerste kosten, de incassokosten en de afsluitprovisie voor de tussenpersoon pas na 2002 in de offertes werden vermeld. Nu voert zij aan dat die datum 31 december 2003 moet zijn: de kosten zijn niet vóór 2004 in de offertes opgenomen. De Vereniging heeft haar eis dan ook gewijzigd; zij vordert nu onder II en III een verklaring voor recht dat er vóór 31 december 2003, althans een door het hof te bepalen datum, geen contractuele grondslag aanwezig was voor aan- en verkoopkosten, en/of eerste kosten en/of incassokosten en afsluitprovisie. NN erkent dat haar offertes niet vóór 2004 zijn aangepast; zij heeft volgens haar ook nooit anders betoogd.

Daarom zal er hierna vanuit worden gegaan dat de datum waarop de hiervoor genoemde kosten in de offertes werden vermeld 31 december 2003 is.

6.10 Hierna zal voor de door de Vereniging genoemde kosten afzonderlijk worden nagegaan of daarover wilsovereenstemming is bereikt.

(1) Aan- en verkoopkosten

7.1 De aan- en verkoopkosten zijn kosten die gemaakt worden bij aan- en verkoop van de

participaties. De rechtbank heeft in rov. 4.86 geoordeeld dat daarvoor een contractuele grondslag valt te vinden in artikel 1 Voorwaarden in combinatie met artikel 3A Voorwaarden.

Deze bepalingen luiden als volgt:

Art. 1 Voorwaarden:

"In deze voorwaarden wordt verstaan onder:

(...)

aankoopprijs :

de participatiewaarde, verhoogd met een percentage van die waarde; (...)

verkoopprijs :

de participatiewaarde verlaagd met een percentage van die waarde; (...)"

Art 3A Voorwaarden:

1 De omrekening van het beleggingsdeel in participaties geschiedt:

a. tegen de aankoopprijs welke geldt op de dag volgend op de premievervaldag (...)

2 De bepaling van de guldenwaarde van in participaties luidende uitkeringen bij leven op de einddatum geschiedt tegen de verkoopprijs welke geldt op de einddatum van de verzekering; (...)

7.2 In de vanaf 31 december 2003 geldende offertes stond onder meer het volgende:

- *Aan- en verkoopkosten participaties:*

Bij de aan- en verkoop van participaties wordt 0,5% van de fondswaarde in rekening gebracht.

7.3 De Vereniging bestrijdt het oordeel van de rechtbank in grief 4. Zij neemt in de eerste plaats de nieuwe stelling in dat artikel 1 en 3A Voorwaarden niet over de aan- en verkoopkosten gaan die NN in rekening brengt. Volgens de Vereniging is het in artikel 1 en 3A Voorwaarden bedoelde percentage van de waarde een percentage dat de fondsbeheerder in rekening bracht bij aan- en verkoop van participaties. De Vereniging meent dat uit de omschrijving van de aan- en verkoopkosten in de latere offertes (na 31 december 2003) volgt dat NN daarnaast, dus naast de door de fondsbeheerder in rekening gebrachte percentages, nog 0,5% van de premie aan de afnemer in rekening bracht en dat dat laatste percentage ziet op de aan- en verkoopkosten die aan NN ten goede kwamen. Dit blijkt volgens haar ook uit de De Ruiterverzichten (bijv. in prod. 16F dagvaarding, jaaroverzicht 2012), waar op een premie van 680,57 een bedrag van 3,40 (precies 0,5% van die premie) voor aan- en verkoopkosten in rekening wordt gebracht. Voor die aan- en verkoopkosten ontbreekt dus elke grondslag naar haar mening.

Verder handhaaft de Vereniging haar stellingen uit de eerste aanleg dat de grondslag voor het in rekening brengen van kosten niet in een definitie mag staan en dat de definitie zo vaag is dat zij niet voldoet aan de in artikel 6:238 lid 2 BW gestelde vereisten van duidelijkheid en begrijpelijkheid.

7.4 NN bestrijdt dat zij de aan- en verkoopkosten tweemaal in rekening brengt. De aan- en verkoopkosten, bedoeld in artikel 1 Voorwaarden, die inderdaad 0,5% bedragen, worden door haar verrekend bij aan- en verkopen. Daaruit wordt ook de fondsbeheerder voldaan.

Volgens NN kan de grondslag voor het in rekening brengen van de kosten worden gevonden in artikel 1 Voorwaarden.

7.5 De regeling van algemene voorwaarden is te vinden in afdeling 6.5.3 BW. Deze afdeling is van toepassing op alle beleggingsovereenkomsten vanaf 1993. Op grond van artikel 6:232 BW gelden algemene voorwaarden als aanvaard, zodra de consument die voorwaarden als geheel heeft geaccepteerd. Niet is gesteld of gebleken dat de consumenten in deze collectieve procedure de Voorwaarden niet als geheel hebben aanvaard. Er moet dus van worden uitgegaan dat artikel

1Voorwaarden op de in artikel 6:232 BW beschreven manier tot contractinhoud is geworden.

Voor de vóór 1993 tot stand gekomen overeenkomsten gold op grond van het destijds ongeschreven recht een overeenkomstig uitgangspunt. Een uitzondering werd gemaakt voor bedingen met een zodanige inhoud dat de toestemming van de wederpartij niet kan worden geacht op toepasselijkheidverklaring ook daarvan gericht te zijn geweest (HR 20-11-1981, NJ 1982, 517). Dat laatste geval loopt gelijk met de gevallen waarin ná 1993 vernietiging mogelijk is.

- 7.6 Het standpunt van de Vereniging dat de kosten niet in een definitie mogen staan, wordt verworpen. Een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende consument die een beleggingsverzekering afsluit kan verwachten dat voor de aan- en verkoop van zijn beleggingen, net zoals bij andere beleggingen, aan- en verkoopkosten in rekening worden gebracht. De kosten voor deze verrichtingen zijn met 0,5% niet zodanig hoog, althans de Vereniging heeft dat niet gesteld, dat de instemming van de verzekeringnemer niet mede op deze kosten gericht kan zijn geweest.
- 7.7 De Vereniging heeft haar standpunt dat artikel 1 Voorwaarden niet op aan- en verkoopkosten slaat, maar op de kosten van de fondsbeheerder, na de betwisting door NN niet langer gehandhaafd, zodat daaraan voorbij wordt gegaan.
- 7.8 Evenmin heeft de Vereniging artikel 1 Voorwaarden betrokken bij haar vernietigingsvordering ter zake van de Voorwaarden die oneerlijk zijn. Haar vorderingen (onder XXI tot en met XXIV) betreffen alleen artikel 3D lid 1 en artikel 14 lid 2 Voorwaarden.
- Op grond van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van Europa van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna: Richtlijn 93/13), die van toepassing is op alle na 31 december 1994 gesloten consumentenovereenkomsten, dient de rechter bedingen echter ambtshalve te toetsen. Daarbij wordt er veronderstellenderwijs van uitgegaan dat het beroep op verjaring door NN niet aan deze ambtshalve toetsing in de weg staat.
- Afdeling 6.5.3 BW dient sinds 1995 te worden uitgelegd met inachtneming van de Richtlijn. Ter beantwoording van de vraag of een beding onredelijk bezwarend is of, in de termen van Richtlijn 93/13, oneerlijk is, moet worden onderzocht of dit beding een aanzienlijke verstoring van het evenwicht ten nadele van de consument veroorzaakt (doordat zijn uit de wet voortvloeiende positie in ernstige mate wordt aangetast), waarbij het er per saldo om gaat of de verzekeraar redelijkerwijs ervan kon uitgaan dat de consument het beding zou hebben aanvaard als daarover op eerlijke en billijke wijze afzonderlijk was onderhandeld.
- 7.9 Hiervoor is al geoordeeld dat een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende consument die een beleggingsverzekering afsluit, kan verwachten dat bij aan- en verkopen van aandelen een percentage aan kosten in rekening wordt gebracht. Het percentage is niet onverwacht hoog. Daarom mocht de verzekeraar redelijkerwijs aannemen dat de consument het beding zou hebben aanvaard als daarover afzonderlijk was onderhandeld. Bij deze overwegingen is buiten beschouwing gelaten dat er wellicht sprake is van churning, waarover hoofdstuk F onder (iv) handelt.
- 7.10 De conclusie is dan ook dat de aan- en verkoopkosten tussen partijen zijn overeengekomen en dat het beding niet ambtshalve vernietigd zal worden. Grief 4 faalt dus wat betreft de aan- en verkoopkosten en op dit punt moeten de gevorderde verklaringen voor recht onder II, III en V worden afgewezen.

(2) Eerste kosten

- 8.1 Eerste kosten worden door NN (MvA nr. 451) omschreven als door NN gemaakte kosten voor marketing, productontwikkeling en verkoop, en voor het opstellen van de verzekeringsovereenkomst en de opname van de verzekering in de administratie. Daarnaast behoort daartoe de afsluitprovisie van de assurantietussenpersoon (die door NN aan de tussenpersoon wordt betaald).

De rechtbank heeft geoordeeld dat voor de eerste kosten (ook vóór 2003) een contractuele grondslag kan worden gevonden in de door NN verstrekte prospectussen.

8.2 De Vereniging bestrijdt dit oordeel van de rechtbank op een aantal gronden. Zij voert aan (in grief 2) dat de prospectussen niet zijn verstrekt. Mocht dit wel het geval zijn, dan bestrijdt zij (in grief 3) dat de prospectussen, die volgens haar algemene informatiefolders zijn die voor allerlei soorten verzekeringen gelden, een bron van rechten en verplichtingen voor de FVB-verzekering kunnen zijn. Met grief 4 bestrijdt zij meer in het algemeen dat de eerste kosten tussen partijen zijn overeengekomen.

8.3 In de tweede rov. 8.3 van het tussenarrest is aangegeven dat bij de beoordeling zowel de situatie waarin de brochures (waaronder zowel de prospectus levensverzekeringen in beleggingseenheden wordt verstaan als de brochure rendement en risico en de verbondsbrochure) wel zijn verstrekt (door de tussenpersoon) in ogenschouw zal worden genomen als de situatie waarin dat niet het geval is. In dat laatste geval kunnen de brochures en prospectussen uiteraard niet als grondslag voor wilsovereenstemming of informatieverschaffing worden gebruikt. In het eerste geval dient de via de brochures verschaft informatie te worden meegewogen bij het antwoord op de vraag wat tussen partijen is overeengekomen (de tweede rov. 9.2 van het tussenarrest).

8.4 De brochures vermelden het volgende:

A. De prospectus Levensverzekeringen in beleggingseenheden, uitgegeven door het Verbond van Verzekeraars (prod. 10.1.B bij CvA (vanaf 1994) prod. 10.2.B bij CvA en prod. 10.3.C bij CvA (tot januari 1999)):

Doel van de prospectus

Deze prospectus beoogt voorlichting te geven over een bijzondere vorm van levensverzekeringen: de verzekering in beleggingseenheden, ook wel unit-linked verzekeringen genaamd.

(...)

Vormen van verzekeringen in beleggingseenheden

In het kort worden hier vier vormen van levensverzekering beschreven die in beleggingseenheden kunnen worden gesloten:

1. Levenslange verzekering bij overlijden (...)

2. Verzekering bij in leven zijn op de einddatum met restitutie van de betaalde premie(s) bij vooroverlijden (...)

3. Gemengde verzekering (...)

4. Lijfrente-verzekering (...)

(...)

Verzekeringsmaatschappijen bieden vele verzekeringsvormen aan (veelal onder een fantasienaam); deze zijn echter steeds terug te voeren op constructies van de hier genoemde vormen. Hiervoor wordt verwezen naar aparte maatschappij-prospectussen.

(...)

Premies en uitkeringen

(...)

Een deel van de betaalde premie(s) (het risicodeel) wordt bestemd voor het dekken van het overlijdensrisico. (...)

Een ander deel van de premie(s) dient ter dekking van de kosten van de bedrijfsvoering, onder te verdelen in de zogenaamde eerste en doorlopende kosten.

Het overblijvende deel van de premie (het beleggingsdeel) wordt door de maatschappij belegd (...)

Afkoop

De verzekeringnemer heeft te allen tijde het recht de premiebetaling te beëindigen. Indien de verzekering waarde heeft en afkoop is toegestaan, kan de maatschappij worden verzocht tot afkoop van de verzekering over te gaan. Het is niet zo dat de totale premie beschikbaar is voor de opbouw van de afkoopwaarde. Afhankelijk van de verzekeringsvorm heeft de maatschappij namelijk het risico gelopen van overlijden en/of arbeidsongeschiktheid. Het daarvoor benodigde deel van de premie krijgt men uiteraard niet terug. Voorts heeft de maatschappij kosten gemaakt: zogenaamde eerste kosten en doorlopende kosten. Eerste kosten zijn de kosten die gemaakt worden bij het afsluiten van de verzekering. Ze bestaan onder andere uit kosten voor het tot stand komen en in administratie nemen van de verzekering, voor het opmaken van de polis en (soms) kosten voor de medische beoordeling van het

risico. Deze eerste kosten worden verdeeld over (een deel van) de verzekeringsduur, door de maatschappij terugontvangen. Bij voortijdige beëindiging van de verzekering worden de nog niet afbetaalde eerste kosten in mindering gebracht bij de bepaling van de afkoopwaarde.

Doorlopende kosten, zoals incassokosten, worden bij elke premiebetaling verrekend.

Verzekeringen zonder afkoopwaarde kunnen worden beëindigd door de premiebetaling te stoppen.

B. De algemene voorlichtingsbrochure over levensverzekeringen met beleggingsrisico van het Verbond van Verzekeraars (prod. 10.3.D. bij CvA (vanaf 1999)):

Inleiding

Consumenten hebben het recht om bij de aankoop van een verzekering en gedurende de looptijd ervan goed voorgelicht te worden. Dat vinden niet alleen de verzekeraars; het is ook vastgelegd in de Regeling informatieverstrekking aan verzekeringnemers 1998 van het ministerie van Financiën. Daarmee ontstaat voor de consument ook een wettelijk recht om over een aantal zaken goed geïnformeerd te worden.

Veel van die zaken worden besproken in deze brochure over levensverzekeringen met beleggingsrisico.

(...)

7 Welke verzekeringsvorm past het beste bij u?

Er zijn verschillende soorten levensverzekeringen. Het is daarom niet eenvoudig om te bepalen welke vorm het beste bij u past. (...)

