



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Precontractuele informatieverplichtingen bij beleggingsverzekeringen en de invloed van de Richtlijn oneerlijke bedingen

Kalkman, W.M.A.

**Publication date**

2018

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Verzekerings-Archief

**License**

Unspecified

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Kalkman, W. M. A. (2018). Precontractuele informatieverplichtingen bij beleggingsverzekeringen en de invloed van de Richtlijn oneerlijke bedingen. *Verzekerings-Archief*, 95(2), 78-91. [9].

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

# Precontractuele informatie- verplichtingen bij beleggings- verzekeringen en de invloed van de Richtlijn oneerlijke bedingen

## 9

De wetgever werkt al decennia aan voorschriften voor het duidelijk en begrijpelijk informeren van polishouders over van beleggingsresultaten afhankelijke verzekeringsuitkeringen, steeds na consultatie van maatschappelijke groeperingen. Tot 2008 is hierbij telkenmale gekozen voor een systematiek waarbij in de vorm van netto voorbeeldkapitalen de uitkering bij verschillende rendementen wordt weergegeven, waardoor het *effect* van de in de bruto premie geïntegreerde kosten en inhoudingen op het rendement en de uitkering inzichtelijk wordt gemaakt, zonder dat deze kosten en inhoudingen zelf (behoefden te) worden weergegeven. De maatschappelijke opvatting van destijds was dat met die systematiek de polishouder een verantwoorde keuze kon maken. In deze bijdrage wordt ingegaan op de verhouding tussen de Europese Levensverzekeringsrichtlijnen, de implementatie daarvan in de Nederlandse wetgeving, de bewuste keuzen van de Nederlandse regelgever ten aanzien van de precontractuele informatieverstrekking bij beleggingsverzekeringen en de Richtlijn oneerlijke bedingen. De auteur onderzoekt daarbij de vraag of en hoe bepalingen in polisvoorwaarden die betrekking hebben op kosten en inhoudingen (als geïntegreerd onderdeel van de bruto premie en de verzekerde uitkering) getoetst kunnen worden aan de Richtlijn oneerlijke bedingen.

### Noten

1. Hoofd Legal & Compliance Nationale-Nederlanden Levensverzekering Maatschappij N.V./NN Advocaten en hoogleraar verzekeringsrecht Universiteit van Amsterdam.
2. Zie art 31 en Bijlage II Richtlijn 92/96/EEG van de Raad van 10 november 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe levensverzekeringsbedrijf en tot wijziging van de Richtlijnen 79/267/EEG en 90/619/EEG (Derde Levensrichtlijn), *PbEG* 9 december 1992, L. 360; art. 36 en Bijlage III van de Richtlijn 2002/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 november 2002 betreffende levensverzekering, *PbEG* 19 december 2002, L. 345/1 e.v.; zie art. 185 van de Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II), *PbEG* 17 december 2009, L. 335/1 e.v.

### 1. Inleiding

De precontractuele informatieverplichtingen waaraan levensverzekeraars bij het aanbieden van beleggingsverzekeringen moesten voldoen, vloeiden voort uit de Europese Levensverzekeringsrichtlijnen.<sup>2</sup> Deze Europese regelgeving en de daarop vanaf 1 juli 1994 gebaseerde Nederlandse wet- en regelgeving en zelfregulering door de branche, zijn gebaseerd op duidelijke – en vooral – bewuste keuzen over de informatie die wel en de informatie die niet hoefde te worden verstrekt. Dit geldt met name voor (aanvullende) precontractuele informatie over de kosten en inhoudingen als geïntegreerd onderdeel van de *bruto premie* en de *verzekerde uitkering*. Duidelijke en begrijpelijke consumenteninformatie en consumentenbescherming stonden aan

de basis van deze keuzen.<sup>3</sup>

Duidelijke en begrijpelijke consumenteninformatie en consumentenbescherming liggen ook ten grondslag aan de Europese Richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna te noemen: *Richtlijn oneerlijke bedingen*).<sup>4</sup> In deze bijdrage ga ik in op de verhouding tussen de Europese Levensverzekeringsrichtlijnen en de Richtlijn oneerlijke bedingen. Hierbij ga ik in het bijzonder in op de relevantie van de op de Levensverzekeringsrichtlijnen gebaseerde Nederlandse wet- en regelgeving en zelfregulering, voor de vraag of en zo ja, hoe bepalingen in polisvoorwaarden die betrekking hebben op kosten en inhoudingen als geïntegreerd onderdeel van de *bruto premie* en de *verzekerde uitkering* aan het criterium *oneerlijk* uit de Richtlijn oneerlijke bedingen kunnen worden getoetst.

Ten aanzien van de Europese Levensverzekeringsrichtlijnen, neem ik de *Derde Levensrichtlijn*<sup>5</sup> tot uitgangspunt, aangezien die de basis heeft gelegd voor de geharmoniseerde Europese (pre)contractuele informatievoorschriften. De Nederlandse implementatiewet- en regelgeving ter uitvoering van de Europese voorschriften omtrent de (pre)contractuele informatieverstrekking is op die richtlijn gebaseerd.

## 2. De beleggingsverzekering als levensverzekering

Voordat ik inga op de (pre)contractuele informatieverplichtingen en de Richtlijn oneerlijke bedingen, is het noodzakelijk een opmerking te maken over de kwalificatie van de beleggingsverzekering.

Daartoe is aanleiding omdat het Hof Den Bosch in zijn – in meer dan één opzicht – opmerkelijke en inmiddels veelbesproken arrest van 2 mei 2017<sup>6</sup> een beleggingsverzekering van ASR construeert als een ‘samengestelde overeenkomst’, bestaande uit een verzekering (dekking van het overlijdensrisico) en een opdracht tot het verlenen van beleggingsdiensten (vermogensbeheer).<sup>7</sup> De bepalingen inzake de kosten als geïntegreerd onderdeel van de bruto premie in de toepasselijke polisvoorwaarden beschouwt het Hof – als onderdeel van de overeenkomst van opdracht – als aparte vaststellingsovereenkomsten in de zin van art. 7:900 BW. Die vaststellingsovereenkomsten zouden erin bestaan dat de consument aan ASR de opdracht geeft om de concrete hoogte van de kosten die ASR inhoudt of verrekent, periodiek vast te stellen.<sup>8</sup> Daargelaten dat de kwalificatie van vaststellingsovereenkomst ten aanzien van bepalingen in de polisvoorwaarden die betrekking hebben op kosten die een geïntegreerd onderdeel vormen van de bruto premie onjuist is<sup>9</sup>, is de weergegeven duiding als een ‘samengestelde’ overeenkomst een feitelijke en juridische misvatting.<sup>10</sup> De gehele verdere argumentatie van het oordeel van het Hof Den Bosch is hierop gebaseerd, waarbij ook nog eens bewust de op het Unierecht gebaseerde geharmoniseerde informatieverplichtingen buiten beschouwing worden gelaten.

Voor een goede juridische duiding van de problematiek is daarom van belang goed in ogenschouw te nemen wat het juridisch karakter is van een beleggingsverzekering.

Een beleggingsverzekering is een benoemde overeenkomst, te weten een verzekeringsovereenkomst en meer in het bijzonder een overeenkomst van levensverzekering in de zin van art. 7:975 jo. 7:964 jo. 7:925 BW. Ook in het Unierecht wordt de beleggingsverzekering beschouwd als een verze-

3. Zie bijvoorbeeld de algemene toelichting bij de Regeling informatieverstrekking aan verzekeringnemers 1998, *Stcr.* 1998, nr. 134, p. 8: ‘De Regeling informatieverstrekking is een belangrijk instrument bij het bevorderen van de consumentenbescherming en de transparantie van de verzekeringsmarkt. Uitgangspunt van de regeling is, dat de consument moet beschikken over de informatie die nodig is om die overeenkomst te kunnen kiezen die het beste bij zijn behoeften past. Rekening houdend met een marktomgeving die gekenmerkt wordt door toenemende variatie in verzekeringsproducten wordt het van belang geacht dat de informatie die gegeven wordt aan (potentiële) verzekeringnemers zo volledig, overzichtelijk en vergelijkbaar mogelijk is. Informatieverstrekking die voldoet aan deze criteria stelt de consument in staat een goed inzicht te krijgen in alle relevante dimensies van een verzekeringsproduct en het te vergelijken met concurrerende producten. [...]’
4. Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PbEG* 21 april 1993, L 095.
5. Richtlijn 92/96/EEG van de Raad van 10 november 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe levensverzekeringsbedrijf en tot wijziging van de Richtlijnen 79/267/EEG en 90/619/EEG (Derde Levensrichtlijn), *PbEG* 9 december 1992, L 360.
6. Hof Den Bosch 2 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1875, JOR 2017/198 m.nt. C.W.M. Lieveise, PJ 2017/129 m.nt. W.M.A. Kalkman. Zie over dit arrest ook C.M.D.S. Pavillon, *Woekeren met de Richtlijn oneerlijke bedingen*, Beschouwingen naar aanleiding van Hof’s-Hertogenbosch 2 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:185, *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2018, p. 83-92.
7. Zie r.o. 7.8. aanhef en onder A tot en met G van het arrest.
8. Zie r.o. 7.14.
9. In deze zin ook C.M.D.S. Pavillon, *Woekeren met de Richtlijn oneerlijke bedingen*, [...], *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2018, p. 86, die voor de toetsing aan het oneerlijkheidscriterium/de onredelijk-bezwarend-norm de (onjuiste) kwalificatie van bedingen als vaststellingsovereenkomsten van weinig belang acht. Van betekenis zijn volgens haar de aan die kwalificatie ten grondslag liggende omstandigheden. Die ‘omstandigheden’ zijn evenwel sterk verweven met de onjuiste kwalificaties. Als voorbeeld kan dienen dat Pavillon de niet-nagekomen fiduciaire verplichting van de verzekeraar relevant acht, terwijl die omstandigheid alleen maar kan spelen bij het verlenen van beleggingsdiensten door een vermogensbeheerder, en daarvan is geen sprake bij het aanbieden van beleggingsverzekeringen. Verder bepaalt de kwalificatie van het beding ook de ruimte voor toetsing, zeker ook als het beding (de gelijkwaardigheid van) de prijs en de prestatie direct beïnvloedt, zoals dat het geval is bij bepalingen over kosten als geïntegreerd onderdeel van de bruto premie. De kwalificatie van het beding is dan ook zeker relevant.
10. C.W.M. Lieveise is deze mening ook toegegaan in haar annotatie van HvJ EU 31 mei 2018, C-542/16, ECLI:EU:C:2018:369 (Länsförsäkringar Sak Försäkringsaktiebolag), JOR 2018/180.