Hieronder worden de meest voorkomende vormen van levensverzekering met beleggingsrisico beschreven: de spaarverzekeringen, levenslange verzekering bij overlijden en gemengde verzekeringen. (...). Dan zijn er nog de renteverzekeringen.

(...)

10 Hoe is de premie opgebouwd?

In de regel bestaat een premie van een levensverzekering met beleggingsrisico uit een deel bestemd voor het dekken van het overlijdensrisico (risicodeel) en een deel dat wordt belegd in aandelen, obligaties of andere beleggingsvormen (spaardeel).

Onderdeel van de premie vormen verder de kosten die de verzekeraar maakt voor de polisopmaak, het beleggen, de administratie- en incassokosten, de kosten voor een eventuele medische beoordeling en de beloning (provisie) van de assurantietussenpersoon.

(...)

22 Hoe kan een levensverzekering worden beëindigd (afkoop)?

Als de verzekering waarde heeft en afkoop is toegestaan, kan de maatschappij worden verzocht om tot afkoop van de verzekering over te gaan. (...) Het is echter niet zo dat de totale premie voor de afkoopwaarde wordt meegeteld. Afhankelijk van de verzekeringsvorm heeft de maatschappij namelijk het risico gelopen van overlijden of arbeidsongeschiktheid. Dat deel (de risicopremie) krijgt u uiteraard niet terug. Daarnaast hebben de maatschappij en de assured-tussenpersoon kosten gemaakt: zogenoemde eerste kosten en doorlopende kosten. De eerste kosten zijn gemaakt bij het afsluiten van de verzekering (bij het totstandkomen en in administratie nemen ervan, het opmaken van de polis en soms bij de medische beoordeling van het risico). Deze eerste kosten worden verdeeld over de hele verzekeringsduur in rekening gebracht. Bij voortijdige beëindiging van de verzekering worden de nog niet afbetaalde eerste kosten in mindering gebracht bij de bepaling van de afkoopwaarde. De doorlopende kosten, zoals incassokosten, worden bij elke premiebetaling verrekend.

8.5 De Financiële bijsluiters bij de FVB-verzekeringen (van NN) bevatte vanaf 1 januari 2004 het volgende (zie bijlage 3, punt 8.12, bij de Schriftelijke opmerkingen van 26 mei 2021 van NN):

In de tabel is met de volgende kosten rekening gehouden:

- Eerste kosten

Deze kosten worden gemaakt bij het afsluiten van de verzekering en worden gebruikt voor reclame, verkoopkosten, provisie en inbreng in de administratie. Deze eerste kosten worden gedurende één derde van de looptijd (met een minimum van 5 jaar en een maximum van 10 jaar) verrekend. De eerste kosten bedragen voor deze verzekering 43,20 per maand.

- Doorlopende kosten

Deze kosten bestaan uit incassokosten en doorlopende administratiekosten en worden per premietermijn gedurende de gehele looptijd van de verzekering in rekening gebracht. De doorlopende kosten bedragen voor deze verzekering 204,57 per jaar.

- Beheerskosten

Maandelijks worden er beheerskosten in rekening gebracht. Deze bedragen gemiddeld 0,25% van de fondswaarde per jaar, maandelijks vast te stellen.

- Beleggingskosten (...) voor het beheren van de beleggingsfondsen per fonds (...)

- Aan- en verkoopkosten van participaties

Bij de aan- en verkoop van participaties wordt 0,5% van de fondswaarde in rekening gebracht.

8.6 Voor het antwoord op de vraag of de eerste kosten tussen partijen zijn overeengekomen komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en op hetgeen ze te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten; daarbij kan van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht. In het kader van deze uitlegmaatstaf acht het hof de volgende door partijen aangedragen omstandigheden van belang:

- (i) de aard van de overeenkomst: een beleggingsverzekeringsovereenkomst, die in diverse door partijen overgelegde bronnen wordt omschreven als een ingewikkeld soort overeenkomst;
- (ii) de omstandigheid dat de verzekeraar de overeenkomst en de Voorwaarden heeft opgesteld en het verbond van verzekeraars de brochures, terwijl de verzekeringnemers in het algemeen consumenten zijn; bij twijfel aan de uitleg van het beding prevaleert dan de uitleg ten gunste van de consument;
- (iii) in het geval dat ervan wordt uitgegaan dat de tussenpersoon in de opvolgende perioden de toen geldende brochures aan de verzekeringnemer heeft uitgereikt: de prospectussen en brochures (rov 8.3);

(iv) de door het HvJ EU gehanteerde maatstaf (rov. 6.8) die meebrengt dat de bedingen duidelijk en begrijpelijk moeten zijn geformuleerd voor een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument.

8.7 NN betoogt dat de eerste kosten zijn verdisconteerd in de brutopremie en in de voorbeeldberekeningen en daardoor tussen haar en de verzekeringnemer zijn overeengekomen. Zij verwijst daarbij ook naar de prospectussen en brochures waarin zij de eerste kosten heeft genoemd. Daarnaast bleken volgens NN de eerste kosten en het effect daarvan vanaf 1 augustus 1999 uit de verstrekte waardetabellen.

8.8 Bij de beoordeling of sprake is van wilsovereenstemming speelt bij de eerste kosten ook een rol dat zij een substantieel bedrag vertegenwoordigen. In productie 1 bij memorie van antwoord noemt NN zelf (in een reactie op een gerichte aanvullende vraag over de kosten van een individuele polis) voor de eerste kosten en theoretische provisie een bedrag van fl. 4.214,58 per jaar op een premie van fl. 17.116,-, dat betekent ruwweg een kwart van de premie. Deze kosten konden dus niet dienen voor belegging, zodat het verzekerde kapitaal kleiner werd. Daarmee vormen de kosten wezenlijke kenmerken van de verzekering, waarover duidelijke, nauwkeurige en begrijpelijke informatie moet zijn gegeven, willen zij zijn overeengekomen. Bij de vermelding van de brutopremie en in de voorbeeldberekeningen en de waardetabellen is echter noch de soort noch de omvang van de daarin verdisconteerde kosten vermeld.

Tussen partijen is niet in geschil dat de prospectussen en brochures, als die al aan de verzekeringnemer zijn overhandigd, niet alleen betrekking hebben op de FVB-verzekeringen, maar algemene brochures zijn over beleggingsverzekeringen van verschillende aard, zodat niet zonder meer duidelijk is welk onderdeel daarvan betrekking heeft op welke soort verzekering. Ook staat vast dat onder het kopje "Hoe de premie is opgebouwd" alleen de term 'eerste kosten' zonder enige uitleg wordt vermeld in de zinsnede: 'een ander deel van de premie(s) dient ter dekking van de kosten van de bedrijfsvoering, onder te verdelen in de zogenaamde eerste en doorlopende kosten'. Pas onder het kopje "Hoe kan een levensverzekering worden beëindigd (afkoop)" wordt duidelijk gemaakt wat de eerste kosten inhouden, maar zonder dat het verband met de brutopremie wordt gelegd en zonder dat duidelijk was dat deze kosten niet ten goede zouden komen aan de belegde waarden. Deze feiten tezamen maken dat niet kan worden geoordeeld dat over de eerste kosten duidelijke, nauwkeurige en begrijpelijke informatie is verschaft, mede gezien het feit dat het hier om complexe materie gaat. Daar komt nog bij, zoals de Vereniging heeft gesteld en NN niet heeft weersproken, dat de offertes niet voor de verschuldigdheid van kosten verwijzen naar de brochures of de prospectussen.

Onder deze omstandigheden mocht NN er niet gerechtvaardigd op vertrouwen dat zij met de verzekeringnemer overeenstemming had bereikt over het in rekening brengen van de eerste kosten. Op basis van de vermelding van de brutopremie, de voorbeeldberekeningen en de waardetabellen, en met inachtneming van de brochures en prospectussen, als deze al zijn overhandigd, zijn deze eerste kosten dus niet overeengekomen bij beleggingsovereenkomsten die vóór 1 januari 2004 zijn gesloten.

8.9 In de tweede plaats heeft NN zich erop beroepen dat de eerste kosten zijn overeengekomen via de algemene voorwaarden doordat deze eerste kosten een onderdeel vormen van de 'administratie- en beheerkosten' in artikel 3D lid 1 Voorwaarden.

8.10 Zoals hiervoor in rov. 7.5 al is overwogen geldt zowel voor de beleggingsovereenkomsten vanaf 1993, waarop afdeling 6.5.3 BW van toepassing is, als voor de daarvoor gesloten contracten, op grond van het ongeschreven recht, dat algemene voorwaarden als aanvaard gelden, zodra de consument die voorwaarden als geheel heeft geaccepteerd. In deze collectieve procedure is niet gesteld of gebleken dat de consumenten de Voorwaarden niet als geheel hebben aanvaard. Er moet dus vanuit worden gegaan dat artikel 3D Voorwaarden tot contractinhoud is geworden.

8.11 De Vereniging heeft de vernietiging van deze voorwaarde gevorderd. Zoals hierna in hoofdstuk G

zal blijken, wordt deze vordering gehonoreerd. Dat betekent dat artikel 3D lid 1 Voorwaarden niet (meer) als grondslag voor de verschuldigdheid van de eerste kosten kan gelden.

- 8.12 In eerste aanleg heeft NN zich, voor het geval geen wilsovereenstemming zou bestaan, beroepen op art. 6:248 lid 1, art. 7:4 en art. 7:405 BW, waaruit volgens haar volgt dat de consument in elk geval een redelijke prijs is verschuldigd.
- 8.13 Voorop wordt gesteld dat de eerste kosten weliswaar wezenlijke kenmerken van de overeenkomst vormen, maar geen essentiële kenmerken. Zij kunnen dus bij ontbreken van wilsovereenstemming in beginsel worden aangevuld aan de hand van bijv. de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Anderzijds geldt dat het de rechter niet is toegestaan de inhoud van een vernietigde algemene voorwaarde te herzien (HvJ EU 14 juni 2012, ECLI:EU:C:2012:349). Daarom ligt het niet in de rede om de overeenkomst aan te vullen.
- 8.14 Grief 4 slaagt dus op het punt van de eerste kosten en de gevorderde verklaringen voor recht onder II, III en V zijn wat betreft de eerste kosten (waaronder de afsluitprovisie is begrepen) toewijsbaar.

(3) Incassokosten

- 9.1 De incassokosten zijn een onderdeel van de doorlopende kosten; het zijn kosten voor het innen van de premies, waaronder personeelskosten en porto.
- De rechtbank heeft geoordeeld (in rov. 4.88) dat de incassokosten vanaf juli 2002 in de offertes waren vermeld en tot die tijd in ieder geval uit de prospectussen konden worden afgeleid.
- 9.2 De Vereniging komt ook hiertegen op met grief 4. Zij voert aan dat voor de incassokosten, als onderdeel van de doorlopende kosten, geen contractuele grondslag is te vinden. Zij vallen ook niet onder administratie- en beheerkosten, genoemd in artikel 3D lid 1 Voorwaarden. NN betwist dat. Zij meent ook voor de incassokosten dat deze zijn verdisconteerd in de brutopremie en in de voorbeeldberekeningen en daardoor tussen haar en de verzekeringnemer zijn overeengekomen. Daarnaast zijn de incassokosten volgens NN wel degelijk onderdeel van de administratie- en beheerkosten die in artikel 3D lid 1 Voorwaarden worden genoemd en vormen zij op die manier onderdeel van de overeenkomst.
- 9.3 Ook voor het antwoord op de vraag of de incassokosten tussen partijen zijn overeengekomen komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen op hetgeen ze te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten; daarbij kan van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht. In het kader van deze uitlegmaatstaf acht het hof de in rov. 8.6 genoemde omstandigheden van belang.
- 9.4 Partijen zijn het erover eens dat de incassokosten tot 1 januari 2004 niet in de offertes worden genoemd. De vraag is dan of de consument moest verwachten dat incassokosten in rekening zouden worden gebracht, zodat deze via akkoordverklaring met de brutopremie deel van de overeenkomst werden. Het hof is van oordeel dat dat niet het geval is, omdat de consument die op correcte wijze zijn premies betaalt, niet behoeft te verwachten dat hem toch incassokosten in rekening worden gebracht. Deze kosten moeten dus duidelijk worden aangekondigd om te worden overeengekomen. Dat is tot 1 januari 2004 niet het geval, niet in de offertes, niet bij de omschrijving van de premie, niet in de voorbeeldberekeningen en evenmin in de brochures en prospectussen. Die hebben immers betrekking op verschillende soorten beleggingsverzekeringen en niet is aangegeven welke informatie van toepassing is op de beleggingsverzekering waarover het in deze procedure gaat. Ook is in de offerte niet verwezen naar (delen van de) brochures en prospectussen die tussen partijen overeengekomen zouden zijn.
- 9.5 In de tweede plaats heeft NN zich erop beroepen dat de incassokosten via de algemene

voorwaarden zijn overeengekomen doordat ook zij deel uitmaken van de 'administratie- en beheerkosten' in artikel 3D lid 1 Voorwaarden.

- 9.6 Zoals hiervoor al is overwogen geldt zowel voor de beleggingsovereenkomsten vanaf 1993, waarop afdeling 6.5.3 BW van toepassing is, als voor de voor dat jaar gesloten contracten, op grond van het ongeschreven recht, dat algemene voorwaarden gelden als aanvaard, zodra de consument die voorwaarden als geheel heeft geaccepteerd. In deze collectieve procedure is niet gesteld of gebleken dat de consumenten de Voorwaarden niet als geheel hebben aanvaard. Er moet dus van worden uitgegaan dat artikel 3D lid 1 Voorwaarden tot contractinhoud is geworden.
- 9.7 De Vereniging heeft de vernietiging van deze voorwaarde gevorderd. Zoals hierna in hoofdstuk G zal blijken, wordt deze vordering gehonoreerd. Dat betekent dat artikel 3D lid 1 Voorwaarden niet als grondslag voor de verschuldigheid van de incassokosten kan gelden.
- 9.8 De conclusie is dat Grief 4 slaagt wat betreft de incassokosten. De gevorderde verklaringen voor recht onder II en V zijn op het punt van de incassokosten toewijsbaar.