keringsovereenkomst respectievelijk een overeenkomst van levensverzekering.<sup>11</sup> Volgens vaste jurisprudentie van het HvJ EU is kenmerkend voor een verzekeringsovereenkomst dat de verzekeraar zich tegen voorafgaande betaling van een *premie* ertoe verbindt de begunstigde bij het intreden van het verzekerde risico de *uitkering* te geven die bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst is overeengekomen.<sup>12</sup> Voor een beleggingsverzekering is dit niet anders. De verzekeringnemer betaalt een premie, waartegenover de verzekeraar zich verbindt op een in de polis bepaald tijdstip een of meer verzekerde uitkeringen te doen. In tegenstelling tot een nominaal verzekerd kapitaal, is de omvang van de uitkering bij een beleggingsverzekering afhankelijk van de ontwikkeling van aan de verzekering gekoppelde beleggingsfondsen. Door het HvJ EU is in 2012 al beslist dat de beleggingsverzekering *uitsluitend* een overeenkomst van levensverzekering is en géén andersoortige overeenkomst of een combinatie van overeenkomsten (in de vorm van een samengestelde overeenkomst).<sup>13</sup> Het HvJ EU heeft dit uitgangspunt in 2018 nogmaals bevestigd.<sup>14</sup> Wat onder het begrip verzekeringsovereenkomst, overeenkomst van

levensverzekering en meer in het bijzonder overeenkomst van beleggingsverzekering wordt verstaan, zal de Nederlandse rechter moeten uitleggen conform de relevante Unierechtelijke harmonisatiewetgeving en de uitleg daarvan door het HvJ EU.<sup>15</sup> Zoals verwoord in het recente *Länsförsäkringar*-arrest, eisen de eenvormige toepassing van het Unierecht en het gelijkheidsbeginsel, dat de draagwijdte van de term *verzekeringsovereenkomst* 'in de hele Europese Unie autonoom en uniform wordt uitgelegd' (rov. 49). Deze uitleg houdt volgens het HvJ EU in: *'[...] dat het volgens een algemeen aanvaarde opvatting kenmerkend is voor verzekeringstransacties dat de verzekeraar zich tegen voorafgaande betaling van een premie ertoe verbindt de verzekerde bij het intreden van het verzekerde risico de uitkering te verstrekken die bij het sluiten van de overeenkomst is overeengekomen [...]'* (rov. 50)

Gelet op deze uitleg:

*'[...] moet derhalve bij deze overeenkomst zijn bepaald dat de verzekerde een premie betaalt en dat de verzekeraar als tegenprestatie voor deze betaling een uitkering verstrekt wanneer de verzekerde overlijdt of zich een andere in die overeenkomst genoemde gebeurtenis voordeet.'* (rov. 51)

Het vorenstaande maakt duidelijk, dat op grond van Europees recht voor wilsovereenstemming over een beleggingsverzekering de premie en de uitkering beslissend zijn, welke premie en uitkering dus mede de daarin verwerkte kosten en inhoudingen omvatten.

Voor een verzekeringsovereenkomst, en dus ook voor een beleggingsverzekering, geldt op grond van art. 7:925 BW dat de verzekeraar zich *tegen het genot van premie* jegens de verzekeringnemer *verbindt tot het doen van een of meer uitkeringen*, waarbij geldt dat bij het sluiten van de overeenkomst voor partijen geen zekerheid bestaat of, wanneer en tot welk bedrag een uitkering zal moeten worden gedaan. De onzekerheid of, wanneer en tot welk bedrag een uitkering zal moeten worden gedaan, betreft het leven of de dood van de verzekerde persoon (art. 7:975 BW).

Net zoals bij elk ander type verzekering betaalt de verzekeringnemer aan de verzekeraar één bedrag: de bruto premie.<sup>16</sup> Vanzelfsprekend wordt, net zoals bij elk ander type verzekering, de hoogte van de bruto premie mede bepaald door de kosten en inhoudingen die gemoeid zijn met de uitvoering van de uitkeringsverplichtingen die voor de verzekeraar voortvloeien uit de verzekeringsovereenkomst. In het geval van een beleggingsverzekering wordt blijkens de polisvoorwaarden de bruto premie door de verzekeraar aangewend voor de verschillende handelingen die nodig zijn voor de uitvoering van die verzekeringsovereenkomst, zoals (i) voor de aankoop van participaties in een beleggingsinstelling, (ii) voor de dekking van het overlijdensrisico en (iii) voor de verrekening van kosten, waaronder de provisie die de verzekeraar moet betalen aan de door de verzekeringnemer ingeschakelde assurantietussenper-

11. In de bijlage bij de Eerste Levensrichtlijn (79/267/EEG) wordt onder III gesproken van verzekeringen [...] welke verbonden zijn met beleggingsfondsen. In bijlage I van de Richtlijn Levensverzekering 2002 (Richtlijn 2002/83/EG) en in bijlage II (Levensverzekeringsbranches) van Richtlijn Solvabiliteit II (Richtlijn 2009/138/EG) wordt onder III gesproken van de branche: 'Levensverzekeringsactiviteiten [...] welke verbonden zijn met beleggingsfondsen'. In art. 107 lid 2 van de Richtlijn Solvabiliteit II wordt gesproken over: 'levensverzekeringsovereenkomsten waarbij het beleggingsrisico wordt gedragen door de verzekeringnemers'. Op grond van art. 2:27 lid 2 Wft jo. Bijlage Branches onder 3 (levensverzekeringen verbonden met beleggingsfondsen) Wft geldt de beleggingsverzekering als een overeenkomst van levensverzekering.
12. HvJ EU 31 mei 2018, C-542/16, ECLI:EU:C:2018:369 (*Länsförsäkringar Sak Försäkringsaktiebolag*) punt 50, JOR 2018/180 m.nt. C.W.M. Lieverse; HvJ EU 23 april 2015, C-96/14, ECLI:EU:2015:262 (Van Hove/CNP Assurances SA), punt 34; HvJ EU 26 maart 2015, C-556/13, ECLI:EU:C:2015:202 (Litaksa UAB/BTA Insurance Company SE), punt 28; HvJ EU 7 december 2006, C-13/06, ECLI:EU:C:2006:765 (Commissie/Griekenland), punt 10; HvJ EU 8 maart 2001, C-240/99, ECLI:EU:C:2001:140 (Skandia), punt 37; HvJ EU 25 februari 1999, C-349/96, EU:C:1999:93 (CPP), punt 17.
13. Zie in dit verband HvJ EU 1 maart 2012, C-166/11, ECLI:EU:C:2012:119 (Alonso/Nationale Nederlanden Vida Cia De Seguros y Reaseguros SAE) en mijn annotatie bij Hof Den Bosch 2 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:7072, PJ 2017/129, par. 3.
14. HvJ EU 31 mei 2018, C-542/16, ECLI:EU:C:2018:369 (*Länsförsäkringar Sak Försäkringsaktiebolag*), JOR 2018/180 m.nt. C.W.M. Lieverse.
15. HvJ EU 31 mei 2018, C-542/16, ECLI:EU:C:2018:369 (*Länsförsäkringar Sak Försäkringsaktiebolag*) punt 49, JOR 2018/180 m.nt. C.W.M. Lieverse.
16. Dit kan anders zijn indien *naast* de bruto premie op basis van contractuele afspraken bij de verzekeringnemer afzonderlijk kosten in rekening worden gebracht. Hierbij kan gedacht worden aan kosten die tijdens de looptijd van de verzekering door de verzekeringnemer verschuldigd zijn voor het switchen van beleggingsfondsen.

soon. Deze kosten en inhoudingen worden door de verzekeraar niet afzonderlijk in rekening gebracht bij de verzekeringnemer, maar zijn – evenals bij andere verzekeringen – begrepen in de bruto premie. De verzekeringnemer is aan de verzekeraar alléén de bruto premie verschuldigd. Het bedrag van die bruto premie is expliciet overeengekomen tussen verzekeringnemer en verzekeraar.

De kosten en inhoudingen die een geïntegreerd onderdeel zijn van de bruto premie hebben in de verhouding verzekeringnemer-verzekeraar geen zelfstandige juridische relevantie in die zin dat daarover (apart) wilsovereenstemming zou moeten bestaan. De bruto premie wordt door de verzekeraar gebruikt voor kosten, overlijdensrisicodekking en belegging in fondsen, volgens de interne (vaste) rekensystematiek – het tarief volgens de binnen het bedrijf van de verzekeraar geldende formularia – die ten grondslag ligt aan de berekening van de uitkeringen zoals die in de offerte zijn gepresenteerd in de vorm van voorbeeldkapitalen. Met deze voorbeeldkapitalen worden de overeengekomen uitkeringsverplichtingen jegens de verzekeringnemer en/of de begunstigde inzichtelijk gemaakt. De bepalingen in de polisvoorwaarden over kosten leggen dus geen verplichtingen op aan de verzekeringnemer. Ze beogen niets anders te doen dan nader uit te leggen wat reeds besloten ligt in de in de offerte gepresenteerde premie en uitkering toegelicht via voorbeeldkapitalen op basis van de daaraan ten grondslag liggende rekensystematiek. Die rekensystematiek wordt tijdens de looptijd van de verzekering intern toegepast om de daadwerkelijke waardeopbouw en uitkering te kunnen bepalen. Gezien de aard en kenmerken van de beleggingsverzekering als *verzekeringsovereenkomst* ligt – als uitgangspunt – de contractuele grondslag voor het verrekenen van kosten en inhoudingen overeenkomstig de intern geldende rekensystematiek besloten in de wilsovereenstemming tussen verzekeringnemer en verzekeraar over de bruto premie en de uitkering zoals toelicht met voorbeeldkapitalen. Vindt de verzekeringnemer die premie in verhouding tot de verwachte uitkering te hoog, dan zal hij kiezen voor een verzekering van een andere verzekeraar met een lagere premie. Dit uitgangspunt geldt voor ieder type verzekeringsovereenkomst.

De te betalen bruto premie is de prijs voor de verzekerde dekking: een beleggingsverzekering keert uit bij overlijden of in leven zijn van de verzekerde.<sup>17</sup> Is aan de voorwaarden voor uitkering voldaan, dan is de verzekeraar jegens de verzekeringnemer gehouden tot een uitkering in euro's. In het geval van een beleggingsverzekering is de hoogte van de uitkering (sverplichting van de verzekeraar) (mede) gereleerd aan de waarde van participaties in een beleggingsinstelling, die de verzekeraar op eigen naam aanhoudt. De verzekeringnemer neemt dus niet zelf rechtstreeks deel in een beleggingsinstelling, maar de uitkering is wel (mede) afhankelijk van de waarde van de participaties. Het recht op de uitkering komt toe aan de begunstigde (art. 7:965 BW jo. art. 7:969 BW). De begunstigde kan de verzekeringnemer zijn of een derde, bijvoorbeeld een nabestaande.