(4) Doorlopende provisie

- 10.1 Doorlopende provisie betreft (anders dan de eenmalige afsluitprovisie die onder de eerste kosten valt) de gedurende de looptijd van de verzekering door NN aan de tussenpersoon te betalen provisie, die wordt doorberekend aan de verzekeringnemer.
- De rechtbank heeft geoordeeld (in rov. 4.89) dat deze kosten vallen onder de doorlopende kosten in artikel 3D lid 1 Voorwaarden.
- 10.2 De Vereniging bestrijdt ook dit oordeel in grief 4. Zij voert aan dat artikel 3D lid 1 van de Voorwaarden niet spreekt van doorlopende kosten, maar van administratie- en beheerkosten, waaronder de doorlopende provisie niet valt. De Vereniging verwijst in dat verband naar de omschrijving van NN van de doorlopende kosten als "kosten [die] bestaan uit incassokosten, doorlopende administratiekosten en doorlopende provisie", waarbij de provisie een aparte, naast doorlopende administratiekosten staande, categorie vormt. Volgens haar kan artikel 3D lid 1 Voorwaarden dus niet als contractuele grondslag dienen.
- 10.3 NN bestrijdt dat de doorlopende provisie niet onder de administratie- en beheerkosten in artikel 3D lid 1 Voorwaarden kan vallen; zij wijst erop dat het kosten zijn van de assurantietussenpersoon voor administratie en beheer. Daarnaast wijst zij erop dat vanaf oktober 1998 de doorlopende provisie expliciet wordt vermeld in de Algemene voorlichtingsbrochure (hierboven weergegeven in rov. 8.4 onder B).
- 10.4 Zoals hiervoor in rov. 7.5 al is overwogen geldt zowel voor de beleggingsovereenkomsten vanaf 1993, waarop afdeling 6.5.3 BW van toepassing is, als op de daarvoor gesloten contracten, op grond van het ongeschreven recht, dat algemene voorwaarden als aanvaard gelden, zodra de consument die voorwaarden als geheel heeft geaccepteerd. In deze collectieve procedure is niet gesteld of gebleken dat de consumenten de Voorwaarden niet als geheel hebben aanvaard. Er moet dus van worden uitgegaan dat artikel 3D lid 1 Voorwaarden tot contractinhoud is geworden.
- 10.5 Ook als er, met NN, van wordt uitgegaan dat de doorlopende provisie onder de administratie- en beheerkosten in artikel 3D lid 1 Voorwaarden valt, kan dat niet leiden tot de conclusie dat er voor doorlopende provisie een contractuele grondslag is. De Vereniging heeft immers de vernietiging van artikel 3D lid 1 Voorwaarden gevorderd. En deze vordering is, zoals hierna in hoofdstuk G zal blijken, gehonoreerd.
- 10.6 Ook uit het feit dat in de algemene voorlichtingsbrochure wordt vermeld dat doorlopende provisie in rekening wordt gebracht, kan niet worden afgeleid dat de provisie is overeengekomen. De brochure heeft immers betrekking op verschillende soorten beleggingsverzekeringen en niet is

aangegeven welke informatie van toepassing is op de beleggingsverzekering waarover het in deze procedure gaat. Ook is in de offerte niet verwezen naar (delen van) de brochure die op de verzekering van partijen van toepassing zou(den) zijn.

10.7 De slotsom is dat voor de doorlopende provisie geen contractuele grondslag aanwezig is. Grief 4 slaagt op dit punt. De gevorderde verklaringen voor recht onder IV en V zijn dus wat de incassokosten betreft toewijsbaar.

(5) Overige 'kostenposten'

11.1 In grief 10 voert de Vereniging aan dat de hoogte van diverse kosten niet is overeengekomen. Het betreft hier:

- (a) fondsbeheerkosten (tot 1 oktober 1998 geen informatie);
- (b) algemene fondskosten;
- (c) administratie- en beheerkosten (tot 31 december 2003 geen informatie);
- (d) overlijdensrisicopremie (tot 1 oktober 2006 geen informatie, daarna ontoereikend);
- (e) polis- en mutatiekosten (tot 31 december 2003 geen informatie);
- (f) aan- en verkoopkosten (tot 31 december 2003 geen informatie);
- (g) eerste kosten (tot 31 december 2003 en van 1 oktober 2006 -1 januari 2008 geen informatie);
- (h) incassokosten (tot 31 december 2003 geen informatie);
- (i) afsluitprovisie (tot 31 december 2003 geen informatie);
- (j) doorlopende provisie (tot 1 oktober 2006 geen informatie).

11.2 In haar Memorie van Grieven en in haar Akte Vereniging benadrukt de Vereniging dat zij wat betreft de hoogte van deze kosten twee onderscheiden wegen bewandelt. De eerste weg voert naar het leerstuk van de wilsovereenstemming. Daarover betoogt de Vereniging dat de hoogte van de hiervoor genoemde kosten niet is overeengekomen. Dat onderwerp wordt nu behandeld. Het tweede pad leidt naar de verplichting van NN om duidelijke en nauwkeurige informatie te verschaffen over onder meer de hoogte van de hiervoor genoemde kosten. Daarover gaat hoofdstuk E.

11.3 Wat betreft de onder (g), onder (h), onder (i) (als onderdeel van de eerste kosten onder (g)) en onder (j) genoemde kosten is hiervoor in hoofdstuk D (2), (3) en (4) geoordeeld dat daarover geen wilsovereenstemming is bereikt in de tot en met december 2003 gesloten overeenkomsten. De vraag of de hoogte van deze kosten is overeengekomen, behoeft daarom geen behandeling meer, met uitzondering van de onder (g) en (j) genoemde kosten, omdat naar de mening van de Vereniging van 1 oktober 2006 tot 1 januari 2008 geen informatie over de hoogte van de eerste kosten is verschaft en tot 1 oktober 2006 geen informatie over de hoogte van de doorlopende provisie.

11.4 Anderzijds is voor de onder (f) genoemde aan- en verkoopkosten in hoofdstuk D (1) juist beslist dat daarover – ook de hoogte ervan – wilsovereenstemming is bereikt, aangezien de kosten niet zodanig hoog waren dat de verzekeringnemer die kosten niet zou behoeven te verwachten.

11.5 Het bedrag van de eerste kosten (onder g) wordt niet afzonderlijk genoemd in de offerte van NN in de periode van 1 oktober 2006 tot 1 januari 2008 en evenmin in de Financiële bijsluiter in deze periode (prod. 10.6.b bij CvA). Zij zijn ondergebracht onder de noemer 'Overige kosten'. Als de eerste kosten zelf wel zijn overeengekomen, wat voor deze periode niet door de Vereniging is betwist, komt bij het antwoord op de vraag of ook de hoogte van deze kosten is overeengekomen veel betekenis toe aan de al dan niet redelijkerwijs te verwachten hoogte van de kosten. Hoe hoger deze zijn, des te minder mocht NN verwachten dat de afnemer (ook) met de hoogte van de kosten instemde door het in rekening brengen van kosten op zichzelf te aanvaarden. De

Vereniging heeft echter onvoldoende aangegeven waarom de hoogte van deze kosten niet is overeengekomen, gelet op het feit dat zij bij aanduiding van de hoogte van de kosten in de Financiële bijsluiter in de periode van 2004 tot 2006 wel aanneemt dat er wilsovereenstemming is, ook over de hoogte van de kosten.

11.6 Wat hiervoor in rov. 11.5 is overwogen, geldt ook voor de onder (j) genoemde doorlopende provisie. De Vereniging heeft in het geheel niet toegelicht waarom zij van mening is dat, ondanks de na december 2003 gewijzigde opzet van de offerte en de informatie in de Financiële bijsluiter, onvoldoende informatie is gegeven over de doorlopende provisie, en dus ook niet waarom ondanks het noemen van de kosten, de hoogte daarvan niet is overeengekomen.

11.7 Volgens NN zijn de onder 11.1 (a) en (b) genoemde kosten, aangeduid als TER, kosten van de fondsbeheerder die zijn verwerkt in de waarde van de participaties. Deze TER zijn omschreven in artikel 3C Voorwaarden.

11.8 Artikel 3C Voorwaarden luidde (in 1990 en in 2001):

(...)

5. De beheerder ontvangt maandelijks, per fonds, voor het door hem gevoerde beheer een beheerloon dat per de laatste werkdag van de betreffende maand wordt onttrokken aan het betreffende fondsvermogen.

6. Kosten welke uit het beheer c.q. de bewaring van een fonds kunnen voortvloeien, zoals die terzake van bewaring van beleggingen, administratie, ten laste van het fonds geheven belastingen en rechten, jaarverslagen, deskundigen, publikaties en dergelijke, worden, voor zover mogelijk, ten laste van het fondsvermogen van dat fonds gebracht.

(...)

11.9 Uitgangspunt is dat niet steeds noodzakelijk is dat de daadwerkelijke omvang van de kosten wordt vermeld. Voldoende is dat de kosten ook qua omvang zo zeer te verwachten waren dat NN mocht aannemen dat de akkoordverklaring van de verzekeringnemer ook op de (omvang van de) kosten was gericht. Hoe hoger en hoe onverwacht de hoogte is, des te minder mocht NN erop vertrouwen dat de toestemming van de verzekeringnemer zich ook tot de omvang van de kosten uitstrekte. Wat betreft de TER kan worden vastgesteld dat zij wel worden vermeld, maar niet de hoogte daarvan. De Vereniging heeft echter onvoldoende gesteld dat de hoogte van deze kosten zodanig was dat de toestemming van de afnemer daarop geen betrekking had althans dat NN daarop niet mocht vertrouwen. De Vereniging vermeldt namelijk niet hoe hoog volgens haar de kosten waren. Uit de Financiële bijsluiter, die vanaf 1 januari 2004 werd meegezonden, kan worden afgeleid dat de beheerkosten gemiddeld 0,25% van de fondswaarde bedragen en de beleggingskosten 0,39%. Op zichzelf zijn deze kosten niet zodanig onverwacht hoog dat NN niet mocht vertrouwen dat de verzekeringnemer daarmee akkoord ging. Daarom kan voor de TER niet worden vastgesteld dat wilsovereenstemming ontbreekt.

11.10 Het voorgaande geldt ook voor de onder (e) genoemde polis- en mutatiekosten. Volgens NN werden in het geheel geen poliskosten in rekening gebracht en mutatiekosten alleen als in een concreet geval een mutatie plaatsvond. In het licht van deze betwisting, die de Vereniging onvoldoende heeft weersproken, is onvoldoende gesteld waarom de hoogte zodanig was dat daarover geen overeenstemming is bereikt.

11.11 Zoals hiervoor al is gebleken verschillen de Vereniging en NN van mening omtrent de vraag welke posten er vallen onder de onder (c) genoemde administratie- en beheerkosten. NN, die het, zoals gezegd, een containerbegrip noemt, stopt hier een groot deel van de in rekening gebrachte kosten in, zoals de eerste kosten, de incassokosten en de doorlopende kosten. Die kosten zijn al besproken en geoordeeld is dat NN niet heeft mogen aannemen dat de toestemming van de verzekeringnemer ook op deze kosten was gericht.

11.12 Wat betreft de overlijdensrisicopremie (onder d) stelt de Vereniging dat NN de hoogte van deze premie niet heeft vermeld, ook niet na 1 juli 2002 dan wel 31 december 2003. Evenmin heeft NN volgens de Vereniging aangegeven hoe de premie werd berekend (bijv. het tarief per leeftijdsjaar per (bijv.) € 100.000,-) en welk gevolg de hoogte van de premie had voor het rendement.

NN is van mening dat zij de inhouding voor het overlijdensrisico niet apart behoefde te vermelden, omdat deze inhouding geen zelfstandige premie is maar een geïntegreerd onderdeel van de bruto premie. Het overlijdensrisico wordt dan ook niet genoemd in de toelichting op artikel 2 lid 2 sub h RIAV, aldus NN. Verder waren de inhoudingen verwerkt in de voorbeeldberekeningen zodat de verzekeringnemers inzicht kregen in de wisselwerking tussen de vermogensopbouw en de hoogte van de inhoudingen voor het overlijdensrisico.

11.13 Volgens een opgave van NN aan een verzekerde in 2008 (tussenarrest onder 3.5 slot) betaalde deze verzekerde in een jaar (van 01-03-2007 tot 01-03-2008) € 4.088,32 aan premies voor overlijdensrisicodekking, dat is bijna de helft van de in totaal betaalde premie voor zijn beleggingsverzekering (€ 8.576,40). In absolute getallen is dat een zodanige omvang dat NN niet erop mocht vertrouwen dat de verzekeringnemer akkoord ging met de hoogte van de premie. Daarnaast diende NN, zoals hierna in hoofdstuk E wordt besproken, op grond van artikel 2 lid 2 onder h RIAV 1994 en 1998 de consument afzonderlijk te informeren over de overlijdensrisicopremie. Deze omstandigheden leiden tot de conclusie dat er geen wilsovereenstemming is over de hoogte van de premie voor de overlijdensrisicodekking.

11.14 De slotsom is dat de klachten die louter betrekking hebben op de hoogte van de kosten niet slagen, met uitzondering van de klacht over de hoogte van de premie voor de overlijdensrisicodekking. Grief 10 faalt dus grotendeels. De op de hoogte van de kosten betrekking hebbende vorderingen onder VIII en IX zullen alleen worden toegewezen ten aanzien van de premie overlijdensrisico.

E. De verwijten onder c, d, e en g: niet informeren en/of waarschuwen

Indirecte transparantie

12.1 In de grievens 5 en 6 richt de Vereniging zich tegen het oordeel van de rechtbank dat NN aan haar informatieverplichting heeft voldaan door het geven van zogenoemde indirecte transparantie, d.w.z. door het noemen van de hoogte van de brutopremie en het geven van rekenvoorbeelden en dat zij ook overigens aan haar informatieverplichtingen heeft voldaan.

12.2 De vraag of er, naast de in de Derde Levensrichtlijn op de verzekeraar gelegde informatieverplichtingen (met name in artikel 31 Levensrichtlijn en de bijlage waarnaar wordt verwezen), nog aanvullende verplichtingen tot het geven van informatie op de verzekeraar kunnen rusten, is door de Hoge Raad bevestigend beantwoord. Het enkele feit dat NN door het geven van indirecte transparantie aan de Levensrichtlijn voldeed, betekent niet automatisch dat zij ook civielrechtelijk aan haar informatieverplichtingen heeft voldaan. In zoverre slaagt grief 5. Voor het overige is de vraag of door het geven van rekenvoorbeelden de informatieplicht is vervuld aan de orde gekomen bij de diverse onderwerpen waar NN zich daarop heeft beroepen.