### 3. De betekenis van de Derde Levensrichtlijn en de (pre)contractuele informatieverstrekking

Voor een beter begrip van het Nederlands regelgevend kader met betrekking tot de (pre)contractuele informatieverstrekking door verzekeraars aan verzekeringnemers over (i) de bruto premie die door de verzekeraar bij de verzekeringnemer in rekening wordt gebracht, (ii) de kosten en inhoudingen die geïntegreerd onderdeel uitmaken van de bruto premie en (iii) de kosten die náást de bruto premie door de verzekeraar bij de verzekeringnemer in rekening worden gebracht, is inzicht in het Unierecht van belang. De in deze bijdrage tot uitgangspunt genomen Derde Levensrichtlijn *harmoniseert* binnen de Europese Unie de (pre)contractuele informatieverstrekking aan verzekeringnemers. In art. 31 lid 1 en 2 en bijlage II van de Derde Levensrichtlijn wordt bepaald welke door verzekeraars te verstrekken (pre)contractuele informatie lidstaten in ieder geval verplicht moeten stellen in hun wetgeving. Uitgangspunt is dat de verzekeringnemer daarmee is geïnformeerd over de wezenlijke bestanddelen van de overeenkomst. Die informatie stelt de aspirant-verzekeringnemer in staat een goed geïnformeerde keuze te maken tussen de verzekeringen van verschillende verzekeraars binnen de EU. De Uniewetgever trad daarmee niet alleen op ten behoeve van de verwezenlijking van de interne markt in belang van verzekeraar *en* verzekeringnemer, maar uitdrukkelijk ook ter bescherming van de consument.<sup>18</sup> Naast deze verplicht gestelde informatie *kunnen* lidstaten verzekeraars op grond van art. 31 lid 3 van de Derde Levensrichtlijn verplichten aanvullende informatie te verstrekken. Deze mogelijkheid om verzekeraars te verplichten aanvullende informatie te verstrekken is echter sterk geclausuleerd: het mag niet, tenzij is voldaan aan de voorwaarden van de Derde Levensrichtlijn (zo nodig nader uit te leggen door het HvJ EU). In art. 31 lid 1 jo. Bijlage II van de Derde Levensrichtlijn is *geen* voorschrift opgenomen met betrekking tot het verstrekken van informatie over kosten en inhoudingen die een geïntegreerd onderdeel zijn van de bruto premie. Dit werd dus niet gezien als een wezenlijk bestanddeel van de verzekeringsovereenkomst waarover afzonderlijk precontractuele informatie moest worden verstrekt en waarop de wilsovereenstemming gericht diende te zijn. Aangezien er geen specifieke verplichting tot het verstrekken van informatie over kosten en inhoudingen is opgenomen in de Derde Levensrichtlijn, kon een dergelijke informatieverplichting door een lidstaat slechts op grond van art. 31 lid 3

17. Zie a.10 van Bijlage II van Richtlijn 92/96 EEG van 10 november 1992, *PbEG* 9 december 1992, L360: hierna te noemen 'Derde Levensrichtlijn' en van art. 2 lid 2 sub h Regeling informatieverstrekking aan verzekeringnemers 1994/1998.

18. Zie o.m. de punten 19 en 23 van het arrest NN/van Leeuwen, HvJ EU 29 april 2015, C-51/13, ECLI:EU:C:2015:286 met verwijzingen naar de considerans van de Derde Levensrichtlijn.



van de Derde Levensrichtlijn worden aangenomen en neergelegd in nationale implementatiewetgeving. De voorwaarden die daarvoor gelden, komen hierna verder onder paragraaf 4 aan bod.

In het juridisch debat in Nederland wordt door verschillende auteurs de Derde Levensrichtlijn en de daarop gebaseerde implementatieregelgeving als 'publiekrechtelijk' aangeduid, hetgeen betekenis zou hebben voor de 'privaatrechtelijke' gevolgen daarvan.<sup>19</sup> Deze benadering gaat eraan voorbij dat op Europees niveau geen onderscheid wordt gemaakt tussen publiekrecht en privaatrecht. De Uniewetgever treedt op via richtlijnen of verordeningen wanneer in de Europese verdragen een rechtsgrondslag bestaat om voor een bepaald onderwerp wetgevend op te treden. Het kwalificeren van Europese wetgeving als publiek of privaat is zinloos en vormt een miskening van het Europeesrechtelijke kader. Hoogstens kan worden gesteld dat, zoals dat ook in de lidstaten het geval is, sommige maatregelen meer gericht zijn op de relatie tussen dienstontvangers/dienstverleners en de overheid inclusief toezichthouders, en dat andere maatregelen meer gericht zijn op de (horizontale) relatie tussen de dienstverleners

en dienstontvangers onderling. Vaak bevatten richtlijnen echter ook een combinatie van beide type regels.

Overigens geldt vanuit dit perspectief dat de bepalingen over precontractuele informatieverplichtingen uit de Derde Levensrichtlijn in de laatste categorie vallen (vooral gericht op de (horizontale) relatie tussen de dienstverlener en dienstontvanger onderling) en derhalve inhoudelijk dicht aanleunen tegen de bepalingen van de Richtlijn oneerlijke bedingen. Ook de Europese Commissie huldigde als ontwerper van deze richtlijnen eerder al dit standpunt in relatie tot de informatievoorschriften in art. 31 en Bijlage II van de Derde Levensrichtlijn.<sup>20</sup> De Europese Commissie kwalificeert deze informatievoorschriften ook als bepalingen van 'consumentenbescherming'.<sup>21</sup> Afgezien van de kwalificatie van de EU richtlijnen zelf, is het ook niet zinvol om bij de implementatie in Nederland een onderscheid te maken tussen publiekrecht of privaatrecht. Wat de ene lidstaat in privaatrechtelijke regelgeving vastlegt, kan een andere lidstaat door middel van het publiekrecht reguleren, uiteraard voor zover het Unierecht deze keuzes aan de lidstaten laat.<sup>22</sup> Ten aanzien van deze keuze staat de Unie neutraal, als maar wordt voldaan aan de eisen die gelden voor de implementatie.

De kwalificatie dat de precontractuele informatievoorschriften (alleen) 'publiekrechtelijke' regelgeving behelst, is tegen de achtergrond van het voorgaande onjuist, zowel op Europees als op nationaal niveau. Ook de toelichting van de minister bij de implementatieregelgeving ter uitvoering van de Derde Levensrichtlijn, de Regeling informatieverstrekking aan verzekeringnemers (hierna te noemen: *Regeling informatieverstrekking*)<sup>23</sup>, spreekt dit tegen waar hij zegt dat de Regeling informatieverstrekking ziet op '*de (pre)contractuele verhouding tussen verzekeraar en verzekeringnemer*'.

#### 4. De strikte criteria van het HvJ EU voor aanvullende informatievoorschriften

Of – naast de reeds geharmoniseerde precontractuele informatievoorschriften – nog ruimte is voor aanvullende nationale informatievoorschriften, wordt geregeld door art. 31 lid 3 van de Derde Levensrichtlijn.<sup>24</sup>

In de uitspraak van het HvJ EU in de zaak *Nationale-Nederlanden/Van Leeuwen*<sup>25</sup>, heeft het HvJ EU zich uitgelaten over de specifieke voorwaarden die gelden wanneer lidstaten gebruik willen maken van de mogelijkheid om aanvullende informatieverplichtingen in de zin van artikel 31 lid 3 van de Derde Levensrichtlijn vast te stellen. Het HvJ EU heeft overwogen dat iedere lidstaat '*afhankelijk van de kenmerken van zijn rechtsorde en de specifieke situatie waarvoor hij regels wenst uit te vaardigen*' op zich de vrijheid heeft *de rechtsgrondslag* van de verplichting tot het verstrekken van aanvullende (pre)contractuele informatie te bepalen, mits de voorgeschreven (pre)contractuele verplichtingen voldoen aan de – reeds in het arrest van het HvJ EU in de zaak *AXA/Ochoa*<sup>26</sup> geformuleerde

19. M.W. Wallinga en O.O. Cherednychenko, *Nationale-Nederlanden/Van Leeuwen: was de uitspraak het wachten waard?*, *NTBR* 2016/3; M.W. Wallinga en A.C.W. Pijls, *De wisselwerking tussen Europees financieel toezichtrecht en nationaal privaatrecht*, *RM Themis* 2018, p. 16; A.G.F. Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht: ook financieel toezichtrecht?*, *Maandblad voor Vermogensrecht*, 2018, p. 97; C.M.D.S. Pavillon, *Woekeren met de Richtlijn oneerlijke bedingen*, [...] *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2018, p. 89.

20. Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over Europees Verbintissenrecht, Brussel 11 juli 2001, COM(2001) 398 definitief, p. 38-40 en 59-61; Zie ook Hoofdstuk 4 'Overeenkomstenrecht en verzekeringsvoorwaarden' van Richtlijn 2002/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 november 2002 betreffende levensverzekering, *PbEG* 19 december 2002, L 345/1.

21. Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over Europees Verbintissenrecht, Brussel 11 juli 2001, COM(2001) 398 definitief, p. 60.

22. W.M.A. Kalkman, 'Nationale-Nederlanden/Van Leeuwen: was de uitspraak het wachten waard?' – een reactie, *NTBR* 2016/27; L.Y.M. Parret en W.M.A. Kalkman, *Reactie op 'De invloed van het Europees financieel toezichtrecht op het Nederlands privaatrecht'* van prof. mr. D. Busch in *WPNR* 2017 (7175), *WPNR* 2018 (7192), p. 370-374.

23. Het gaat hierbij om de Regeling informatievoorziening aan verzekeringnemers 1994, *Stcrt.* 1994, nr. 97, p. 18-19 en de Regeling informatieverstrekking aan verzekeringnemers 1998, *Stcrt.* 1998, nr. 134, p. 8.

24. Art. 31 lid 3 bepaalt: 'De Lid-Staat van de verbintenis mag van de verzekeringsonderneming 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.'

25. HvJ EU van 29 april 2015, C-51/13, ECLI:EU:C:2015:286 (*Nationale-Nederlanden/Van Leeuwen*).

26. HvJ EG van 5 maart 2002, C-386/00, ECLI:EU:C:2002:136 (*AXA/Ochoa*).

leerde – vereisten dat deze (aanvullende) informatieverplichtingen: (i) noodzakelijk zijn voor een goed begrip van de wezenlijke bestanddelen van de aan de verzekeringnemer aangeboden verzekering en (ii) duidelijk en nauwkeurig zijn. In het Nationale-Nederlanden/Van Leeuwen arrest heeft het HvJ EU hieraan expliciet de eis toegevoegd, dat deze (aanvullende) informatieverplichtingen (iii) een toereikend niveau van rechtszekerheid voor de verzekeraar waarborgen, in die zin dat de (duidelijke en nauwkeurige) rechtsregels voorzienbare gevolgen hebben. Dit betekent – aldus het HvJ EU – dat *de rechtsgrondslag* de verzekeraar in staat moet stellen met een voldoende mate van voorspelbaarheid vast te stellen welke aanvullende (pre)contractuele informatie hij dient te verstrekken en de verzekeringnemer kan verwachten.