Artikel 2 lid 2 sub b RIAV 1994 en 1998

13.1 De Vereniging voert in grief 6 als het meest verstrekkende standpunt aan dat NN zelfs niet heeft voldaan aan de uit de RIAV 1994 en 1998 voortvloeiende informatieverplichtingen. Volgens haar verplichtte zowel de RIAV 1994 als de RIAV 1998 NN om specifieke kosten en inhoudingen te noemen en om de consument te waarschuwen voor specifieke risico's. Zij beroept zich daarvoor op de tekst van artikel 2 lid 2 sub b RIAV 1998, waarin de verplichting is opgenomen om een nauwkeurige omschrijving te geven van de factoren waarvan de uitkering afhankelijk is en stelt dat deze verplichting ook onder de RIAV 1994 gold, ook al luidde de tekst van artikel 2 lid 2 sub b destijds anders.

13.2 NN voert daartegen aan dat de RIAV 1994 niet zo mag worden ingevuld als de RIAV 1998, in die zin dat daarin geacht wordt te zijn opgenomen dat ook melding moet worden gemaakt van de factoren waarvan de hoogte van de uitkering afhankelijk is. Daarnaast is zij van mening dat ook de RIAV 1998 de verzekeraar daar niet toe verplichtte. Artikel 2 lid 2 sub b verplichtte de verzekeraar er alleen toe om concrete bedragen te vermelden, waaronder ook netto voorbeeldkapitalen vielen. Alleen als dat niet mogelijk was, moest de verzekeraar een nauwkeurige omschrijving geven van de uitkering met vermelding van de factoren waarvan de hoogte van de uitkering afhankelijk is. Met het vermelden van de netto voorbeeldkapitalen, het productrendement (artikel 2 lid 2 sub q) en de kosten die naast de brutopremie in rekening worden gebracht (artikel 2 lid 2 sub r) en de waarschuwing voor het beleggingsrisico (artikel 2 lid 2 sub s) werd inzicht gegeven in de factoren die de uitkering beïnvloedden. NN heeft volgens haar steeds aan deze regelgeving voldaan.

13.3 Artikel 2 lid 2 van de RIAV 1994 luidde als volgt:

Voor zover de in dit lid bedoelde informatie niet uit de algemene of bijzondere polisvoorwaarden blijkt, draagt de verzekeraar er tevens zorg voor dat de verzekeringnemer schriftelijk in kennis wordt gesteld van:

(...)

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

(...)

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 verschuldigd zijn;

(...)

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;.

13.4 Artikel 2 lid 2 van de RIAV 1998 gaf de volgende regels:

2 Voor zover de in dit lid bedoelde informatie niet uit de algemene of bijzondere polisvoorwaarden blijkt, draagt de verzekeraar er tevens zorg voor dat de verzekeringnemer schriftelijk in kennis wordt gesteld van:

(...)

b. het bedrag van de uitkering of uitkeringen waartoe de verzekeraar zich verplicht of, voor zover 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;

(...)

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;

(...)

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

(...)

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.

In de toelichting op de RIAV 1998 stond over het nieuwe onderdeel r het volgende:

Voor zover alle kosten al zijn verwerkt in de bruto premie, legt onderdeel r geen extra verplichtingen op ten opzichte van onderdeel q.

13.5 Uit de tekst van en de toelichting op de RIAV 1994 kan niet worden afgeleid dat de verzekeraar op grond van die regelgeving verplicht was afzonderlijk de kosten te noemen. Artikel 2 lid 2 onder b RIAV 1994 verplicht er alleen toe om een omschrijving te geven van de uitkering(en). Een omschrijving kan op vele manieren plaatsvinden, bijv. ook door rekenvoorbeelden. Niet is voorgeschreven dat ook de factoren waarvan de uitkering afhankelijk is moeten worden genoemd. Dat ligt anders bij de RIAV 1998. Daar verplicht de tekst wel tot een nauwkeurige omschrijving van de factoren waarvan de hoogte van de uitkering(en) afhankelijk is. Deze verplichte omschrijving van factoren kan alleen achterwege blijven als het bedrag van de uitkering(en) nauwkeurig is bepaald.

NN betoogt dat die laatste situatie zich hier voordoet: zij heeft volgens haar door het geven van voorbeeldberekeningen het bedrag van de uitkering(en) nauwkeurig bepaald. Het hof is van oordeel dat niet kan worden gezegd dat de voorbeeldberekeningen (die dienen om het effect van de kosten en inhoudingen op het rendement te verduidelijken) een nauwkeurige bepaling van het bedrag van de uitkering vormen. Immers: het betrof voorbeelden die niet als prognose mochten gelden en er werden in het algemeen drie verschillende mogelijkheden gegeven. Daarmee was het bedrag van de uitkering dus niet nauwkeurig bepaald. In dat geval dienden de factoren waarvan de uitkering afhankelijk is, nauwkeurig te worden omschreven. Onder die factoren vallen naar het oordeel van het hof ook de door de verzekeraar in rekening gebrachte kosten (aan- en verkoopkosten, eerste kosten, incassokosten en doorlopende provisie) en de premie (inhouding) voor de overlijdensrisicoverzekering, aangezien die bij een universal life verzekering als de onderhavige een direct effect op de uitkering hebben.

13.6 De conclusie is dan ook dat NN op dit punt wel aan de RIAV 1994, maar niet aan de RIAV 1998 heeft voldaan.

13.7 Voor de beantwoording van de vraag of vóór 1998, en dus eventueel ook vóór 1994 een aanvullende informatieverplichting voor NN gold, moet, zo blijkt uit het antwoord van de Hoge Raad op de gestelde prejudiciële vraag, het volgende stappenplan worden doorlopen:

A. Rust op de verzekeraar een verplichting tot het verstrekken van aanvullende gegevens en zo ja welke?

B. Hebben de verplichtingen betrekking op gegevens die

(i) duidelijk en nauwkeurig zijn,

(ii) noodzakelijk zijn voor een goed begrip van de wezenlijke bestanddelen van de aangeboden of tot stand gekomen beleggingsverzekering en

(iii) voldoende rechtszekerheid waarborgen voor de verzekeraar zodat hij met voldoende mate van voorspelbaarheid kan vaststellen welke aanvullende informatie hij moet verstrekken?

13.8 Het hof is van oordeel dat op NN al vanaf het begin van de negentiger jaren de verplichting rustte om de consument die een beleggingsverzekering als de onderhavige wilde aangaan, te informeren over (de hoogte van) de kosten en de hoogte van de overlijdensrisicopremie, omdat deze kosten en premies een direct effect op de uitkering hebben. Deze verplichtingen hebben betrekking op gegevens die duidelijk en nauwkeurig zijn en vanwege het effect voor de opbrengst van de verzekering noodzakelijk voor een goed begrip van de wezenlijke bestanddelen daarvan.

Ook de vraag of de verzekeraar met voldoende mate van voorspelbaarheid kon vaststellen welke aanvullende informatie hij moest verstrekken, beantwoordt het hof bevestigend. In de eerste plaats moet de verzekeraar in beginsel zelf kunnen vaststellen welke kenmerkende eigenschappen zijn product heeft en kan hij daarom als beste inschatten welke aanvullende

informatie hij moet verschaffen. Verder staat vast dat er vanaf het begin van de jaren negentig kritische geluiden over de beleggingsverzekering te horen waren, die met name betrekking hadden op het niet transparant zijn van de kosten en van de overlijdensrisicopremies. Ook de Ombudsman heeft doorlopend gewaarschuwd dat de informatie niet transparant was. Daarnaast heeft ook de Nederlandse Regering ter gelegenheid van het pleidooi in de zaak NN/Van Leeuwen opgemerkt:

9. In deze zaak gaat de discussie over de vraag of voldoende informatie is verstrekt. Wat werd er verstrekt? Er werd gewerkt met voorbeeldkapitalen en fondsrendementen. Op basis van de rendementen in de jaren ervoor, de inleg door de consument en de looptijd van de polis werd een beeld geschetst over het mogelijke eindresultaat. Ergens werd een percentage aan beheerskosten van de beleggingen vermeld. Niet werd vermeld hoe de inleg van de consument deels wordt gebruikt voor de kosten voor de risicoverzekering.

10. Volgens de Nederlandse regering hadden de verzekeraars de informatie over de kosten van de risicoverzekering moeten geven. Ten eerste omdat de betrokken informatie kan worden beschouwd als "inlichtingen over de premies" zoals bedoeld in Onderdeel A.a.10 van Bijlage II bij de Derde levensrichtlijn. Het gaat immers over de premie die betaald wordt en de wijze waarop deze wordt geb[r]uikt.

11. Ten tweede had de informatie moeten worden verstrekt omdat het informatie is die nodig is voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de wezenlijke bestanddelen van de verbintenis, zoals bedoeld in arrest van Uw hof Axa Royale Belge (zaak C-386-100). Met name door de omvang van de premie overlijdensrisicoverzekering en daardoor het effect op het doelbedrag. Zoals ook de andere lidstaten en de Commissie hebben aangegeven kan deze informatie ook worden vereist op grond van de open en ongeschreven regels in een lidstaat.

12. Immers, zoals ook is uiteengezet in de schriftelijke opmerkingen betreft artikel 31 van de richtlijn (geclausuleerde) minimumharmonisatie. De betrokken informatie past binnen de doelstelling van dat artikel en op grond van het Nederlandse recht kunnen open en ongeschreven regels in bepaalde gevallen aanvullende informatieverplichtingen opleggen. Bij de implementatie in de Nederlandse regelgeving van artikel 31 van de Derde levensrichtlijn is ook uitdrukkelijk aangegeven dat deze regels ook gelden als onderdeel van de implementatie. Deze normen zijn voldoende duidelijk en kenbaar door onder andere jurisprudentie.

13. [...] De richtlijn is in 1992 vastgesteld en was tijdig geïmplementeerd in de Nederlandse wet. De betrokken partijen kenden sindsdien de betrokken regels en wisten ook dat de ongeschreven regels van toepassing waren. Ze hadden dus sindsdien rekening moeten houden met de geïmplementeerde richtlijn bepalingen.

[...]

Nederlandse verzekeraars moeten consumenten volgens de geïmplementeerde bijlage II van de derde levensrichtlijn en de open/ongeschreven normen van het Nederlandse recht goed en volledig informeren over de premies en de kosten. Dan is er pas sprake van een volledig, overzichtelijk en vergelijkbaar beeld voor de consument.

13.9 NN heeft over dit citaat opgemerkt dat het slechts de mening van twee ambtenaren betreft, maar zij onderbouwt niet waarom het niet om de zienswijze van de Nederlandse regering gaat. De A-G Sharpston, naar wie NN verwijst, is in haar conclusie in de zaak NN/Van Leeuwen onder punt 27 de mening toegedaan dat het om de opvatting van de Nederlandse regering gaat. Voor het hof is van belang dat het hier gaat om de beantwoording van de vraag of voor NN voldoende voorspelbaar was dat zij aanvullende informatie diende te verstrekken. Bij de beantwoording van die vraag weegt mee dat de Nederlandse regering klaarblijkelijk van mening was dat dat al sinds 1992 het geval was, omdat daaruit blijkt hoe over het verschaffen van informatie in Nederland werd gedacht en wat aan NN bekend moest zijn. Dat, zoals A.G. Sharpston schrijft, andere partijen zich op het

standpunt stellen dat de gegevens niet onder artikel 31 lid 1 DLR, met name rubriek a10 van bijlage II, punt A vallen, doet niet af aan het feit dat volgens de Nederlandse regering ook op grond van het ongeschreven recht sinds 1992 informatie moest worden gegeven over met name de premie overlijdensrisicoverzekering en het effect op het doelbedrag. Daarmee draagt het citaat wel degelijk bij aan de overtuiging dat de verzekeraar met voldoende mate van voorspelbaarheid kon vaststellen welke aanvullende informatie hij moest verstrekken.

Artikel 2 lid 2 sub h RIAV 1994 en RIAV 1998

- 14.1 Artikel 2 lid 2 sub h RIAV 1994 en 1998 verplichten de verzekeraar om schriftelijk informatie te verstrekken over 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.
- 14.2 De Vereniging heeft gesteld dat dit artikel meebrengt dat de afnemers ook geïnformeerd moeten worden over de premie die is verschuldigd voor de overlijdensrisicodekking.
- 14.3 De rechtbank heeft geoordeeld (rov. 4.39) dat de overlijdensrisicopremie was verwerkt in de brutopremie en dus deel uitmaakte van de premie verschuldigd voor de hoofddekking. Uit de toelichting blijkt dat onder nevenuitkeringen separate dekkingen voor andere risico's worden verstaan, bijvoorbeeld een aanvullende ongevalverzekering of een dekking van premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid. De overlijdensrisicopremie is dus geen premie voor een nevenuitkering.
- 14.4 Ook tegen dit oordeel is grief 6 gericht. De Vereniging blijft bij haar standpunt dat op grond van de bepaling de premie voor een overlijdensrisicoverzekering apart moet worden vermeld. Zij wijst erop dat er geen reden is om een verzekering in geval van overlijden en een verzekering in geval van arbeidsongeschiktheid verschillend te behandelen.
- 14.5 NN bestrijdt dit. Zij betoogt dat de Vereniging uitgaat van een onjuiste kwalificatie van de beleggingsverzekering. Er is hierbij geen sprake van twee hoofddekkingen of één hoofddekking en een nevendekking, maar van één hoofddekking. Dat betekent dat de verzekering recht geeft op één uitkering, waarvan omvang en tijdstip afhankelijk zijn van al dan niet overlijden. Voor deze hoofddekking is ook één premie verschuldigd: de bruto- premie.
- 14.6 Naar het oordeel van het hof strekte artikel 2 lid 2 onder h RIAV 1994 en 1998 ertoe dat de verzekeraar de afnemer afzonderlijk diende te informeren over de overlijdensrisicopremie. Uit de toelichting, waarnaar NN verwijst en waarop de rechtbank haar oordeel baseert, blijkt dat die informatie wel wordt gevraagd als er een aanvullende dekking is voor het risico van arbeidsongeschiktheid. Het hof vermag niet in te zien welk hier ter zake doend verschil er bestaat tussen een aanvullende arbeidsongeschiktheidsverzekering (waardoor men geen premie meer hoeft te betalen) en een aanvullende overlijdensrisicopremie (waardoor men bij overlijden een uitkering krijgt). In Model 2 De Ruiters (tussenarrest rov. 3.5 onder xii) werden zij gelijk behandeld: zowel de dekking van het overlijdensrisico als van het arbeidsongeschiktheidsrisico diende onder de inhoudingen op de premies te worden vermeld.
Ook NN zelf vermeldt in een jaaropgave in 2008 (tussenarrest rov. 3.5 onder xiv) als aftrek van de premie zowel de premies overlijdensrisicodekking als de premies arbeidsongeschiktheidsrisicodekking. Er is dus geen reden om de premie arbeidsongeschiktheidsrisico anders te behandelen dan de premie overlijdensrisico. Het argument van NN dat zij de premie heeft ondergebracht in de brutopremie overtuigt niet, want het kan niet zo zijn dat men door een premie onder te brengen in een andere premie, die dan een brutopremie wordt, informatieverschaffing over de ondergeschoven premie kan ontgaan. Ook faalt het argument dat de afnemer via de voorbeeldberekeningen inzicht in de te betalen premies kon krijgen, omdat het hier slechts voorbeelden betrof en het bepaald niet gemakkelijk is om de diverse kostenposten in die berekeningen te ontwaren.