In het algemeen geldt dat omzetting van bepalingen uit Europese richtlijnen, volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU, moet plaatsvinden door middel van voldoende nauwkeurige en dwingende regels waaruit de rechtssituatie voldoende bepaald en duidelijk vast te stellen is.<sup>27</sup> Het gaat erom dat de betrokken rechten van de (aspirant) verzekeringnemers en de verplichtingen van de verzekeraars op voldoende duidelijke, nauwkeurige en juridisch bindende wijze zijn geregeld.

In tegenstelling tot wet- en regelgeving leidt jurisprudentie, als rechtsbron, niet tot nauwkeurige en voorspelbare toepassingsvoorschriften. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het arrest van het HvJ EU in de zaak Europese Commissie/Nederland<sup>28</sup>, waarin het HvJ EU oordeelde dat *'een nationale rechtspraak, gesteld al dat zij constant is, waarin bepalingen van intern recht worden uitgelegd op een wijze die wordt geacht aan de eisen van een richtlijn te voldoen, niet de helderheid en nauwkeurigheid kan hebben die met het oog op de rechtszekerheid noodzakelijk zijn. Dit geldt in het bijzonder op het gebied van de consumentenbescherming.'*<sup>29</sup> Belangrijk om hierbij op te merken is dat de bepaling van intern recht waarop Nederland zich had beroepen en waarnaar het HvJ EU verwijst, de algemene privaatrechtelijke norm van redelijkheid en billijkheid was.

Art. 31 en bijlage II van de Derde Levensrichtlijn vereisen *expliciete implementatie* van de *geharmoniseerde* (pre) contractuele informatieverplichtingen in de Nederlandse wetgeving. Op grond van art. 31 lid 4 van de Derde Levensrichtlijn moet de lidstaat van de verbintenis, in casu Nederland, de *toepassingsvoorschriften* betreffende de verplichting tot verstrekking van aanvullende (pre)contractuele informatie in de nationale wetgeving vaststellen.<sup>30</sup> Implementatie van Europeesrechtelijke voorschriften is geen taak van de Nederlandse rechter. Zo ziet de Nederlandse wetgever dat ook.<sup>31</sup>

Richtlijnconforme uitleg van nationale voorschriften is wel een taak van de rechter, maar dat is wat anders dan het feitelijk (met terugwerkende kracht) vaststellen of aannemen van aanvullende, niet op de Derde Levensrichtlijn gebaseerde implementatievoorschriften met toepassing

van art. 6:2(48) BW. Dat zou in strijd zijn met het – hiervoor reeds genoemde – Europeesrechtelijke beginsel dat de omzetting van de bepalingen van een richtlijn in het nationale recht moet worden uitgevoerd met een onbetwistbare dwingende kracht én met de specificiteit, nauwkeurigheid en duidelijkheid die nodig zijn om te voldoen aan het vereiste van rechtszekerheid. Die (rechts)zekerheid kan, in de Nederlandse verhoudingen, alleen de wetgever bieden.

Daar komt nog bij dat ook uit de Nederlandse rechtspraak (en geschillenbeslechting) ten tijde van het aanbieden van beleggingsverzekeringen in de periode 1994-2008, geen duidelijke en nauwkeurige andersluidende (of verdergaande) eisen kunnen worden afgeleid dan volgen uit de (door art. 31 lid 4 Derde Levensrichtlijn voorgeschreven) implementatie van de Derde Levensrichtlijn in de Nederlandse toepassingsvoorschriften.<sup>32</sup> Een interpretatie door de rechter van nationale voorschriften in verband met de Derde Levensrichtlijn inhoudende een verdergaande informatieverplichting over kosten en inhoudingen als geïntegreerd onderdeel van de bruto premie, moet stranden op het gegeven dat de Derde Levensrichtlijn geen verplichting kent tot het verstrekken van dergelijke informatie.

Het Unierecht verzet zich in het algemeen gesproken niet tegen de (aanvullende) toepassing van privaatrechtelijke beginselen, zoals de redelijkheid en billijkheid. Voorwaarde is wel dat er geen afbreuk wordt gedaan aan de strekking en doelstelling van de desbetreffende Unierechtelijke (richtlijn)bepalingen en aan de volle werking en doeltreffendheid van het Unierecht. Van het aannemen van informatievoorschriften in aanvulling op de implementatiewet- en regelgeving ter uitvoering van de Derde Levensrichtlijn zal daarom slechts sprake kunnen zijn indien is voldaan aan de strikte criteria van het HvJ EU. Dit maakt, dat redelijkheid en billijkheid als zodanig, niet kunnen dienen als zelfstandige *rechtsgrondslag* van een verplichting tot het verstrekken van aanvullende (pre)contractuele informatie over wezenlijke kenmerken van verzekeringsovereenkomsten.

27. HvJ 21 juni 1988, C-257/86, ECLI:EU:C:1988:324; HvJ 23 maart 1995, C-365/93, ECLI:EU:C:1995:76; HvJ 16 juli 2009, C-427/07, ECLI:EU:C:2009:457.

28. HvJ EU 10 mei 2001, C-144/99, ECLI:EU:C:2001:257 (Europese Commissie/Nederland).

29. HvJ EU 10 mei 2001, C-144/99, ECLI:EU:C:2001:257, randnummer 21 (Europese Commissie/Nederland).

30. HvJ EU van 29 april 2015, C-51/13, ECLI:EU:C:2015:286, randnummer 25 (Nationale-Nederlanden/Van Leeuwen).

31. Zie Handleiding Wetgeving en Europa; De voorbereiding, totstandkoming en nationale implementatie van Europese regelgeving, 2009, p. 86 (www.buza.nl); Zie ook pagina 42 van het jaarbericht van het ministerie van Buitenlandse Zaken, bijlage bij *Kamerstukken II* 2015/16, 34 300 V, nr. 71 (kan worden geraadpleegd via <http://zoek.officielebekendmakingen.nl/bgl-770682>).

32. Zie hierover mijn annotatie bij Rb. Gelderland 12 oktober 2016 (X/Aegon, ECLI:NL:RBGEL:2016:5476, PJ 2016/162, randnummer 14-15).

## 5. De Nederlandse toepassingsvoorschriften

De Nederlandse wetgever heeft vanaf 1 juli 1994, de datum waarop de implementatiewetgeving ter uitvoering van de Derde Levensrichtlijn in werking trad, als *rechtsgrondslag* voor de (pre)contractuele informatieverplichtingen van verzekeraars bewust gekozen voor specifieke wet- en regelgeving: de Regeling informatieverstrekking 1994/1998. De door het Unierecht vereiste noodzakelijke, duidelijk en nauwkeurige én voorspelbare toepassingsvoorschriften, waarmee aanvullende informatieverplichtingen kunnen worden opgelegd, zijn dan ook alleen te vinden in de Regeling informatieverstrekking 1994/1998, de daaropvolgende regelgeving en de daarop gebaseerde zelfregulering. Hiermee heeft de Nederlandse wetgever – in lijn met de vereisten van art. 31 lid 4 van de Derde Levensrichtlijn – bewust niet gekozen voor een stelsel van informatieverplichtingen die hun rechtsgrondslag geheel of gedeeltelijk zouden kunnen vinden in open normen.

Zoals hiervoor reeds gememoreerd zag deze specifieke wet- en regelgeving volgens de wetgever op ‘*de (pre)contractuele verhouding tussen verzekeraar en verzekeringnemer*’. Daaraan werd nog toegevoegd dat ‘*Informatieverstrekking die voldoet aan deze criteria de consument in staat [stelt] een goed inzicht te krijgen in alle relevante dimensies van een verzekeringsproduct (...)*’.<sup>33</sup> Op basis hiervan werd de consument geacht een goed geïnformeerde en prudente beslissing te kunnen nemen.

Ook uit de Parlementaire Geschiedenis volgt, dat de wetgever telkens beoogd heeft om voor alle (pre)contractuele informatieverplichtingen met betrekking tot de wezenlijke kenmerken van de beleggingsverzekeringsovereenkomst een duidelijk kader van toepassingsvoorschriften in de Nederlandse regelgeving vast te stellen.<sup>34</sup> De herhaalde aanpassingen in de regelgeving die naar aanleiding van overleg met verzekeraars, consumentenvertegenwoordigers, toezichthouders en deskundigen zijn doorgevoerd, de introductie en herhaalde aanpassingen in de zelfregulering via het Verbond van Verzekeraars (wederom in samenspraak met consumentenvertegenwoordigers, toezichthouders en deskundigen) ter uitvoering van de regelgeving, impliceren dat de algemene maatschappelijke opvattingen daarin ook steeds waren verdisconteerd. De regelgeving en de zelfregulering vormden aldus de weerslag van de destijds levende maatschappelijke opvattingen over de informatieverstrekking door verzekeraars aan hun verzekeringnemers.<sup>35</sup>

Het doel van deze (op Europeesrechtelijke bepalingen gebaseerde) voorschriften is om de verzekeringnemer op basis van de daarin voorgeschreven precontractuele infor-

matie te laten beslissen of hij gebonden wenst te worden door de prijs, prestatie en andere wezenlijke kenmerken waarover de verzekeraar de verzekeringnemer overeenkomstig deze voorschriften heeft geïnformeerd. Met betrekking tot de wezenlijke kenmerken van de beleggingsverzekeringsovereenkomst, heeft de wetgever beoogd het volledige kader van (pre)contractuele informatieverplichtingen in de Regeling informatieverstrekking 1994/1998 neer te leggen.

Het regelgevend kader moest de in Nederland werkzame Nederlandse en buitenlandse verzekeraars in staat stellen te bepalen welke (pre)contractuele informatie zij op deze punten vóór en tijdens de looptijd van de beleggingsverzekering dienden te verstrekken aan de verzekeringnemer. Bij de vormgeving en uitwerking van het wettelijk kader liet de wet- en regelgever ruimte voor initiatieven van de marktpartijen zelf. Op basis hiervan hebben verzekeraars, gelet op de aard en de kenmerkende eigenschappen van de door hen aangeboden beleggingsverzekeringen, nader invulling gegeven aan de informatieverstrekking aan verzekeringnemers via de Code Rendement en Risico (hierna te noemen: *de Code*). De Code werd door de minister van Financiën, verantwoordelijk voor de regelgeving rond de (pre)contractuele informatieverstrekking aan verzekeringnemers, onderschreven als een juiste uitwerking van het kader dat in de regelgeving was vastgelegd en als invulling van de daaruit voortvloeiende verplichtingen.

In art. 2 van de Regeling informatieverstrekking 1994 was bepaald welke informatie de verzekeraar voorafgaand aan het tot stand komen van de verzekeringsovereenkomst moest verstrekken aan de aspirant-verzekeringnemer. Ook in de Regeling informatieverstrekking 1994 waren *geen* voorschriften opgenomen met betrekking tot het verstrekken van informatie over kosten en inhoudingen die een geïntegreerd onderdeel zijn van de bruto premie. Informatie hierover werd destijds *niet* gezien als relevant voor een goed geïnformeerde besluitvorming door de consument. De Nederlandse wet- en regelgeving nam in 1994 op dit punt de Europese informatievoorschriften onverkort over. In 1998 heeft Nederland gebruik gemaakt van de in art. 31 lid 3 van de Derde Levensrichtlijn geboden mogelijkheid om van verzekeraars te verlangen dat zij *aanvullende* gegevens naast de in bijlage II van de Derde Levensrichtlijn vermelde gegevens aan verzekeringnemers verstrekken, omdat die nodig waren voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de wezenlijke bestanddelen van de verzekeringsovereenkomst. Zoals hiervoor uiteen is gezet dienen deze van verzekeraars te verlangen aanvullende gegevens duidelijk en nauwkeurig vastgelegd te zijn en moeten de voorschriften verzekeraars in staat stellen met een voldoende mate van voorspelbaarheid vast te stellen welke aanvullende informatie zij dienen te verstrekken en de verzekeringnemer kan verwachten. Op grond van art. 31 lid 4 van de Derde Levensrichtlijn dient de Nederlandse wetgever de *toepassingsvoorschriften* betreffende de verplichting tot verstrekking van aanvullende informatie in

33. *Stcrt.* 1994, nr. 97, p. 19 en *Stcrt.* 1998, nr. 134, p. 8.

34. *Kamerstukken II 1997/98*, 25 600 IXB, nr. 19, p. 3-4; *Stcrt.* 1998, nr. 134, p. 8.

35. Rb Den Haag 28 juni 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:7072, r.o. 2.78 en 2.81.; Rb Rotterdam 19 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5687, r.o. 4.22.



de nationale wetgeving vast te stellen. De Nederlandse wet- en regelgever heeft hieraan invulling gegeven door introductie van nieuwe – aanvullende – informatieverplichtingen in de Regeling informatieverstrekking 1998. Op grond van art. 2 lid 2 sub b en h Regeling informatieverstrekking 1994 en 1998 moest de verzekeraar al informatie verstrekken over de uitkering en de premie. In de Regeling informatieverstrekking 1998 werd ten aanzien van kosten en inhoudingen in sub q en r daaraan het volgende toegevoegd:

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

in de toelichting wordt hierover vermeld:

*‘Onderdeel q beoogt de verzekeringnemer inzicht te geven hoe inhoudingen en kosten zijn rendement en de uiteindelijke uitkering kunnen beïnvloeden. Met de systematiek van de nieuwe Code rendement en risico van het Verbond van Verzekeraars, waarbij gebruik wordt gemaakt van rekenvoorbeelden waarin de kosten en inhoudingen worden verwerkt, wordt invulling gegeven aan deze verplichting.’*<sup>36</sup>

r. indien van toepassing, de kosten die naast de brutopremie in rekening worden gebracht;

in de toelichting op deze bepaling wordt hierover gezegd:

*‘In sommige gevallen worden kosten van levensverzekeringen of spaarkasovereenkomsten met een beleggingscomponent naast de bruto premie in rekening gebracht. In dat geval is het van belang dat de consument hiervan op de hoogte wordt gebracht. Het betreft hier niet slechts de kostensoorten, maar ook een kwantitatieve weergave van de kosten. Met onderdeel r wordt de verplichting hiertoe geregeld. Voor zover alle kosten al verwerkt zijn in de bruto premie, legt onderdeel r geen extra verplichtingen op ten opzichte van onderdeel q.’*<sup>37</sup>

De regeling informatieverstrekking 1994/1998 is opgesteld langs de lijnen die de kenmerken van een verzekeringsovereenkomst tot uitgangspunt nemen waarbij de verzekeraar zich *tegen het genot van premie* jegens de verzekeringnemer verbindt tot het doen van een of meer uitkeringen. Met de wilsovereenstemming tussen verzekeraar en verzekeringnemer over de bruto premie en de uitkering in de vorm van voorbeeldkapitalen, waarin alle kosten en inhoudingen (waaronder de inhouding voor de dekking bij overlijden) verwerkt zijn, is tevens de verrekening van de kosten en inhoudingen volgens de daarbij toegepaste berekeningssystematiek overeengekomen. Kosten en inhoudingen die géén onderdeel zijn van de bruto premie moeten uitdrukkelijk worden benoemd, zowel de soort als de hoogte. Kosten en inhoudingen die wél geïntegreerd onderdeel zijn van de bruto premie hoeven daaren-

tegen niet te worden benoemd, niet als soort en ook niet wat betreft hoogte; alleen de *invloed* daarvan op het rendement en de uitkering moet inzichtelijk worden gemaakt. Dit gebeurde via de in het kader van de Regeling informatieverstrekking 1998 geïntroduceerde productrendementen en de reeds onder de Regeling informatieverstrekking 1994 in gebruik zijnde netto voorbeeldkapitalen, die moesten worden berekend volgens de systematiek van de Code. Indien aan deze informatieverplichtingen werd voldaan, kwam op deze punten een volmaakte overeenkomst tot stand. Voor een beleggingsverzekeringsovereenkomst is dan ook geen afzonderlijke contractuele grondslag vereist voor kosten en inhoudingen voor het overlijdensrisico, die een geïntegreerd onderdeel uitmaken van de bruto premie en waarvan de invloed inzichtelijk is gemaakt via de netto voorbeeldkapitalen die de uitkering tonen bij verschillende (volgens de Code te bepalen) rendementen. De contractuele grondslag voor kosten en inhoudingen als onderdeel van de bruto premie van een verzekeringsovereenkomst, ligt aldus besloten in de overeenstemming over deze premie (‘prijs’) en uitkering(en) (‘prestatie’). Dat zijn de wezenlijke bestanddelen van iedere verzekeringsovereenkomst en dus ook van een beleggingsverzekeringsovereenkomst. De wet- en regelgever schreef tot 2008 geen informatieverstrekking voor over de afzonderlijke kosten en inhoudingen als geïntegreerd onderdeel van de bruto premie.<sup>38</sup> Ook koos de wet- en regelgever *welbewust* niet voor de methode van vermelding van een investeringspremie<sup>39</sup>, maar voor de systematiek van de Code, waarin niet de kosten zelf werden getoond, maar het effect van de kosten op het rendement en de uitkering. Via deze systematiek werd de consument inzicht geboden in de economische werking van kosten en inhoudingen op het rendement en de uitkering. Deze systematiek werd breed gesteund door de toezichthouders, Ombudsman verzekeringen, Consumentenbond, consumentenonderzoek door NIPO en belangenverenigingen van verzekeraars en tussenpersonen. Gegeven dit brede maatschappelijke draagvlak koos de wet- en

36. *Stcrt.* 1998, nr. 134, p. 8.

37. *Stcrt.* 1998, nr. 134, p. 8.

38. In 2006 ontstaat al wel de verplichting in offertes cumulatieve informatie te verstrekken over de omvang van de totale kosten en risicopremies in absolute getallen dan wel percentages (art. 27 lid 5 Besluit financiële dienstverlening juncto art. 3 lid 3 Nadere regeling financiële bijsluiter). Hiervoor gold op grond van de (gewijzigde) Vrijstellingsregeling Wet financiële dienstverlening een voorwaardelijke uitgestelde inwerkingtreding tot 1 april 2007.

39. Zie hierover Ombudsman Verzekeringen met betrekking tot de Financiële Bijsluiter in zijn jaarverslag 2002, p. 28: *‘De Autoriteit Financiële Markten koos daarbij niet voor een methode waardoor de consument direct kan zien welk deel van zijn inleg daadwerkelijk voor vermogensvorming wordt gebruikt, waar het wel even naar uitzag, maar voor een vergelijkbare systematiek als in de Code Rendement en Risico.’*

regelgever voor een systematiek die het meest aansluit bij de wensen van de consument om primair inzicht te hebben in de bruto premie (de prijs) en de netto voorbeeldkapitalen (de prestatie).<sup>40</sup>

## 6. De toetsing op basis van de Richtlijn oneerlijke bedingen

De vraag die vervolgens rijst is of, en zo ja hoe bepalingen uit de polisvoorwaarden die zien op de kosten en inhoudingen die een geïntegreerd onderdeel vormen van en bepalend zijn voor de hoogte van de *bruto premie* en de *verzekerde uitkering*, getoetst kunnen worden aan het oneerlijkheidscriterium zoals dat is geformuleerd in de Richtlijn oneerlijke bedingen.

De Richtlijn oneerlijke bedingen is van toepassing op beleggingsverzekeringen die na 31 december 1994 zijn gesloten tussen verzekeraars en consumenten. De Richtlijn oneerlijke bedingen ziet op bedingen in overeenkomsten met

consumenten waarover niet afzonderlijk is onderhandeld. Hiervan is sprake indien het beding door de verkoper van tevoren is opgesteld en de consument geen invloed op de inhoud heeft gehad (art. 3 leden 1 en 2). De polisvoorwaarden van een verzekeraar voldoen hier in het algemeen aan. De Richtlijn oneerlijke bedingen heeft geen directe werking maar moest worden omgezet in de nationale wet- en regelgeving. In Nederland is de Richtlijn oneerlijke bedingen geïmplementeerd in afdeling 6.5.3. van het Burgerlijk Wetboek.

Een beding wordt als oneerlijk beschouwd indien het (i) in strijd met de goede trouw, (ii) het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen (iii) ten nadele van de consument (iv) aanzienlijk verstoort (art. 3 lid 1 Richtlijn oneerlijke bedingen). De nationale rechter moet bij zijn onderzoek voor elk geval afzonderlijk rekening houden met alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, waaronder de verstrekte precontractuele informatie en reclame, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten, met inbegrip van de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft, rekening houdend met alle omstandigheden waarvan de verkoper op dat moment kennis kon hebben en die gevolgen konden hebben voor de latere uitvoering van de overeenkomst, aangezien een contractueel beding een verstoring van het evenwicht in zich kan dragen die zich pas tijdens de uitvoering van de overeenkomst manifesteert (art. 4 lid 1 Richtlijn oneerlijke bedingen).<sup>41</sup>

Op grond van art. 4 lid 2 Richtlijn oneerlijke bedingen heeft de beoordeling van het oneerlijke karakter van bedingen echter geen betrekking op (i) de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst en evenmin op (ii) de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te verrichten diensten, voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd. De rechter moet hier onderzoek naar doen.<sup>42</sup> Het gaat hierbij niet om een louter formele of grammaticale uitleg, maar om de vraag of een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument op basis van duidelijke, begrijpelijke en transparante criteria de economische gevolgen die uit het beding voor hem voortvloeien, kan inschatten. Dit moet door de rechter worden beoordeeld op basis van alle relevante informatie, waaronder reclame en de precontractueel verstrekte productinformatie.