Artikel 2 lid 2 sub q RIAV 1998

- 15.1 In grief 6 keert de Vereniging zich ook tegen de uitleg die de rechtbank aan artikel 2 lid 2 sub q RIAV 1998 geeft.
- 15.2 De rechtbank heeft geoordeeld dat onderdeel q van artikel 2 lid 2 zo moet worden begrepen dat de verzekeraar niet gehouden is om een op zichzelf staand overzicht van of inzicht in de concrete en/of absolute kosten en de opbouw daarvan te verschaffen. De wetgever heeft uitdrukkelijk gekozen voor indirecte transparantie van kosten: verzekeraars dienden inzicht in de invloed van kosten en risicopremie te verschaffen door het vermelden van netto eindkapitalen. De wetgever verwachtte dat deze wijze van informeren voor de gemiddelde verzekeringnemer een helder en overzichtelijk beeld zou opleveren, waardoor een goede keuze gemaakt kon worden voor een bepaald product, aldus de rechtbank.
- 15.3 De tekst noch de toelichting op artikel 2 lid 2 sub q RIAV 1998 verplicht tot het vermelden van de kosten, maar alleen tot het duidelijk maken van de invloed van de kosten op het rendement. Aan deze bepaling kan dan ook, anders dan aan artikel 2 lid 2 sub b RIAV 1998, op zichzelf geen verplichting worden ontleend om de (hoogte van) de kosten te melden. Grief 6 is dus in dit opzicht vergeefs voorgesteld.

Artikel 2 lid 2 sub r RIAV 1998

- 16.1 Artikel 2 lid 2 sub r verplicht de verzekeraar om kosten en inhoudingen te vermelden die niet in de brutopremie zijn verwerkt.
- 16.2 De rechtbank heeft geoordeeld dat de vermelding van de kosten was beperkt tot de kostensoorten die niet al in de bruto premie en het netto voorbeeldkapitaal waren verwerkt. De wel in het voorbeeldkapitaal verwerkte kosten behoeften derhalve niet afzonderlijk te worden vermeld.
- 16.3 Grief 6 heeft ook op de uitleg van dit artikel betrekking. De Vereniging stelt dat de kosten en inhoudingen niet worden betaald uit de brutopremie. De gehele premie wordt immers belegd en vervolgens worden de beleggingen weer deels verkocht en daaruit worden de kosten en inhoudingen voldaan. De Vereniging verwijst naar artikel 3D Voorwaarden.
- 16.4 Deze uitleg berust op een verkeerde lezing van het artikel. Het gaat niet om de kosten en inhoudingen die uit de premie worden betaald, maar die in de brutopremie zijn verwerkt, met andere woorden, daarvan deel uitmaken. De toelichting op dit artikelonderdeel vermeldt immers: "voor zover alle kosten al zijn verwerkt in de brutopremie, legt onderdeel r geen extra verplichtingen op ten opzichte van onderdeel q." Dat laatste is hier het geval. Die verwerking is juist ook één van de klachten van de Vereniging. Op dit punt faalt grief 6 dus.

Artikel 2 lid 2 sub s RIAV 1998

- 17.1 Artikel 2 lid 2 sub s RIAV 1998 verplicht de verzekeraar om de afnemer te waarschuwen voor het aan de overeenkomst verbonden beleggingsrisico en de mate waarin dit risico ten laste is van de verzekeringnemer.
- 17.2 De rechtbank heeft geoordeeld (in rov. 4.36) dat NN door vanaf 1996 in haar offertes te waarschuwen voor het (algemene) beleggersrisico aan haar uit dit onderdeel voortvloeiende informatieverplichting heeft voldaan.
- 17.3 Ook tegen dit oordeel keert de Vereniging zich met grief 6. Zij betoogt dat NN op grond van deze bepaling ook moest waarschuwen voor het crashrisico, het fata morgana- effect en het hefboom- en inteereffect, omdat dit specifieke risico's zijn. Dat geldt zelfs als deze risico's geen specifieke, maar algemene beleggingsrisico's zijn. De waarschuwing die NN in haar offertes plaatste

waarschuwt hier onvoldoende tegen; daaruit kan alleen worden afgeleid dat de koersen kunnen fluctueren en dat de behaalde resultaten geen garantie bieden voor de toekomst. NN kan zich er niet op beroepen dat in de toelichting bij de RIAV wordt opgemerkt dat de door haar gehanteerde standaardtekst volstaat, omdat de wetgever de bijzondere risico's niet kende, maar NN wel.

- 17.4 NN voert daar tegenover aan dat de genoemde risico's, als ze al bestaan, geen bijzondere risico's zijn ten opzichte van het algemene beleggingsrisico en dat uit de toelichting blijkt dat de verzekeraars met het naleven van de CRR aan hun verplichtingen op grond van dit onderdeel voldeden.
- 17.5 Het hof is dit met NN eens. Uit de tekst en de toelichting kan niet worden afgeleid dat op NN andere verplichtingen rustten dan te waarschuwen voor het algemene beleggersrisico. Op dit punt faalt grief 6 dan ook.
- 17.6 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat grief 6 deels slaagt, in die zin dat NN de afnemers krachtens artikel 2 lid 2 onder b en h RIAV en krachtens het ongeschreven recht diende te informeren over de premie overlijdensrisicodekking en over de factoren waarvan de uitkering afhankelijk is. Dat betekent nog niet dat zonder meer sprake is van een toerekenbare tekortkoming en/of een onrechtmatige daad. Daaraan worden nadere eisen gesteld, waarover de Vereniging weinig heeft gesteld. De onder VI gevorderde verklaring voor recht is daarom te algemeen geformuleerd en derhalve niet toewijsbaar. De onder VII gevorderde verklaring voor recht kan op de genoemde punten wel worden toegewezen.
- Verder zal bij de bespreking van de diverse verwijten als omstandigheid worden meegewogen of NN op dat punt aan haar uit de RIAV 1994 en 1998 voortvloeiende informatieverplichting heeft voldaan.
- verwijt onder g*
- 18.1 Het verwijt onder g is blijkbaar een samenvatting van de grievens 11 en 12. Het betreft hele algemene grieven waarin de Vereniging haar verwijten over de onjuiste informatieverstrekking nog eens samenvat.
- 18.2 Grief 11 is gericht tegen het op verschillende plaatsen door de rechtbank herhaalde oordeel dat de afnemers adequaat zijn voorgelicht door het gebruik van rekenvoorbeelden in combinatie met de informatie over de brutopremie.
- 18.3 Uit de overwegingen hiervóór blijkt dat deze grief slaagt, in die zin dat op NN meer informatieverplichtingen rusten op grond van artikel 2 lid 2 onder b RIAV 1998 en dat ook uit het ongeschreven recht nog aanvullende verplichtingen kunnen ontstaan.
- 18.4 Met grief 12 keert de Vereniging zich tegen het oordeel van de rechtbank in de rov. 4.27-4.41 dat zij zo samenvat dat NN aan haar informatieverplichtingen heeft voldaan vanaf de inwerkingtreding van de RIAV 1994 tot aan juli 2002. De Vereniging herhaalt dat er geen contractuele grondslag was voor het in rekening brengen van een aantal kosten (verwijt onder a), geen informatie is verstrekt over de hoogte van de kosten (verwijt onder b), geen informatie is verstrekt over het crashrisico, het hefboom- en inteereffect en het fata morgana- effect (verwijt onder c, d en e) en onvoldoende informatie is verstrekt over de gevolgen van de kosten en inhoudingen op het rendement.
- 18.5 Uit hetgeen hiervoor en hierna is en wordt overwogen, blijkt dat de hier herhaalde verwijten deels worden gehonoreerd. Maar de in zeer algemene bewoordingen gevorderde verklaringen voor recht onder XIX en X zijn onvoldoende specifiek om, naast de reeds toewijsbaar geachte verklaringen voor recht, te kunnen worden toegewezen. Het is namelijk niet duidelijk op welke situaties en inlichtingen, naast de meer gespecificeerde vorderingen, deze verklaringen voor recht betrekking zouden kunnen hebben.

F. De verwijten onder c, d, e en h: het niet informeren over en/of waarschuwen voor het hefboom- en inteereffect, het crashrisico en het fata morgana-effect en er is sprake van churning.

Het hefboom- en inteereffect

19.1 Het hefboomeffect, dat zich volgens de Vereniging voordoet bij polissen waarin een vast bedrag als uitkering bij overlijden is verzekerd, wordt door haar (in navolging van de AFM) omschreven als het gevolg van het feit dat bij de onderhavige beleggingsverzekeringen de ontwikkeling van de belegging van invloed is op de prijs voor de overlijdensverzekering. Als de ontwikkeling van het opgebouwde vermogen achterblijft, valt de verzekeringspremie hoger uit. Een hogere verzekeringspremie betekent vervolgens dat het opgebouwde vermogen verder achterblijft. Tegenvallende rendementen werken op deze manier versterkt door op de prestatie van de beleggingsverzekering. Dit effect – het hefboomeffect – is een dynamiek die alleen bij een beleggingsverzekering voorkomt. Het hefboomeffect werkt beide kanten op. Positieve rendementen leiden tot een positieve hefboom.

Het inteereffect is de situatie waarin het totaal van kosten en overlijdensrisicopremie hoger is (geworden) dan de premie, waardoor op het opgebouwde vermogen wordt ingeteerd.

Bij een negatief hefboomeffect (tegenvallende ontwikkeling van de beleggingen en hoger wordende overlijdensrisicopremie) wordt het inteereffect ook weer groter. Beide effecten versterken elkaar dus.

19.2 De rechtbank heeft geoordeeld (in rov. 4.54 t/m 4.56, met verwijzing naar rov. 4.51) dat het hefboom- en/of inteereffect geen bijzonder risico is waarover NN haar verzekeringnemers specifiek had moeten informeren of waarvoor zij had moeten waarschuwen, omdat het een feit van algemene bekendheid is dat het beleggen in effecten een risico van vermogensverlies met zich brengt. Daarvoor moet in algemene zin worden gewaarschuwd, maar niet elke variant behoeft aan de orde te komen, aldus de rechtbank.

19.3 In grief 9 komt de Vereniging tegen dit oordeel op. Zij voert aan dat het hier geen algemeen beleggingsrisico betreft, maar een bijzonder risico dat zich uitsluitend voordoet bij universal life producten omdat daar de belegde waarde van invloed is op de hoogte van de premie. NN heeft geen enkele informatie verstrekt waaruit de afnemer het mechanisme kon afleiden dat tegenvallende rendementen grote gevolgen hebben voor de waarde van de polis, zodanig zelfs dat er wordt ingeteerd op het vermogen.

19.4 Daartegenover voert NN aan dat de constructie van de FVB-beleggingsverzekeringen die leidt tot het hefboom- en inteereffect (de wijze waarop de overlijdensrisicoverzekering is ingebouwd, waardoor slechts over het verschil tussen de opgebouwde waarde en de gewenste uitkering bij overlijden de inhouding voor het overlijdensrisico behoeft te worden berekend en verrekend) alleen maar voordelen inhoudt, die bij het optreden van een negatief hefboom- of inteereffect wel iets afnemen, maar niet omslaan in nadeel. Het effect is volgens NN gering en valt volledig in het niet bij het beleggingseffect. Voor zover er schade is door het hefboom- of inteereffect, is het alternatief – een losse overlijdensrisicoverzekering – duurder en bovendien is de schade weggenomen door de tegemoetkomingsregeling en het flankerend beleid.

Daarnaast betoogt NN dat zij aan haar informatieplicht heeft voldaan, omdat zij meer dan één voorbeeldberekening heeft gegeven en de consument daaruit kon afleiden dat sprake is van een hefboom- en inteereffect.

19.5 Tussen partijen is niet in geschil dat bij FVB-beleggingsverzekeringen een hefboom- en inteereffect kan optreden. Niet kan worden gezegd dat het hier een bepaalde vorm van een gewoon beleggingsrisico betreft. De beschreven effecten doen zich alleen voor bij producten als de onderhavige, waarbij de opgebouwde waarde, die op zichzelf kan variëren op grond van koersbewegingen (wat een algemeen beleggingsrisico is), verder wordt beïnvloed door de aan de

opgebouwde waarde gekoppelde overlijdensrisicopremie, waardoor een negatieve ontwikkeling van de opgebouwde waarde de overlijdensrisicopremie beïnvloedt die op haar beurt weer de opgebouwde waarde beïnvloedt. De laatste effecten zijn geen algemeen beleggingsrisico, maar een bijzonder aan de universal life verzekering verbonden risico.

Van NN kon worden verlangd dat zij de consument op nauwkeurige en begrijpelijke wijze zou informeren over het hefboom- en inteereffect en de mogelijke consequenties daarvan.

Aan de door NN gestelde omstandigheid dat de consument weinig schade zou lijden wordt voorbij gegaan, omdat NN zelf stelt dat in elk geval 350 verzekeringen vanwege het hefboom- en inteereffect zijn beëindigd en dat een niet genoemd aantal andere verzekeringen is geholpen door het flankerende beleid van NN. Het naderhand compenseren van geleden nadeel, ontheft NN niet van haar informatieplicht.