Bedingen die betrekking hebben op de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten, zien strikt op de verhouding prijs/prestatie. Deze bepalingen zijn van toetsing uitgesloten omdat er geen 'tabellen of juridische criteria bestaan die een dergelijke toetsing kunnen omlijnen en sturen'.<sup>43</sup>

Bedingen die betrekking hebben op het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, zijn die welke de kern van de prestaties van de overeenkomst bepalen en als dusdanig

40. Voor pensioeninformatie aan (gewezen) deelnemers is dit uitgangspunt anno 2018 niet anders. Zie Kamerstukken II 2014/15, 34 008, nr. 6, p. 20 'Uit deelnemersonderzoek (bedoeld is het onderzoek van TNS NIPO: Pensioencommunicatie: behoeften en barrières, geïntegreerd rapport van onderzoek onder deelnemers en gepensioneerden, juni 2012, toevoeging auteur) blijkt dat deelnemers graag persoonlijke informatie willen hebben, dat wil zeggen informatie over hun eigen pensioenaanspraken. Tevens willen zij informatie hebben in de vorm van concrete bedragen. De voorkeur gaat daarbij uit naar nettobedragen per maand, die een overzicht geven van het totale pensioeninkomen, dus van AOW en aanvullend pensioen gezamenlijk. Met deze wensen is rekening gehouden. De rekenmethodiek levert drie pensioenbedragen op: een pensioenbedrag gebaseerd op een pessimistisch scenario, een pensioenbedrag gebaseerd op een verwacht scenario en een pensioenbedrag gebaseerd op een optimistisch scenario'. Zie ook *Kamerstukken II 2017/2018*, 32 043, nr. 390, Brief van 2 februari 2018 van minister Koolmees aan de Tweede Kamer.

41. HvJ EU 4 juni 2009, C-243/08, EU:C:2009:350, punt 39 (Pannon/Györfi); HvJ EU 9 november 2010, C-137/08, EU:2010:659, punt 42 (VB Pénzügyi Lízing Zrt./ Ferenc Schneider); HvJ EU 23 april 2015, C-96/14, EU:C:2015:262, punt 47 (Van Hove/CNP Assurances SA); HvJ EU 21 april 2016, C-377/14, EU:C:2016:283, punt 94 (Radlinger en Radlingerová/Finway); HvJ EU 28 juli 2016, C-191/15, EU:C:2016:612, punt 64 (Verein für Konsumenteninformation/Amazon); HvJ EU 26 januari 2017, C-421/14, EU:C:2017:60, punt 61 (Banco Primus SA/Jesús Gutiérrez García); HvJ EU 20 september 2017, C-186/16, EU:C:2017:703, punt 54 en 58 (Andriuc e.a./Banca Românească SA).

42. HvJ EU 16 november 2010, C-76/10, EU:C:2010:685, punt 72 (Pohotovost'/ Korčkovská); HvJ EU 30 april 2014, C 26/13, EU:C:2014:282, punt 41 (Kásler/OTP Jelzálogbank); HvJ EU 26 februari 2015, C-143/13, EU:C:2015:127, punt 72 (Matei/SC Volksbank România SA); HvJ EU 23 april 2015, C-96/14, EU:C:2015:262, punt 39 (Van Hove/CNP Assurances SA); HvJ EU 26 januari 2017, C 421/14, EU:C:2017:60, punt 62 (Banco Primus SA/Jesús Gutiérrez García).

43. HvJ EU 30 april 2014, C 26/13, EU:C:2014:282, punt 54 en 55 (Kásler/OTP Jelzálogbank); HvJ EU 26 februari 2015, C-143/13, EU:C:2015:127, punt 55 (Matei/SC Volksbank România SA).

44. HvJ EU 23 april 2015, C-96/14, EU:C:2015:262, punt 33 (Van Hove/CNP Assurances SA).

de overeenkomst kenmerken.<sup>44</sup> Bedingen die een aanvulling zijn op de bedingen die de kern van de contractuele verhouding bepalen, kunnen echter niet onder het begrip ‘eigenlijke voorwerp van de overeenkomst’ in de zin van artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 vallen.<sup>45</sup>

In overweging 19 in de considerans van de Richtlijn oneerlijke bedingen is toegelicht dat bedingen in een verzekeringsovereenkomst die (i) het verzekerde risico en (ii) de verbintenis van de verzekeraar duidelijk omschrijven of afbakenen en (iii) die mede bepalend zijn voor bij de berekening van de door de consument betaalde premie, niet worden getoetst aan het onredelijkheidscriterium:

*‘Overwegende dat in het kader van deze richtlijn de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding geen betrekking mag hebben op de bedingen waarin het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst of de verhouding kwaliteit/prijs van de levering of dienst wordt omschreven; dat het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst en de verhouding kwaliteit/prijs niettemin in aanmerking kunnen worden genomen bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van andere bedingen; dat hieronder andere uit voortvloeit dat in het geval van verzekeringsovereenkomsten de bedingen die het verzekerde risico en de verbintenis van de verzekeraar duidelijk omschrijven of afbakenen, niet het voorwerp van een dergelijke toetsing zijn wanneer deze beperkingen in aanmerking worden genomen bij de berekening van de door de consument betaalde premie; [...]’*

Art. 4 lid 2 van de Richtlijn oneerlijke bedingen moet strikt worden uitgelegd.<sup>46</sup> De nationale rechter moet bij zijn onderzoek of een contractueel beding onder de uitzondering van art. 4 lid 2 valt, rekening houden met de aard, de algehele opzet en alle voorwaarden van de overeenkomst en met de juridische en feitelijke context ervan.<sup>47</sup>

Ten slotte geldt dat de rechter bij een toetsing van (i) bedingen die zien op de gelijkwaardigheid van de prijs en prestatie en (ii) bedingen die ‘het eigenlijk voorwerp van de overeenkomst’ betreffen, mee zal moeten wegen wat in de markt gebruikelijk is geweest ten tijde van het sluiten van de overeenkomst of wat krachtens regelend recht geldt bij het wegdenken van de bedingen.<sup>48</sup>

## 7. Het toetsingskader van de Richtlijn oneerlijke bedingen toegespitst op beleggingsverzekeringen

Voor de vraag of, en zo ja hoe een (kosten)bepaling in een beleggingsverzekeringsovereenkomst getoetst kan worden aan de Richtlijn oneerlijke bedingen, is in de eerste plaats relevant dat volgens de rechtspraak van het HvJ EU kenmerkend voor een verzekeringsovereenkomst is, dat de verzekeraar zich tegen voorafgaande betaling van een premie ertoe verbindt de begunstigde bij het intreden van het verzekerde risico de uitkering te geven die bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst is overeengekomen.<sup>49</sup>

Deze kenmerken zijn voor een beleggingsverzekering niet anders.

In de tweede plaats is relevant dat in overweging 19 in de considerans van de Richtlijn oneerlijke bedingen met betrekking tot een beding in een tussen een verzekeraar en een consument gesloten verzekeringsovereenkomst is bepaald dat bij dergelijke overeenkomsten niet wordt getoetst of bedingen die het verzekerde risico en de verbintenis van de verzekeraar duidelijk omschrijven of afbakenen, al dan niet eerlijk zijn, wanneer deze bepalingen in aanmerking worden genomen bij de berekening van de door de verzekeraar aan de consument in rekening gebrachte premie.

Kosten en inhoudingen die een geïntegreerd onderdeel vormen van de bruto premie en de daarop betrekking hebbende bepalingen zullen, gelet op het voorgaande, in beginsel buiten de beoordeling van het oneerlijk karakter blijven. De premie (prijs) en de uitkering (prestatie) die partijen vooraf zijn overeengekomen, zijn immers mede bepaald door de geïntegreerde kosten en inhoudingen. De consequentie van het ‘wegdenken’, ‘wegvallen’ of ‘aanpassen’ van kosten en inhoudingen is dat er een andere premie en/of verzekerde uitkering ontstaat, dan is overeengekomen. Het is nu eenmaal niet mogelijk een component uit de bruto premie weg te denken of te wijzigen, zonder daarmee verandering te brengen in de afgesproken hoogte van bruto premie en/of de verzekerde uitkering. Hierdoor betreft een toetsing van kosten en inhoudingen als geïntegreerd onderdeel van de bruto premie rechtstreeks de prijs

45. HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, EU:C:2014:282, punt 49 en 50 (Kásler/OTP Jelzálogbank); HvJ EU 26 februari 2015, C-143/13, EU:C:2015:127, punt 54 (Matei/SC Volksbank România SA); HvJ EU 20 september 2017, C-186/16, EU:C:2017:703, punt 35-36 (Andriuciu e.a./Banca Românească SA). Denkbaar is dat hieronder ook bedingen vallen die de verzekeraar de bevoegdheid toekennen de verhouding tussen kosten binnen de bruto premie tussentijds eenzijdig te wijzigen: zie Rb. Noord-Holland 20 december 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:10528, PJ 2018/31 m.nt. W.M.A. Kalkman.

46. HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, EU:C:2014:282, punt 42 (Kásler/OTP Jelzálogbank); HvJ EU 26 februari 2015, C-143/13, EU:C:2015:127, punt 49 (Matei/SC Volksbank România SA).

47. HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, EU:C:2014:282, punt 50-51 (Kásler/OTP Jelzálogbank); HvJ EU 23 april 2015, C-96/14, EU:C:2015:262, punt 37-38 (Van Hove/CNP Assurances SA).

48. HvJ EU 26 januari 2017, C-421/14, EU:C:2017:60, punt 64-66 (Banco Primus SA/ Jesús Gutiérrez García).

49. HvJ EU 31 mei 2018, C-542/16, ECLI:EU:C:2018:369 (Länsförsäkringar Sak Försäkringsaktiebolag) punt 50; HvJ EU 23 april 2015, C-96/14, ECLI:EU:2015:262 (Van Hove/CNP Assurances SA), punt 34; HvJ EU 26 maart 2015, C-556/13, ECLI:EU:C:2015:202 (Litaksa UAB/BTA Insurance Company SE), punt 28; HvJ EU 7 december 2006, C-13/06, ECLI:EU:C:2006:765 (Commissie/Griekenland), punt 10; HvJ EU 8 maart 2001, C-240/99, ECLI:EU:C:2001:140 (Skandia), punt 37; HvJ EU 25 februari 1999, C-349/96, EU:C:1999:93 (CPP), punt 17.

en prestatie als voorwerp van de overeenkomst.<sup>50</sup> Bovendien zou een inhoudelijke toetsing op oneerlijkheid van kosten en inhoudingen al snel zien op de vraag in hoeverre de prestatie van de verzekeraar de desbetreffende kosten en inhoudingen, en daarmee dus het totaalbedrag van de premie, rechtvaardigt. Een dergelijke iustum pretium-beoordeling is evenmin de bedoeling van de Richtlijn oneerlijke bedingen.