- 19.6 Anders dan NN stelt blijkt het hefboom- en inteereffect niet uit artikel 3D lid 1 en 2 Voorwaarden. Daarin staat alleen dat de administratie- en beheerkosten en de overlijdensrisicopremie in mindering worden gebracht op de uitstaande participaties en dat de verzekering vervalt als de participaties onvoldoende zijn om daarop de genoemde kosten in mindering te brengen. Een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende consument kon daaruit afleiden dat de kosten uit de participaties werden voldaan, maar niet dat er een zichzelf versterkend effect kon optreden, waardoor steeds meer overlijdensrisicopremie moest worden betaald en steeds minder vermogen werd opgebouwd. Ook het verweer van NN dat het hefboomeffect voor de consument te kennen was uit de drie verschillende voorbeeldberekeningen wordt verworpen. Een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende consument kon uit de voorbeeldrendementen alleen destilleren dat een lagere koers tot een lagere uitkering leidde, zoals gezegd een algemeen beleggingsrisico, maar niet dat daardoor de overlijdensrisicopremie werd beïnvloed die op haar beurt de opgebouwde waarde weer verder deed afnemen. Juist dat laatste effect kan een normale consument met de hiervoor omschreven kennis uit de voorbeeldberekeningen niet afleiden. Daardoor heeft NN dus niet aan haar informatieplicht voldaan.
- 19.7 De hiervoor omschreven informatieplicht vloeit vanaf 1 oktober 1998 voort uit artikel 2 lid 2 onder b RIAV 1998, waarin staat dat de verzekeraar de consument tijdig een nauwkeurige omschrijving moet verschaffen van de uitkering(en) en de factoren waarvan de hoogte van de uitkering(en) afhankelijk is en uit artikel 2 lid 2 onder q RIAV 1998, waaruit volgt dat de verzekeraar de consument tijdig moet informeren over de invloed van kosten en inhoudingen op het rendement en de uitkering.
- 19.8 Ook vóór 1 oktober 1998 rustte op NN de plicht om de consument over het hefboom- en inteereffect te informeren en hem voor de gevolgen daarvan te waarschuwen. Informatie over dit risico is noodzakelijk voor een goed begrip van de wezenlijke bestanddelen van de verzekering, omdat het hefboom- en inteereffect ertoe kan leiden dat belangrijk minder vermogen wordt opgebouwd en zelfs dat de verzekering voortijdig eindigt. Het moet voor NN duidelijk zijn geweest dat een consument het risico liep dat zijn opgebouwde vermogen in belangrijke mate achter zouden blijven bij de som die hem bij het afsluiten voor ogen stond en dat er ook risico bestond op voortijdige beëindiging wegens onvoldoende opgebouwde waarde in de polis om de kosten en premies te voldoen. Ook moet het voor NN duidelijk zijn geweest dat een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende consument die een beleggingsverzekering afsluit, niet kon bevroeden dat dergelijke risico's aanwezig waren. Aan NN moet het daarentegen duidelijk zijn geweest dat dit een punt was dat de consument graag zou willen weten als hij de overeenkomst aanging, omdat daarvan het te bereiken eindvermogen afhing. Daarom rustte op NN op grond van (de aanvullende werking van de) de redelijkheid en billijkheid de verplichting om de consument over het hefboom- en inteereffect te informeren en hem daarvoor te waarschuwen. Deze verplichting voldoet aan de vereisten van artikel 31 lid 3 DLR: (i) zij heeft betrekking op gegevens die duidelijk en nauwkeurig zijn, namelijk het aangeven van het risico op een hefboom- en inteereffect als hiervoor omschreven, (ii) zij is zoals uit het hiervoor overwogene blijkt noodzakelijk voor een goed begrip van de wezenlijke bestanddelen van de beleggingsverzekering en (iii) de

rechtszekerheid is gewaarborgd omdat NN met voldoende mate van zekerheid kon voorspellen welke aanvullende informatie zij diende te verstrekken, omdat NN de aard en de kenmerkende eigenschappen van haar product kende en dus wist dat een specifieke eigenschap van de FVB-verzekeringen (als universal life verzekering) was dat er een hefboom- en inteereffect kon optreden.

19.9 Door deze informatie niet te verschaffen, heeft NN gehandeld in strijd met een op haar rustende informatieverplichting. Dit nalaten levert in beginsel een tekortkoming in de precontractuele verplichtingen op en, als aan de vereisten van artikel 6:162 BW is voldaan, een onrechtmatige daad. NN heeft in dit verband gesteld dat bij de gemiddelde FVB-verzekeringnemer niet aan het vereiste van *condicio sine qua non*-verband wordt voldaan, omdat de niet verschafte informatie niet relevant was voor het beslissingsproces van de gemiddelde deelnemer. Bovendien is het effect verwaarloosbaar ten opzichte van het effect van een nadelige koersontwikkeling en is een losse overlijdensrisicoverzekering duurder. Voor zover er schade is, is deze weggenomen met de maatregelen uit hoofde van de tegemoetkomingsregeling en het flankerend beleid.

19.10 Met het laatste erkent NN dat er sprake van schade ten gevolge van het hefboomeffect kan zijn, waarmee aan de vereisten van artikel 6:162 BW is voldaan.

Dat betekent dat grief 9 slaagt en de onder XII gevorderde verklaring voor recht toewijsbaar is.

Het crashrisico

20.1 De Vereniging omschrijft het crashrisico als het (vooral bij beleggingsverzekeringen waarbij periodiek wordt betaald en in mindere mate ook bij eenmalige inleg bestaande) risico dat één of meerdere (forse) koersdalingen (crashes) tot gevolg hebben dat het feitelijk niet meer mogelijk wordt om het beoogde eindkapitaal te bereiken, zelfs als gemiddeld (zowel rekenkundig als meetkundig berekend) wel het voorgespiegelde rendementspercentage wordt behaald.

20.2 De rechtbank heeft geoordeeld dat het crashrisico een uitvloeisel is van het algemene beleggersrisico en geen buitengewoon risico waarvoor uitdrukkelijk moest worden gewaarschuwd, naast de waarschuwingen die NN ten aanzien van het beleggingsrisico heeft gegeven (rov. 4.47).

20.3 De Vereniging komt tegen dit oordeel op in grief 7. Zij richt daarbij ook een klacht tegen de omschrijving van het crashrisico (nr. 399). Dat punt is hiervoor bij de omschrijving van het crashrisico meegenomen.

De kern van het verwijt van de Vereniging is dat de afnemer niet weet dat hij, ook als hij het voorgespiegelde rendement behaalt, toch een veel lagere uitkering kan krijgen. NN had hem daarop behoren te wijzen, aldus de Vereniging.

20.4 NN is daarentegen van mening dat het hier om een gewoon beleggingsrisico gaat dat eigen is aan alle vormen van (periodiek) beleggen. Het crashrisico is niets anders dan het effect van koersfluctuaties.

20.5 Het hof is van oordeel dat het crashrisico (voor zover het niet samenvalt met het hefboom- en inteereffect) een algemeen beleggingsrisico is van (behoorlijke) beursval.

Zoals bij alle beleggingen is het ook bij de beleggingsverzekering mogelijk dat de beursfluctuaties zich op een ongunstig moment voordoen (bijv. wanneer al veel vermogen is opgebouwd) en zo een groter effect hebben op het rendement, zelfs zo dat het eindkapitaal niet meer kan worden gehaald. Zoals de Vereniging zelf stelt: een val van 50% heeft rekenkundig meer effect op een al opgebouwd kapitaal van € 200.000,- (nl. € 100.000,- verlies) dan op een opgebouwd kapitaal van € 20.000,- (nl. € 10.000,- verlies), maar in beide gevallen is het percentage hetzelfde. Dat verschil brengt niet mee dat het niet meer gaat om een algemeen beleggingsrisico. Daarvoor behoefde NN dus niet apart te waarschuwen.

20.6 Dit betekent dat grief 7 faalt. De gevorderde verklaring voor recht onder XIV wordt daarom

afgewezen.

Het fata morgana-effect

- 21.1 Het fata morgana-effect is de benaming die de Vereniging geeft aan haar verwijt dat NN voor 1996 met een willekeurig gekozen rendementspercentage heeft gerekend, waarbij het percentage automatisch rekenkundig is berekend; ook verwijt de Vereniging NN dat zij nadien weliswaar de juiste meetkundige methode heeft gehanteerd maar niet heeft uitgelegd aan de consument dat een hoger rekenkundig gemiddelde nodig is om het gewenste eindresultaat te bereiken. Doordat in een rekenkundige methode geen rekening wordt gehouden met het effect van koersbewegingen (de volatiliteit) valt het rendement altijd hoger uit dan het meetkundig gemiddelde waarbij de volatiliteit wel is meegewogen.
- 21.2 De rechtbank heeft geoordeeld (in rov. 4.27 en 4.28) dat artikel 2 lid 2 van de RIAV 1994 geen voorschrift bevatte ten aanzien van de in de offerte te hanteren voorbeeldrendementen. NN mocht dan ook in de periode 1994-1996 gebruik maken van 'zelfgekozen' voorbeeldrendementen. Van NN mocht wel worden gevergd dat de rendementen niet een evident overmatig optimistisch beeld schetsten. Verder heeft de rechtbank geoordeeld (in rov. 4.51) dat NN haar verzekeringnemers niet behoefde te waarschuwen voor het fata morgana-effect. De fijnzinnige en soms contra-intuïtieve gevolgen van koersdalingen en -stijgingen en de effecten daarvan op de lange termijn kunnen zich bij het beleggen in allerlei varianten voordoen, waarbij nog komt dat de markt zich uiterst lastig laat voorspellen. De belegger moet daarvoor in algemene zin worden gewaarschuwd, maar niet elke variant behoeft daarbij aan de orde te komen, aldus de rechtbank.
- 21.3 Tegen deze oordelen is grief 8 gericht. De Vereniging verwijt NN ook in hoger beroep dat zij vóór 1997 de voorbeeldkapitalen op onjuiste wijze heeft berekend, doordat zij is uitgegaan van een zelfgekozen rendement, dat voor alle fondsen, met verschillende risico's hetzelfde was. De Vereniging is van mening dat het ook in deze periode van NN kon worden gevergd om meetkundig juiste rendementen te geven. Zij wijst daarvoor naar het rapport van PWC die de deskundige van de Vereniging, [...] , verwijt rekenkundig te rekenen, terwijl die het (rekenkundige) rendement in de offertes gebruikt en op de toelichting van de CRR 1996 en 1998, waarin wordt aangegeven dat de reden voor het opstellen van de Code Rendement en Risico was dat het van belang is dat de consumenten goed worden voorgelicht over het rendement en risico.
- In de periode ná 1997 rekende NN wel met een meetkundig gemiddelde, maar nu verwijt de Vereniging haar dat zij de consument daarover niet heeft voorgelicht. De consument kijkt met een rekenkundige bril naar het meetkundig berekende gemiddelde en denkt dat een bepaald eindkapitaal gehaald kan worden of een bepaald rendementspercentage. Dat bij het voorgespiegelde meetkundige rendement een hoger rekenkundig rendement hoort, weet de afnemer niet, aldus de Vereniging.
- 21.4 NN voert daartegen aan dat er vóór 1997 geen uitgekristalliseerde opvattingen bestonden over de wijze waarop de voorbeeldrendementen zouden moeten worden bepaald. NN heeft bovendien in die tijd steeds in haar offertes aangegeven dat er sprake was van 'veronderstelde – d.w.z. niet gegarandeerde – constante jaarlijkse rendementspercentages'. Dat moest de consument dus duidelijk zijn. Verder voert NN aan dat zij in de periode waarin zij de voorbeeldrendementen wél baseerde op in het verleden behaalde rendementen het gemiddelde steeds meetkundig berekende. Daardoor heeft zij een juist beeld gegeven van de in het verleden behaalde rendementen. Bovendien waren die rendementen lager dan de rekenkundig berekende rendementen, zodat niet valt in te zien dat zij de consument nog zou moeten waarschuwen. De meetkundige berekening is niet zo bijzonder dat NN de afnemer daarop moest wijzen. De berekeningsmethode komt niet alleen voor bij beleggen maar bijvoorbeeld ook bij sparen. Bovendien werd de afnemer bijgestaan door een assurantietussenpersoon wiens kennis aan hem wordt toegerekend. Ten slotte voert NN aan dat het fenomeen dat de Vereniging aanduidt met fata morgana-effect het gevolg is van het feit dat koersen en derhalve rendementen fluctueren en

dus eigen is aan beleggen en een van de elementen is die het beleggingsrisico bepalen.

- 21.5 Vast staat dat NN vóór 1997 het gemiddelde rendement niet meetkundig berekende. Maar zoals NN zelf aangeeft waren de rendementspercentages in die tijd door haar gekozen percentages van bijv. 8, 10 of 12 procent, geen historische rendementspercentages. Zoals in het rapport van PWC onder 4.2 (prod. 1 bij CvA) wordt uiteengezet, maakt het, wanneer men jaarlijks van hetzelfde rendement uitgaat, niet uit of het gemiddelde rekenkundig of meetkundig wordt berekend: het gemiddelde jaarrendement is steeds gelijk. Het verwijt van de Vereniging dat NN geen meetkundige berekening uitvoerde, faalt dan ook. Voor zover de Vereniging NN verwijt dat zij te hoge percentages hanteerde, heeft zij dat verwijt onvoldoende onderbouwd.
- 21.6 Tussen partijen staat ook vast dat NN in de periode ná 1997 het gemiddelde historische rendement, waarop zij haar voorbeeldpercentages toen baseerde, wel op meetkundige wijze berekende en dat die berekening lager uitkwam. Die berekeningswijze was dus juist en spiegelde de consument geen te rooskleurig beeld voor. Aan NN valt hier dus niets te verwijten. Eerder zou dat het geval zijn als zij de consument had geïnformeerd dat een rekenkundige aanpak een hoger resultaat zou opleveren, omdat daardoor de consument zou gaan verwachten dat hij dat hogere resultaat zou kunnen krijgen. Voor de periode ná 1997 is de gevorderde verklaring voor recht onder XV dus evenmin toewijsbaar.

Churning

- 22.1 Onder churning verstaat de Vereniging de praktijk bij polissen met periodieke inleg, waarbij de verzekeraar onnodig en in zijn eigen voordeel effectentransacties uitvoert, waarover hij (extra) aan- en verkoopkosten in rekening brengt. Dit doet zich bij de beleggingsverzekeringen voor doordat NN de maandelijks betaalde premies eerst in hun geheel belegt in participaties en daarover aankoopkosten berekent en vervolgens deze participaties weer deels verkoopt om de kosten en overlijdensrisicopremie te betalen en daarover verkoopkosten berekent. In het geval van de verzekerde Hupperts bedroeg de maandelijks premie in 2010-2011 € 714,70 en de kosten bedroegen € 509,03 per maand.
- 22.2 De rechtbank heeft geoordeeld (in rov. 4.60 en 4.61) dat de wijze van kosten doorberekenen eigen is aan het product. Zij heeft verder geoordeeld dat de juistheid van het argument van NN dat het systeem van kostendoorberekening juist flexibiliteit en kostenbesparing meebrengt, in zijn algemeenheid niet valt vast te stellen, maar dat ook niet kan worden gezegd dat het niet juist is. De Vereniging heeft naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende onderbouwd dat hierin een onrechtmatige daad of wanprestatie is gelegen.
- 22.3 De Vereniging richt zich tegen dit oordeel met grief 14. Volgens haar is het systeem dat NN hanteert niet gunstiger voor de afnemer. Een computerprogramma dat kan berekenen welke kosten en inhoudingen moeten worden betaald ná het beleggen van de brutopremie, kan dat ook voordat de brutopremie wordt belegd. Zij verwijst voor ondersteuning van haar standpunt naar het rapport van de Commissie De Ruiters (blz. 17) waar onder meer wordt vermeld:
- 'Vanuit de zorgplicht is er een (...) verbod op churning (...). Deze regel dient ook te gelden voor beleggingen in het kader van beleggingsverzekeringen. De Commissie wijst in dit verband op de praktijk om voor de periodiek ingelegde premie units aan te kopen, terwijl in dezelfde periode units worden verkocht om kosten uit te bestrijden. Voor zover met deze aan- en verkopen kosten of koersverschillen zijn gemoeid, zou het op het eerste gezicht meer voor de hand liggen de kosten uit de ingelegde premie te bestrijden en vervolgens van het eventueel overblijvende bedrag units aan te kopen. Dit bespaart immers kosten. Het is aan de verzekeraars om aan te tonen dat de hier beschreven handelwijze desalniettemin, met het oog op de belangen van de consument, gerechtvaardigd is.'*
- 22.4 NN verweert zich door aan te voeren dat de wijze van verrekenen van de kosten tussen partijen is overeengekomen via artikel 3D Voorwaarden, dat dit systeem voortvloeit uit de systematiek van het product en een grote mate van flexibiliteit biedt en kostenefficiënt is. Daarnaast is niet voldaan

aan de definitie van churning, omdat NN de transacties niet op eigen initiatief uitvoert maar ter uitvoering van de Voorwaarden en deze transacties niet kennelijk slechts strekken tot bevoordeling van haarzelf, omdat zij geen invloed had op de omvang van aan- en verkopen. Bovendien worden geen verkoopkosten in rekening gebracht.

- 22.5 Op het eerste gezicht komt de door NN gehanteerde methode niet logisch voor en bestaat de indruk dat deze methode meer kosten met zich meebrengt dan het geval zou zijn als eerst de kosten werden verrekend en vervolgens de premie werd belegd. Het hof onderschrijft het door de Vereniging geciteerde standpunt van de Commissie De Ruiters (hiervoor in 22.3 geciteerd) dat het aan de verzekeraar, dus NN, is om aan te tonen dat de door haar gevolgde handelwijze, ondanks de maandelijkse vermeerdering van in elk geval de aankoopkosten, met het oog op de belangen van de consument gerechtvaardigd is.
- 22.6 Het standpunt van NN dat haar handelwijze via artikel 3D Voorwaarden met de consument is overeengekomen, wordt verworpen. Zoals hierna zal blijken, wordt deze Voorwaarde op verzoek van de Vereniging vernietigd; zij kan dus niet langer dienen als grondslag voor het op de beschreven wijze verrekenen van de kosten. Ook het argument dat NN geen invloed had op de omvang van de aan- en verkopen wordt verworpen. NN had immers wel in de hand om al dan niet de gehele premie te beleggen.
- 22.7 De conclusie is dat NN, die in algemene bewoordingen heeft aangeboden (tegen)bewijs te leveren, zal worden toegelaten tot het (tegen)bewijs dat de wijze van de verrekenen van kosten met het oog op de belangen van de consument gerechtvaardigd was.

G. Het verwijt onder f: diverse bedingen zijn oneerlijk

Algemeen

- 23.1 Voor het geval haar primaire stelling faalt, dat de in hoofdstuk D behandelde kosten (eerste kosten, incassokosten en doorlopende provisie) tussen partijen zijn overeengekomen doordat zij onderdeel zijn van de brutopremie en vallen af te leiden uit de voorbeeldberekeningen of in brochures en prospectussen zijn opgenomen, betoogt NN dat deze kosten tussen partijen zijn overeengekomen doordat zij deel uitmaken van het "containerbegrip" administratie- en beheerkosten in artikel 3D Voorwaarden.
- 23.2 De Vereniging heeft daartegen aangevoerd dat de artikelen 3D lid 1 en artikel 14 lid 2 Voorwaarden oneerlijk dan wel onredelijk bezwarend zijn en heeft de vernietiging van deze voorwaarden gevorderd.
- 23.3 Het standpunt van NN, dat door de rechtbank is gevolgd, dat geen toetsing aan Richtlijn 93/13 mag plaatsvinden omdat voor verzekeringsovereenkomsten de Derde Richtlijn geldt, kan op grond van de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad niet als juist worden aanvaard.
- 23.4 Wel is juist dat de rechter niet rechtstreeks aan Richtlijn 93/13 toetst, maar de nationale bepalingen, afdeling 6.5.3 BW, uitlegt met inachtneming van de Richtlijn. Zoals hiervoor is overwogen is afdeling 6.5.3 BW vanaf 1993 van toepassing op door een partij gebruikte algemene voorwaarden. Richtlijn 93/13 is van toepassing op na 31 december 1994 gesloten overeenkomsten. Vanaf die datum moeten de bepalingen van afdeling 6.5.3 BW en speciaal artikel 6:233 onder a BW in overeenstemming met Richtlijn 93/13 worden uitgelegd en toegepast. De verzekeringsovereenkomsten waarover deze procedure gaat, zijn vanaf 1992 gesloten. De nationale dan wel Europese regelingen zijn niet van toepassing op vóór 1993 dan wel 1995 gesloten verzekeringsovereenkomsten. Vóór 1993 was het mogelijk dat op grond van de (beperkende werking van de) redelijkheid en billijkheid op een oneerlijk of onredelijk bezwarend beding geen beroep mocht worden gedaan door de gebruiker. Daarbij waren alle omstandigheden

van belang, ook die van na het sluiten van de overeenkomst.

23.5 De toetsing van algemene voorwaarden ziet niet op kernbedingen (art. 6:231 sub a BW, artikel 4 lid 2 Richtlijn 93/13) voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd.

NN stelt dat de bedingen die de Vereniging ter vernietiging voordraagt, bedingen zijn zoals bedoeld in artikel 4 lid 2 Richtlijn 93/13: bedingen die de gelijkwaardigheid van prijs en de tegenprestatie betreffen. Daarvan is geen sprake. De bedingen waarover het gaat bepalen de te betalen kosten en de manier waarop dat moet gebeuren; dit zijn modaliteiten van de prestatie ofwel niet de kern van de prestatie in de zin van artikel 6:231 sub a BW.

23.6 De algemene voorwaarden dienen transparant te zijn en zij mogen niet onredelijk bezwarend zijn. Van dat laatste is onder meer sprake als zij oneerlijk zijn in de zin van Richtlijn 93/13. Bij de toetsing aan beide criteria moet rekening gehouden worden met alle omstandigheden van het geval. Een van de omstandigheden waarmee rekening moet worden gehouden, is de omstandigheid dat de uit de RIAV voortvloeiende informatieplichten zijn nageleefd. NN beklemt toont dat zij dat heeft gedaan. Uit het hiervoor in hoofdstuk E overwogene vloeit voort dat NN in elk geval vanaf de RIAV 1998 niet aan alle daaruit voortvloeiende informatieverplichtingen heeft voldaan en vóór die tijd niet aan alle uit het ongeschreven recht voortvloeiende informatieverplichtingen. Die omstandigheid pleit dus niet in haar voordeel.

23.7 Het in artikel 5 Richtlijn 93/13 neergelegde transparantievereiste houdt kort gezegd in dat een beding duidelijk en begrijpelijk moet zijn. Dit vereiste moet ruim worden opgevat aangezien de richtlijn op de gedachte berust dat een consument ('koper') zich tegenover een gebruiker van algemene voorwaarden ('verkoper') in een zwakke positie bevindt en met name over minder informatie beschikt. Het HvJ EU acht het voor een consument van wezenlijk belang dat hij, vóór de sluiting van een overeenkomst, kennisneemt van alle contractvoorwaarden en de gevolgen van sluiting van die overeenkomst. Hij zal met name op basis van de aldus verkregen informatie beslissen of hij gebonden wenst te worden door voorwaarden die de wederpartij van de consument tevoren heeft vastgelegd. De transparantie-eis brengt ook mee dat in de overeenkomst de concrete werking van het mechanisme waarop het betrokken beding betrekking heeft en, in voorkomend geval, de verhouding tussen dit mechanisme en het mechanisme dat is voorgeschreven door andere bedingen, op een transparante wijze worden uiteengezet, zodat de consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die voor hem uit de overeenkomst voortvloeien, kan inschatten.

Gebrek aan transparantie is een omstandigheid die meeweegt bij het antwoord op de vraag of een beding oneerlijk is, maar heeft daarbij op zichzelf geen doorslaggevende betekenis.

Artikel 3D lid 1 Voorwaarden

24.1 De Vereniging bepleit met grief 13 dat artikel 3D lid 1 Voorwaarden moet worden vernietigd, althans buiten toepassing moet worden gelaten omdat het onvoldoende duidelijk en begrijpelijk is, omdat de hoogte van de overlijdensrisicopremie niet wordt vermeld en omdat evenmin wordt aangegeven hoe de premie kan worden berekend. Ook het mechanisme is niet duidelijk, omdat de economische gevolgen van de hoogte van de premie voor het rendement niet uit het beding kunnen worden afgeleid. Daarnaast is de bepaling onduidelijk en oneerlijk omdat voor de afnemer niet duidelijk was welke kosten in rekening werden gebracht en wat de hoogte daarvan was.

24.2 NN betwist niet dat de hoogte van de premie niet wordt genoemd en evenmin uit de Voorwaarden valt te herleiden. Wel voert zij aan dat het mechanisme van het inhouden van de overlijdensrisicopremie voor het rendement (via het hefboomeffect) is uiteengezet, in de eerste plaats doordat in artikel 3D lid 1 Voorwaarden is aangegeven dat de overlijdensrisicopremie in mindering wordt gebracht op de uitstaande participaties en verder in artikel 3D lid 2 Voorwaarden. Deze bepalingen luiden als volgt:

1. Op de voor de voor de verzekeringnemer uitstaande participaties in de door hem aangegeven fondsen

zal iedere kalendermaand een vergoeding voor de door de Maatschappij in verband met deze verzekering gemaakte administratie- en beheerkosten in mindering worden gebracht, alsmede de over de betreffende maand verschuldigde overlijdensrisicopremie.

2. Indien de waarde van de in het eerste lid bedoelde participaties de betreffende kalendermaand onvoldoende blijkt te zijn om daarop de over die maand verschuldigde administratie- en beheerskosten en overlijdensrisicopremie geheel in mindering te brengen, vervalt de verzekering per de laatste dag van de maand. Indien de verzekering een afkoopwaarde heeft, wordt deze aan de verzekeringnemer uitgekeerd tegen inlevering van de polis.

24.3 Het hof is van oordeel dat artikel 3D lid 1 Voorwaarden niet transparant is doordat het niet de hoogte van de premie voor het overlijdensrisico noemt en evenmin de methode waardoor de premie bij benadering kan worden vastgesteld. Verder is het artikel niet transparant in het uiteenzetten van het mechanisme waardoor de overlijdensrisicopremie hoger wordt, als de waarde van de participaties kleiner wordt (het hefboomeffect). Die duidelijkheid wordt ook niet verkregen als men weet dat de premie op de uitstaande participaties in mindering komt en evenmin als men weet dat bij onvoldoende participaties vanwege de kosten en de premies de verzekering kan vervallen. Daarnaast is hiervoor in hoofdstuk E geoordeeld dat NN op grond van artikel 2 lid 2 onder h RIAV 1994 en 1998 de afnemer afzonderlijk diende te informeren over de overlijdensrisicopremie. De omstandigheid dat een beding niet transparant is en/of dat de verzekeringnemer daarover onvoldoende is geïnformeerd dwingt echter niet zonder meer tot de conclusie dat er sprake is van een aanzienlijke verstoring van het contractuele evenwicht ten nadele van de consument. Zo ook hier niet. De verzekeringnemer moet immers hebben geweten dat hij (tevens) een overlijdensrisicoverzekering sloot en ook moet het hem duidelijk zijn geweest dat tegenover die dekking een risicopremie staat. Dat betekent dat NN ervan mocht uitgaan dat de afnemer met het beding akkoord was gegaan als daarover afzonderlijk op eerlijke en billijke wijze was onderhandeld. Daarmee veroorzaakt het beding geen aanzienlijke verstoring van het evenwicht ten nadele van de consument, zodat er geen reden is voor vernietiging voor zover het de overlijdensrisicopremie betreft.

24.4 Naast de overlijdensrisicopremie heeft NN door middel van artikel 3D lid 1 Voorwaarden onder de noemer administratie- en beheerkosten naar eigen zeggen zowel eerste kosten, als incassokosten als doorlopende kosten bij de verzekeringnemer in rekening gebracht. Het hof is van oordeel dat het beding dat beheer- en administratiekosten in rekening worden gebracht zeer summier is geformuleerd. Het is wellicht taalkundig en grammaticaal begrijpelijk, maar voor de consument is daaruit niet af te leiden welke kosten er al dan niet onder vallen en wat de omvang van de desbetreffende kosten bij benadering zou kunnen zijn. Daarbij is ook gelet op het feit dat NN de beheer- en administratiekosten zelf een containerbegrip noemt en er allerlei kosten in onderbrengt waaraan de consument niet aanstonds zal denken bij lezing van deze term. Ook de gevolgen van (de wijze van) het inhouden van de kosten voor het uiteindelijke rendement - voor de consument een wezenlijk deel van de overeenkomst (het mechanisme) - zijn uit het beding niet op te maken. Evenmin vallen voor een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument via de voorbeeldberekeningen de soort en omvang van de kosten te achterhalen, of de invloed van de (hoogte van de) kosten op het rendement van de beleggingsverzekering. Het beding is dus niet transparant.