Bij de beoordeling door de nationale rechter van de bepalingen die zien op de in de premie geïntegreerde kosten en inhoudingen, behoren de Regeling informatieverstrekking 1994/1998 en de daarop volgende zelfregulering en regelgeving een belangrijke rol te spelen. Deze regelgeving gaf weer wat op enig moment van belang werd geacht voor een afgewogen beslissing door de consument voor het sluiten van een beleggingsverzekering. Wat van belang werd geacht, was steeds gebaseerd op een breed maatschappelijk gedragen gedachtegoed. Het doel van de wet- en regelgever bij het opstellen van de – regelmatig aangepaste – regelgeving was om de consument op een duidelijke, begrijpelijke en vergelijking mogelijk makende wijze inzicht te geven in ‘prijs’ en ‘prestatie’ en de economische gevolgen van kosten en inhoudingen op de ‘prestatie’, onder meer door gebruik te maken van voorbeeldberekeningen uitgaande van verschillende voorbeeldrendementen, waarmee – zoals de Richtlijn oneerlijke bedingen vereist – tevens inzicht werd geboden in de economische werking van de beleggingsverzekering. Ik roep in herinnering dat volgens de Nederlandse wetgever informatieverstrekking die voldoet aan de door de wet- en regelgever en zelfregulering gestelde criteria *‘de consument in staat [stelt] een goed inzicht te krijgen in alle relevante dimensies van een verzekeringsproduct (...)’*.<sup>51</sup> Het is belangrijk voor ogen te houden dat onder de Regeling informatieverstrekking 1994/1998 de wet- en regelgever van oordeel was dat de consument slechts beperkte informatie over kosten en inhoudingen nodig had om de economische werking van beleggingsverzekeringen te doorgronden en

om op basis daarvan deze verzekeringen met elkaar te kunnen vergelijken om zo een weloverwogen keuze te maken. Het is van belang maatschappelijke opvattingen over wat transparant werd en wordt geacht en hoe dat werd en wordt ingevuld te plaatsen in de tijd, juist als de tijden inmiddels zijn veranderd. Die verandering noodzaakt tot zorgvuldige interpretatie van het verleden. In het licht van het vorenstaande, is er bij verstrekking van informatie over wezenlijke bestanddelen van de verzekeringsovereenkomst in lijn met de op de Derde Levensrichtlijn gebaseerde regelgeving, geen reden om deze informatie achteraf alsnog onvoldoende duidelijk en begrijpelijk te achten. Dit geldt ook als het gaat om niet-voorgescreven ‘extra’ bepalingen over kosten en inhoudingen in polisvoorwaarden, welke bepalingen op zichzelf (geïsoleerd) beschouwd wellicht weinig duidelijkheid geven, maar die een aanvulling vormen op in (bijvoorbeeld) de offerte verstrekte informatie op basis van de Regeling informatieverstrekking 1994/1998. De verplichte informatie in de offerte op basis van de Regeling informatieverstrekking 1994/1998 en de daarop gebaseerde zelfregulering bood naar de inzichten van destijds immers al voldoende duidelijkheid over wezenlijke kenmerken van de beleggingsverzekering, inclusief de werking van in de bruto premie geïntegreerde kosten en inhoudingen. Eventuele aanvullende bepalingen over deze kosten en inhoudingen in polisvoorwaarden, moeten in samenhang met deze informatie (en de achtergronden daarvan) worden gelezen. Hierdoor zullen dergelijke bepalingen – mits inhoudelijk juist – niet snel het predicaat ‘onduidelijk’, met een oneerlijkheidstoets van prijs en/of prestatie als gevolg, kunnen krijgen.

Indien er in een concrete zaak redenen bestaan om een bepaling over kosten en/of inhoudingen in de polisvoorwaarden (toch) te toetsen aan de Richtlijn oneerlijke bedingen, dan moet de nationale rechter vervolgens beoordelen of het te toetsen beding *‘in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort’*.<sup>52</sup> Of daarvan sprake is, zal moeten worden onderzocht aan de hand van *alle* omstandigheden rond het sluiten van de overeenkomst, alsmede aan de hand van alle andere bedingen van de overeenkomst, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten en rekening houdend met de aard van de dienst waarop de overeenkomst betrekking heeft. Daarbij zal de rechter ook moeten kijken naar wat in de markt gebruikelijk is geweest ten tijde van het sluiten van de overeenkomst of wat krachtens het recht geldt bij het wegdenken van de bedingen.<sup>53</sup>

In de eerste plaats zal hierbij moeten worden vastgesteld of de verzekeraar *‘in strijd met de goede trouw’* heeft gehandeld. De maatstaf hierbij is of de verzekeraar in redelijkheid ervan uit mocht gaan, dat de consument het aan de berekening van de prijs en prestatie gerelateerde beding zou accepteren als op een eerlijke en billijke wijze afzon-

50. Het Hof Den Bosch beschouwt in zijn arrest van 2 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1875 ten onrechte de bedingen die zien op de kosten en inhoudingen die een geïntegreerd onderdeel uitmaken van de bruto premie als van de maandpremie losstaande algemene voorwaarden. Deze bepalingen over kosten en inhoudingen raken de kern van de prestatie, namelijk de hoogte van de bruto premie. De toetsing van die bedingen door het Hof leidt daarmee feitelijk tot een door de Richtlijn oneerlijke bedingen verboden beoordeling van de evenredigheid tussen prijs en de prestatie. Het gaat hier niet om bedingen die zien op kosten naast de premie, of die de hoogte van de premie kunnen beïnvloeden (wijzigingsbedingen), maar op kosten als geïntegreerd onderdeel van de bruto premie. Iedere wijziging daarin leidt tot een andere bruto premie.

51. *Stcrt.* 1994, nr. 97, p. 19 en *Stcrt.* 1998, nr. 134, p. 8.

52. Zie Hof Den Haag 15 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1624, r.o. 2.8.

53. HvJ EU 26 januari 2017, C 421/14, EU:C:2017:60, punt 64-66 (Banco Primus SA/ Jesús Gutiérrez García).



derlijk over het desbetreffende beding was onderhandeld. In de tweede plaats zal bepaald moeten worden of er sprake is van *'een aanzienlijke verstoring van het evenwicht'*. Om dat te bepalen moet de nationale rechter met name rekening houden met de toepasselijke regels van het nationale recht die gelden wanneer partijen op dat punt geen regeling hebben getroffen en wat in de markt gebruikelijk was ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. Aan de hand van een dergelijk vergelijkend onderzoek kan de nationale rechter beoordelen of – en zo ja, in welke mate – de overeenkomst de consument in een juridisch minder gunstige positie brengt dan die welke het geldende nationale recht bepaalt.<sup>54</sup>

Ook bij deze beoordelingen zal de nationale rechter niet om de Derde Levensrichtlijn, de Regeling informatieverstrekking 1994/1998 en de Code en de daaropvolgende regelgeving heen kunnen.<sup>55</sup> Daarbij zal hij de bewuste keuzen moeten betrekken die wet- en regelgever, gesteund door toezichthouders, consumentenorganisaties, brancheorganisaties en ombudsman, hebben gemaakt, waarbij alle bepalingen van de offerte, polis en polisvoorwaarden in onderling verband worden gezien. Hierbij is met name van belang in hoeverre via de offerte (meer in het bijzonder de daarin opgenomen voorbeeldberekeningen overeenkomstig de Code) inzicht werd gegeven in de economische werking van de beleggingsverzekering conform de destijds geldende regelgeving en zelfregulering. Voor zover een verzekeraar beleggingsverzekeringen heeft aangeboden met inachtneming van de daarop betrekking hebbende voorschriften van nationale regelgeving en zelfregulering, kan toch moeilijk worden gezegd dat de verzekeraar heeft gehandeld *'in strijd met de goede trouw'* en dat deze handelwijze *'een aanzienlijke verstoring van het evenwicht'* oplevert.<sup>56</sup> Het eerder in deze bijdrage besproken arrest van het Hof Den Bosch laat deze aspecten bewust – als niet relevant voor de toetsing aan de Richtlijn oneerlijke bedingen – onbesproken in zijn arrest van 2 mei 2017<sup>57</sup> en beschouwt daarmee de precontractuele informatieverstrekking en de daarop betrekking hebbende bepalingen in de polisvoorwaarden geïsoleerd van de op die informatieverstrekking betrekking hebbende, op Europese regelgeving gebaseerde, nationale regelgeving en zelfregulering. Dat is niet wat het HvJ EU de nationale rechter opdraagt. De rechter moet zorgen voor de volle werking van het Unierecht en daarbij de doelstellingen van de relevante Uniewetgeving altijd voor ogen houden.<sup>58</sup> Daarnaast geeft het Hof Den Bosch – zoals ik al eerder schreef – zich onvoldoende rekenschap van de aard en de kenmerken van een verzekeringsovereenkomst, waardoor een heel merkwaardig juridisch beeld van de verzekeringsovereenkomst als *samengestelde overeenkomst* ontstaat. Zoals toegelicht, is dit beeld onjuist en wordt daarmee miskend dat de kosten en inhoudingen een geïntegreerd onderdeel uitmaken van de bruto premie, die de (op zichzelf niet toetsbare) prijs voor de geboden verzekeringsdekking(en) vormt.

Bovendien wordt door het Hof Den Bosch miskend, dat bij

een toetsing – zo die aan de orde zou zijn – de nationale rechter volgens de jurisprudentie van het HvJ EU gehouden is te kijken naar wat in de markt gebruikelijk is geweest ten tijde van het sluiten van de overeenkomst of wat krachtens regeland recht geldt bij het wegdenken van de bedingen. Als de nationale rechter zich aan deze opdracht houdt, is het betrekken van de implementatie wet- en regelgeving en zelfregulering ter uitvoering van de Derde Levensrichtlijn noodzakelijk.

## 8. Ten slotte – de dilemma's bij het informeren van de consument

Het op een duidelijke en begrijpelijke wijze informeren van de consument over kosten en risico's bij levensverzekeringen die verbonden zijn aan beleggingsfondsen heeft de wet- en regelgever vanaf 1994 beziggehouden. Steeds heeft de wet- en regelgever in samenwerking met een groot aantal organisaties gezocht naar een wijze van precontractuele en contractuele informatieverstrekking aan de polishouder, die hem adequaat inzicht bood in de economische werking van zijn beleggingsverzekering. De wetgever consulteerde de toezichthouder Pensioen- en Verzekeringkamer en later DNB en AFM, de Consumentenbond, de Ombudsman Verzekeringen, het Verbond van Verzekeraars en organisaties van assurantie-tussenpersonen. Ook kreeg het NIPO in 2000 opdracht consumentenonderzoek te doen. Het afgewogen resultaat van deze brede consultatie is verwerkt in de regelgeving en zelfregulering die wij sinds 1994 ter uitvoering van geharmoniseerde Europeesrechtelijke voorschriften in Nederland hebben. Deze regelgeving heeft door de tijd heen een ontwikkeling doorgemaakt, maar gaf steeds de maatschappelijke opvattingen weer over de meest wenselijke manier van precontractuele en contractuele informatieverstrekking bij levensverzekeringen.

Met alle ervaringen en wetenschap die wij in de afgelopen decennia hebben opgedaan, rijst de vraag of de informatieverstrekking aan verzekeringnemers van levensverzekeringen verbonden aan beleggingsfondsen nu wel voldoet? Helaas, de dilemma's van weleer bestaan nog steeds. Ik geef een tweetal voorbeelden.

Het eerste voorbeeld ziet op informatie over pensioen.