24.5 Dit niet transparante beding moet wel worden aangemerkt als oneerlijk in de zin van artikel 3 van Richtlijn 93/13, omdat het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen ten nadele van de verzekeringnemer aanzienlijk verstoort. Tegenover de verplichting tot betaling van de vele, veelsoortige kosten voor de aan- en verkoop van participaties, voor marketing, voor het opstellen van de verzekeringsovereenkomst en de opname van de verzekering in de administratie, voor de afsluitprovisie van de assurantietussenpersoon, voor incasso en voor doorlopende provisie, krijgt de consument geen wezenlijke tegenprestatie. NN mocht er dan ook niet van uitgaan dat de verzekeringnemer met het beding akkoord was gegaan, als daarover afzonderlijk was

onderhandeld. Vanaf 1995 kwamen bij de Ombudsman klachten binnen over de omvang van de kosten en de onduidelijkheid daarover en niet aannemelijk is dat NN daarvan niet op de hoogte is geweest. Het moet voor NN duidelijk zijn geweest dat het rendement van zijn belegging voor de verzekeringnemer van wezenlijk belang was om de overeenkomst aan te gaan. Het was aan NN wèl duidelijk, maar aan de verzekeringnemer niet voldoende bekend dat de omvang van de kosten aanmerkelijke invloed had op het rendement van de verzekering. Onder die omstandigheden moet het beding als oneerlijk worden aangemerkt.

Het standpunt van NN dat het evenwicht niet is verstoord, omdat, als het beding wordt weggedacht, de kosten nog steeds zijn overeengekomen doordat zij deel uitmaken van de brutopremie en de nettovoorbeeldkapitalen, wordt verworpen. In hoofdstuk D is uiteengezet dat de kosten niet op deze wijze tot onderdeel van de overeenkomst zijn geworden.

24.6 Het hof is van oordeel dat bij de beoordeling van de oneerlijkheid van een beding niet aan de drie vereisten van NN/Van Leeuwen hoeft te worden getoetst, omdat het hier niet gaat om een aan het ongeschreven recht te ontleen informatieverplichting, maar om de vaststelling of een beding oneerlijk is.

24.7 Het voorgaande betekent dat het beding voor zover het de administratie- en beheerkosten betreft oneerlijk is in de zin van artikel 3 van Richtlijn 93/13 en daarmee onredelijk bezwarend in de zin van art. 6:233 onder a BW. Het beding zal dan ook overeenkomstig de vordering van de Vereniging worden vernietigd. Op grond van het arrest van het HvJ EU van 27 januari 2021 (gevoegde zaken C-229/19 en C-289/19) mag het vernietigde beding niet door nationale bepalingen van aanvullend recht worden vervangen.

Aangenomen mag worden dat hetzelfde gold voor de FVB-verzekeringen die vóór 1995 zijn gesloten. Vanaf 1993 gold afdeling 6.5.3 dat dezelfde doelstelling kende als de EG-richtlijn, namelijk "een eind maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen consumenten en verkopers" en zodanig leek op die richtlijn, dat implementatieregels niet of nauwelijks nodig werden geacht en zeker niet op centrale onderdelen. Vóór 1993 kan met behulp van de (beperkende) werking van de goede trouw voor individuele gevallen hetzelfde resultaat worden bereikt.

Artikel 14 lid 2

25.1 Artikel 14 lid 2 Voorwaarden betreft de berekening van de afkoopwaarde en de premievrije waarde indien de verzekering wordt afgekocht. De Vereniging betoogt dat ook deze bepaling onredelijk bezwarend en oneerlijk is.

De bepaling luidt als volgt:

2. De berekening van de afkoopwaarde en de premievrije waarde geschiedt volgens de bij de Maatschappij gebruikelijke regelen, waarbij voor de berekening van de afkoopwaarde zal worden uitgegaan van de per de dag volgend op de dag van ontvangst door de Maatschappij van het schriftelijke afkoopverzoek geldende verkoopprijs dan wel van de per de dag volgend op de door de verzekeringnemer gewenste afkoopdatum geldende verkoopprijs, mits deze datum later is gelegen dan de dag volgend op de dag van ontvangst door de Maatschappij van het afkoopverzoek.

25.2 De rechtbank heeft deze vordering afgewezen omdat het per individueel geval zal verschillen of en in hoeverre bij tussentijdse afkoop of premievrijmaking kosten en inhoudingen in mindering zijn gebracht. Niet kan worden gezegd dat artikel 14 lid 2 Voorwaarden in algemene zin oneerlijk is. Het tussentijds beëindigen van een overeenkomst die bedoeld was voor lange tijd te gelden mag in redelijkheid consequenties hebben voor de afwikkeling (en pleegt die ook te hebben) zonder dat dit, op zichzelf en zonder meer, oneerlijk is in de zin van Richtlijn 93/13, aldus de rechtbank.

25.3 Ook hiertegen richt de Vereniging grief 13. Zij wenst het beding vernietigd te zien omdat bij de berekening van de afkoopwaarde en de premievrije waarde forse bedragen aan nog niet in rekening gebrachte kosten in mindering worden gebracht. Zij beklemtoont dat het beding moet

worden beoordeeld op het moment dat de overeenkomst is gesloten. Daarom is niet van belang dat er wellicht geen afkoopkosten behoeven te worden betaald, omdat NN na het sluiten van de overeenkomst haar beleid heeft gewijzigd. Verder voert de Vereniging aan dat de afkoopkosten fors zijn. Daarnaast stelt zij, onder verwijzing naar een rapport van het PVK in 1998, dat de voorlichting door NN over de afkoopwaarde niet duidelijk was, omdat er onvoldoende gegevens werden gegeven om een berekening uit te voeren.

- 25.4 NN stelt voorop dat artikel 14 lid 2 Voorwaarden uitsluitend relevant is voor verzekeringen waarbij afkoop- en premievrijmaking tot de mogelijkheden behoort, tot afkoop is overgegaan en kosten zijn verrekend. Verder voert NN aan, onder verwijzing naar HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800, rov. 3.7.6 en 3.7.7, dat ook de wijze waarop uitvoering aan een beding wordt gegeven, van betekenis is voor de uitleg van het beding. Verder maakt volgens haar de grote diversiteit aan gevallen een algemene beoordeling in het kader van de collectieve actie onmogelijk en is de verzekeringnemer ook los van artikel 14 lid 2 Voorwaarden eerste kosten bij voortijdige afkoop en inhoudingen voor het overlijdensrisico bij premievrijmaking verschuldigd, evenals verkoopkosten bij beëindiging van de beleggingsovereenkomst (op grond van artikel 1 en 3A Voorwaarden). Het wegdenken van het beding leidt daarom niet tot de conclusie dat artikel 14 lid 2 Voorwaarden een (aanzienlijke) verstoring van het evenwicht in het contract meebrengt. Naar de destijds geldende normen heeft NN alle nodige informatie verschaft en daarom niet in strijd met de goede trouw gehandeld door opname van artikel 14 lid 2 Voorwaarden. In dat verband verwijst NN ook naar de informatie in het prospectus, onder het kopje 'Afkoop' (hiervoor in rov. 8.4 weergegeven). Het betoog van de Vereniging dat de kosten 'fors' zijn, voert tot een beoordeling van gelijkwaardigheid van prijs en prestatie, waarvoor geen ruimte is onder de Richtlijn en afdeling 6.5.3 BW, aldus NN.
- 25.5 Voor zover NN met het laatste argument wil stellen dat er sprake is van een kernbeding dan wel een beding dat de gelijkwaardigheid van prijs en tegenprestatie betreft als bedoeld in artikel 4 lid 2 van de Richtlijn 93/13, wordt dat argument verworpen. Het ter vernietiging voorgedragen beding betreft de berekening van de afkoopwaarde of de premievrije waarde in verband met de daarop in mindering gebrachte kosten. De bedingen zien daarmee op de berekeningswijze, dan wel op de in rekening te brengen kosten. Daarmee gaat het om een modaliteit van de prestatie, hoe wordt deze berekend, dan wel de bijkomende verplichting om kosten te betalen. De bedingen bepalen dus niet het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst als bedoeld in artikel 4 lid 2 Richtlijn 93/13 en betreffen evenmin de kern van de prestatie in de zin van artikel 6:231 sub a BW.
- 25.6. Het beding dient te voldoen aan het transparantievereiste, zoals dat is uiteengezet in rov. 23.7. Naar het oordeel van het hof behoeft het nauwelijks toelichting dat een beding waarin staat dat de berekening geschiedt 'volgens de bij de Maatschappij gebruikelijke regelen', waaruit dan moet volgen (zie de prospectus, geciteerd onder 8.4) dat men niet de overlijdensrisicopremie terugkrijgt en dat de nog niet afbetaalde eerste kosten in mindering worden gebracht bij de bepaling van de afkoopwaarde, niet duidelijk en begrijpelijk is. Het niet voldoen aan het transparantievereiste is een omstandigheid die meeweegt bij de vaststelling of het beding oneerlijk is en onredelijk bezwarend.
- 25.7 Zoals hiervoor al is gezegd, is een beding oneerlijk en daarmee onredelijk bezwarend als het 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.
- 25.8 Bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van het beding worden alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst in aanmerking genomen, en alle andere bedingen. Bepalend zijn alle omstandigheden waarvan de wederpartij van de consument op het moment van het sluiten van de overeenkomst kennis kon hebben en die gevolgen kunnen hebben voor de latere uitvoering van de overeenkomst. Dat betekent dat de Vereniging gelijk heeft dat na het sluiten van de overeenkomst opgekomen omstandigheden in beginsel niet van belang zijn voor de beoordeling of het beding oneerlijk is. Dat geldt met name voor de omstandigheid dat NN

uiteindelijk een tegemoetkomingsregeling heeft getroffen.

25.9 Dit beding betekent dat eerste kosten in rekening worden gebracht op een zodanige wijze, namelijk in de eerste opbouwjaren, dat bij voortijdige beëindiging in de eerste tien jaar minder wordt uitgekeerd dan aan premie is betaald (afm-feitenonderzoek-deel 1, blz. 42). Het beding is daarmee oneerlijk omdat de economische gevolgen niet duidelijk zijn.

Aangenomen mag worden dat de verzekeraar daarvan op de hoogte was en er niet van kon uitgaan dat de consument het beding, met deze uitwerking, zou aanvaarden als daarover op eerlijke en billijke wijze afzonderlijk was onderhandeld. Anders dan NN stelt, zouden bij het ontbreken van het beding de eerste kosten niet op grond van de overeenkomst in rekening kunnen worden gebracht. Hiervoor, in hoofdstuk D, is immers geoordeeld dat in de tot 2004 gesloten overeenkomsten deze bedingen geen onderdeel van de overeenkomst zijn geworden. Ook via de prospectussen is het in rekening brengen van de kosten niet overeengekomen, omdat de prospectussen op allerlei verzekeringen en van allerlei maatschappijen betrekking hebben, zodat door het enkele overhandigen van een prospectus niet voor de consument duidelijk kon zijn dat de, op zichzelf wel duidelijke bewoordingen van het prospectus, op zijn situatie van toepassing waren.

25.10 NN heeft niet betwist dat pas vanaf 31 december 2003 in de offertes wordt vermeld dat bij vroegtijdige beëindiging de eerste kosten in rekening worden gebracht. De vordering tot vernietiging van de algemene voorwaarde kan dus worden toegewezen voor alle voor 31 december 2003 gesloten overeenkomsten.

Conclusie

26.1 De slotsom is dat beide bedingen moeten worden vernietigd, artikel 3D lid 1 Voorwaarden echter alleen wat betreft het beding dat administratie- en beheerkosten in rekening worden gebracht. De vorderingen onder XXI, XXII, XXIII en XXIV, de laatste twee voor de periode tot 31 december 2003, zijn dan ook toewijsbaar.

H. Proceskosten en buitengerechtelijke kosten

27.1 In grief 15 vordert de Vereniging veroordeling van NN tot betaling van de proceskosten in eerste aanleg en in hoger beroep, alsmede vergoeding van de kosten die zij heeft gemaakt voor de inschakelijking van deskundigen, waaronder de heer Plantenga.

27.2 De beoordeling van deze grief zal worden aangehouden tot na de bewijslevering.

I. Slotsom

28.1 Hiervoor is geoordeeld dat grief 1 faalt en dat de grieven 2 en 3 deels slagen (hoofdstuk B). Ook grief 4 slaagt deels, maar grief 10 faalt grotendeels (hoofdstuk D). Grief 5 en grief 11 slagen, grief 6 en 12 slagen deels (hoofdstuk E). Grief 7 en grief 8 falen en grief 9 slaagt (hoofdstuk F). Grief 13 slaagt grotendeels (hoofdstuk G).

28.2 Grief 14 heeft geleid tot een bewijsopdracht. NN mag in het kader van het verwijt dat sprake was van churning (tegen)bewijs leveren dat de wijze van de verrekenen van kosten met het oog op de belangen van de consument gerechtvaardigd was. Beoordeling van grief 15 is aangehouden.

28.3 Het hof acht het doelmatig tussentijds cassatieberoep open te stellen tegen dit tussenarrest.

28.4 Iedere verdere beslissing wordt aangehouden..

3 Beslissing

Het hof:

- laat NN toe tot het in rov. 28.2 genoemde (tegen)bewijs;
- bepaalt, voor het geval NN bewijs door getuigen wil leveren, dat getuigen zullen worden gehoord ten overstaan van mr. J.M. van der Klooster als raadsheer-commissaris, die daartoe zitting zal houden in het Paleis van Justitie, Prins Clauslaan 60 in Den Haag op een door deze te bepalen datum;
- verwijst de zaak naar de rol van 14 november 2023 voor opgave van het aantal getuigen en van de verhinderdata van partijen zelf, hun advocaten en de getuige(n) in de periode van 4 tot 12 weken nadien;
- bepaalt dat na genoemde roldatum dag en uur van het getuigenverhoor zullen worden vast gesteld door de raadsheer-commissaris;
- bepaalt dat de advocaat van NN ten minste zeven dagen voor het verhoor de namen en woonplaatsen van de te horen getuigen zal opgeven aan de wederpartij en aan de civiele griffie;
- bepaalt dat tegen dit arrest tussentijds beroep in cassatie kan worden ingesteld;
- houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.M. Olthof, A.J.M.E. Arpeau en J.M. van der Klooster en is door J.M. van der Klooster uitgesproken ter openbare terechtzitting van 26 september 2023 in aanwezigheid van de griffier.