De wetgever heeft al jaren pensioenuitvoerders, waaron-

54. HvJ EU 26 januari 2017, C-421/14, ECLI:EU:C:2017:60 (Banco Primus/García), r.o. 59.

55. Dit wordt ook onderkend door het Hof Den Haag in zijn arrest van 15 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1624, r.o. 2.16.

56. HvJ EU 9 juli 2015, nr. C-348/14, EU:C:2015:447 (Bucura), randnummer 48; HvJ EU 20 september 2017, nr. C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703 (Andrić e.a.), randnummer 53.

57. Hof Den Bosch 2 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1875, JOR 2017/198 m.nt. C.W.M. Lievever, PJ 2017/129 m.nt. W.M.A. Kalkman.

58. Zie L.Y.M. Parret en W.M.A. Kalkman, Reactie op 'De invloed van het Europees financieel toezichtrecht op het Nederlands privaatrecht' van prof. mr. D. Busch in WPNR 2017 (7175), WPNR 2018 (7192), p. 370-374.



der levensverzekeraars, wettelijk verplicht bepaalde informatie aan pensioendeelnemers te verstrekken over op te bouwen en opgebouwde pensioenaanspraken. Uit de evaluatie van de informatiebepalingen in de pensioenwetgeving<sup>59</sup> en onderzoek van TNS Nipo uit 2012 bleek dat een groot deel van de ondervraagden uit het onderzoek moeite had met het begrijpen van de voorgeschreven informatie.<sup>60</sup> Daarnaast bleek dat de pensioenvoorlichting via de bestaande regelgeving en marktuitwerking onvoldoende inzicht gaf in koopkracht en risico's.<sup>61</sup> Verder bleek uit het TNS Nipo onderzoek van 2012 dat pensioendeelnemers maar geïnteresseerd zijn in één ding: informatie in de

vorm van concrete uitkeringsbedragen.<sup>62</sup>

Met deze wensen heeft de wetgever, bij de recente aanpassingen van de wettelijke communicatievoorschriften over pensioen, rekening gehouden. De nieuwe regelgeving neemt – net zoals dat in het verleden het geval was voor de wet- en regelgeving over particuliere beleggingsverzekeringen – inzichtelijkheid, nadruk op risico's en vergelijkbaarheid<sup>63</sup> tot uitgangspunt. De nieuwe regelgeving gaat uit van drie pensioenbedragen: een pensioenbedrag gebaseerd op een pessimistisch scenario, een pensioenbedrag gebaseerd op een verwacht scenario en een pensioenbedrag gebaseerd op een optimistisch scenario.<sup>64</sup> Dit zijn concrete voorbeeldbedragen op basis van voorbeeldrendementen. Dit was precies de gedachte die ook ten grondslag lag aan de voor particuliere beleggingsverzekeringen geldende systematiek van de Code en de Nederlandse implementatiewet- en regelgeving ter uitvoering van de Derde Levensrichtlijn vanaf 1994!<sup>65</sup> Informatie over de kosten wordt in de Wet Pensioencommunicatie 2015 als minder relevant beschouwd en naar de 'tweede laag' van informatie verwezen, die slechts beschikbaar hoeft te zijn via de website van de pensioenuitvoerder.<sup>66</sup>

Het tweede voorbeeld ziet op de voorbeeldrendementen bij particuliere beleggingsverzekeringen die gesloten worden vanaf 1 januari 2018.

Sinds 1 januari 2018 moeten aanbieders van beleggingsverzekeringen een essentiële-informatiedocument (*Eid*) verstrekken. Dit informatiedocument geeft de consument inzicht in onder andere de werking, risico's, kosten en het verwachte rendement van zijn beleggingsverzekering. Daarnaast kan de consument het informatiedocument gebruiken om verschillende soorten beleggingsproducten met elkaar te vergelijken. De vanaf 1 januari 2018 *verplicht voorgeschreven* berekeningsmethodiek van voorbeeldrendementen bij particuliere beleggingsverzekeringen blijkt te kunnen leiden tot niet realistische verwachtingen bij consumenten. Hierover zijn Kamervragen gesteld en door de minister van Financiën beantwoord.<sup>67</sup>

Deze voorschriften vloeien voort uit een Europese Verordening van 26 november 2014<sup>68</sup> en een gedelegeerde Europese Verordening van 8 maart 2017<sup>69</sup>. De Europese Verordening heeft tot doel de transparantie van beleggingsproducten, waaronder beleggingsverzekeringen, te vergroten. Dit is gebeurd door de invoering van het *Eid*. Dit document heeft in de gehele Europese Unie een uniforme vorm en inhoud, waardoor belemmeringen in de interne markt voor financiële diensten en producten worden verminderd. Om de Nederlandse regelgeving af te stemmen op deze Verordeningen heeft de AFM de *Nadere regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft* aangepast.<sup>70</sup> In de gedelegeerde verordening is opgenomen hoe de aanbieder van – onder meer – een beleggingsverzekering voor de verschillende scenario's de rendementen moet berekenen en weergegeven. Hier mag de aanbieder niet van afwijken. Bij de totstandkoming van de bereke-

59. Kamerstukken I 2011/12, 33 110, nr. 1.

60. Kamerstukken I 2014/15, 34 008, nr. C, p 5; Kamerstukken II 2017/18.

61. Kamerstukken II 2014/15, 34 008, nr. 6, p. 21.

62. W.M.A. Kalkman, 'Ik wil alleen weten wat ik straks krijg', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2015/1.

63. Kamerstukken II 2014/15, 34 008, nr. 6, p. 21.

64. Kamerstukken II 2014/15, 34 008, nr. 6, p. 20; Kamerstukken II 2017/18, 32 043, nr. 390 (Brief van 2 februari 2018 van de minister van SZW aan de Tweede Kamer); Kamerstukken II 2017/18, 32 043, nr. 407 (Brief van 31 mei 2018 van de minister van SZW aan de Tweede Kamer).

65. Kamerstukken II 2017/18, 32 043, nr. 407 (Brief van 31 mei 2018 van de minister van SZW aan de Tweede Kamer): 'Zoals ik ook heb aangegeven in mijn brief van 2 februari 2018 beschouw ik communiceren met scenariobedragen als een grote stap voorwaarts als het gaat om het inzicht van de deelnemer in zijn te verwachten pensioen.'

66. Artikel 38 Pensioenwet jo. art. 9c Besluit uitvoering Pensioenwet.

67. Kamerstukken II 2017/18, Aanslag van de Handelingen, 1952, beantwoording Kamervragen van de leden Omtzigt en Ronnes (CDA) aan de minister van Financiën over de voorbeeldrendementen bij beleggingsverzekeringen en het risico op een nieuwe (pensioen)woekerpolisaffaire.

68. Verordening (EU) nr. 1286/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 over essentiële-informatiedocumenten voor verpakte retailbeleggingsproducten en verzekeringsgebaseerde beleggingsproducten (PRIIP's), *PbEU* 9 december 2014, L 352.

69. Gedelegeerde Verordening (EU) 2017/653 van de Commissie van 8 maart 2017 tot aanvulling van Verordening (EU) nr. 1286/2014 van het Europees Parlement en de Raad over essentiële-informatiedocumenten voor verpakte retailbeleggingsproducten en verzekeringsgebaseerde beleggingsproducten (PRIIP's) door de vaststelling van technische reguleringsnormen voor de presentatie, de inhoud, de evaluatie en de herziening van essentiële-informatiedocumenten en de voorwaarden voor het voldoen aan het vereiste om dergelijke documenten te verstrekken, *PbEU* 12 april 2017, L 100.

70. Besluit van 11 december 2017, houdende wijziging van de Nadere regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft van 15 november 2006, in verband met de verordening (EU) 1286/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 over essentiële-informatiedocumenten voor verpakte retailbeleggingsproducten en verzekeringsgebaseerde beleggingsproducten (PRIIP's) (*PbEU* 2014, L 352), de introductie van het essentiële-informatiedocument voor pensioenproducten en MiFID II (wijziging Nadere regeling gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft in verband met PRIIP's, derde pijler pensioenproducten en MiFID II), *Strct.* 2017, 19 december 2017, nr. 72502.

ningssystematiek in de gedelegeerde Verordening zijn de nationale toezichthouders, waaronder de AFM, via werkgroepen betrokken geweest. Afwijken van deze regelgeving is niet mogelijk, aldus de minister van Financiën:

*‘Het is niet mogelijk om nationaal af te wijken van deze verordening aangezien deze rechtstreekse werking heeft. Eventuele nationale eisen zouden daardoor geen juridische werking hebben. Indien deze nationale eisen toch zouden worden gesteld en de naleving zou worden afgedwongen, dan is dat in strijd met Europese regelgeving. De Europese Commissie kan volgens de EU-Verdragen tegen een EU-land dat de EU-wetgeving niet naar behoren toepast een inbreukprocedure starten. De Commissie kan de zaak ook aanhangig maken bij het Hof van Justitie, dat in bepaalde gevallen financiële sancties kan opleggen.’<sup>71</sup>*

Kortom: duidelijk en begrijpelijk informeren over van beleggingsresultaten afhankelijke uitkeringen is en blijft lastig. De wet- en regelgever werkt al decennia aan voorschriften hieromtrent, steeds in samenwerking met vele organisaties en instanties. Voor de wet- en regelgever is steeds het uitgangspunt geweest om via regelgeving de consument in staat te stellen een goed inzicht te geven in alle relevante dimensies van zijn aan beleggingsfondsen

verbonden verzekeringsovereenkomst.<sup>72</sup> Voor de nationale rechter is essentieel dat hij bij toetsing aan de Richtlijn oneerlijke bedingen de omstandigheden, de regelgeving ter uitvoering van de Derde Levensrichtlijn en (daaraan ten grondslag liggende) maatschappelijke opvattingen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst tot uitgangspunt neemt. Dat is ook de opdracht die hij heeft van het HvJ EU. Hierbij geldt, dat de nationale implementatiewetgeving ter uitvoering van de Derde Levensrichtlijn de weerslag vormde van wat destijds als een toereikend niveau van transparantie werd aangemerkt en net – zoals de Richtlijn oneerlijke bedingen – bescherming van de consument voor ogen had. Het moge zo zijn dat er thans over transparantie (deels) andere opvattingen zijn, maar we moeten niet in de verleidelijke valkuil trappen door het verleden met de opvattingen van nu te beoordelen. Dat zou echt hindsight bias zijn, met veronachtzaming van de destijds gemaakte keuzes en de eisen die worden gesteld aan nationale en unierechtelijke rechtszekerheid. |

71. *Kamerstukken II 2017/18*, Aangangsel van de Handelingen, 1952, beantwoording Kamervragen van de leden Omtzigt en Ronnes (CDA) aan de minister van Financiën over de voorbeeldrendementen bij beleggingsverzekeringen en het risico op een nieuwe (pensioen)woekerpolisaffaire.

72. *Stcr.* 1994, nr. 97, p. 19 en *Stcr.* 1998, nr. 134, p. 8.