



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

PJ 2017/129

Kalkman, W.M.A.

Publication date

2017

Document Version

Final published version

Published in

Pensioen Jurisprudentie

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Kalkman, W. M. A. (2017). PJ 2017/129. 129. Case note on: Hof 's-Hertogenbosch, 2/05/17, 200.122.450_02, ECLI:NL:GHSHE:2017:1875 *Pensioen Jurisprudentie*, 2017(8), 799-815.

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.

Civiel**PJ 2017/129****HOF 'S-HERTOGENBOSCH**

2 mei 2017, nr. 200.122.450_02

(Mrs. R.R.M. de Moor, D.A.E.M. Hulskes, L.S. Frakes)

m.nt. W.M.A. Kalkman

Art. 6:233 onderdeel a BW; art. 4 Richtlijn oneerlijke bedingen (93/13); art. 7:900 BW

JOR 2017/198

ECLI:NL:GHSHE:2017:1875

Beleggingsverzekering; toepassing richtlijn oneerlijke bedingen op polisvoorwaarden.*Beleggingsverzekering; toepassing richtlijn oneerlijke bedingen op polisvoorwaarden.*

[appellante], wonende te [woonplaats], appellante, hierna aan te duiden als [appellante], advocaat: mr. J.B. Maliepaard te Bleiswijk, tegen

ASR Levensverzekering N.V., gevestigd te [vestigingsplaats], geïntimeerde, hierna aan te duiden als ASR, advocaat: mr. S.Y.Th. Meijer te Amsterdam.

5 Het tussenarrest van 6 oktober 2015

Bij genoemd arrest heeft het hof partijen in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over het arrest van 29 april 2015 (ECLI:EU:C:2015:286) van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie) (met betrekking tot de beantwoording van prejudiciële vragen over artikel 31 lid 3 van de Derde levensrichtlijn) (ro. 3.6.4 van het tussenarrest) en over de mogelijkheid van ambtshalve toetsing van mogelijk oneerlijke bedingen in de algemene voorwaarden van ASR en waarop ASR zich beroept (artikel 6:233 onder a BW en Richtlijn 93/13/EEG van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten; arresten van de Hoge Raad van 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, en 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1866) (ro. 3.7.7 van het tussenarrest).

6 Het verdere verloop van de procedure

Het verdere verloop van de procedure blijkt uit:

- de memorie na tussenarrest van [appellante], met producties;
- de memorie na tussenarrest van ASR;
- de antwoordmemorie na tussenarrest van [appellante], met producties;
- de antwoordmemorie na tussenarrest van ASR;
- het pleidooi van 12 oktober 2016 en de ter gelegenheid daarvan overgelegde producties (die op voorhand door mr. Maliepaard bij brief van 27 september 2016 en door mr. Meijer bij brief van 28 september 2016 zijn toegezonden) en pleitnota's.

Partijen hebben arrest gevraagd. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

7 De verdere beoordeling

7.1. Het debat tussen partijen heeft zich na het tussenarrest toegespitst op de vraag of enkele bedingen in de AV '97 (de door ASR gehanteerde algemene voorwaarden) onredelijk bezwarend zijn jegens [appellante] (artikel 6:233 aanhef en onder a BW). In verband daarmee heeft [appellante] haar vordering bij memorie na tussenarrest vermeerderd/gewijzigd. In aanvulling op haar vorderingen zoals gewijzigd bij memorie van grieven (zie r.o. 3.4.1 tussenarrest) vordert [appellante] thans, zo begrijpt het hof, kort samengevat dat

- ASR de op basis van een aantal bedingen uit de AV '97 ingehouden kosten en gedane inhoudingen moet terugbetalen aan [appellante] omdat deze bedingen oneerlijk zijn in de zin van Richtlijn 93/13, althans
- een aantal bedingen uit de AV '97 in het licht van artikel 6:238 lid 2 BW en artikel 5 van Richtlijn 93/13 worden uitgelegd op de voor [appellante] meest gunstige wijze en dat ASR de ten onrechte ingehouden kosten en gedane inhoudingen moet terugbetalen aan [appellante], in beide gevallen te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf het moment van inhouding dan wel vanaf een door het hof in goede justitie te bepalen datum.

7.2. ASR heeft zich beroepen op verval van de vorderingen (klachtplicht) en verjaring (conclusie van antwoord, 8.4 tot en met 8.8). Haar betoog komt erop neer dat de klachttermijn en de verjaringstermijn zijn gaan lopen vanaf het tijdstip van de offerte, de afgifte van de polis, het verstrekken van de jaaroverzichten of het verstrekken van de jaaroverzichten in overeenstemming met het model De Ruiter en dat de termijnen beide zijn verstreken. ASR wijst op de stellingen van [appellante] dat in 2007 de “hoge kosten” van de polis haar zijn opgevallen.

[appellante] brengt hiertegen in dat aan haar de gevolgen van de kosten op het rendement alsmede de risico's voor de beleggingen in dat verband pas in het eerste kwartaal van 2011, na overleg met de claimorganisatie waarbij zij zich heeft aangesloten, duidelijk zijn geworden (conclusie van repliek, 189). Het beroep op verjaring kan, gelet op artikel 6:235 lid 4 BW, niet slagen. Uit deze bepaling volgt dat de verjaringstermijn voor vernietiging van een beding in algemene voorwaarden begint met de aanvang van de dag, volgende op die waarop door de gebruiker tegenover de wederpartij/consument een beroep op het beding is gedaan. Partijen zijn niet ingegaan op deze wettelijke bepaling. Bij gebreke van een toelichting moet het ervoor worden gehouden dat ASR pas in 2011, tegenover de argumenten van [appellante], een beroep heeft gedaan op de desbetreffende bedingen. Immers, de reguliere uitvoering van de polis (incasso van premies, administratieve mutaties, verstrekking van de jaaroverzichten) kan zonder nadere toelichting en bij gebreke van voldoende duidelijke aan [appellante] gerichte uitleg destijds over de inhoud en implicaties van de bedingen – ASR heeft niet aangevoerd dat dit bij de totstandkoming van de overeenkomst is geschied – niet worden aangemerkt als een beroep op deze bedingen in de zin van artikel 6:235 lid 4 BW. ASR heeft dat ook niet gesteld. De inleidende dagvaarding is in september 2011 uitgebracht. Daarmee is de vordering tijdig ingesteld.

Bij deze stand van zaken kan ook niet worden gezegd dat [appellante] niet heeft geprotesteerd binnen de bewaarde tijd nadat zij het gestelde gebrek in de prestatie heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken. Voor het antwoord op de vraag of tijdig in de zin van artikel 6:89 BW is geprotesteerd, moet acht worden geslagen op alle relevante omstandigheden van het geval, waaronder het nadeel als gevolg van het verstrijken van de tijd totdat tegen de afwijking is geprotesteerd, en in elk geval ook op de waarneembaarheid van de afwijking, de deskundigheid van partijen, de onderlinge verhouding van partijen, de aanwezige juridische kennis en de behoefte aan voorafgaand deskundig advies (arrest van de Hoge Raad van 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9615, r.o. 3.4). Het gestelde gebrek betreft niet uitsluitend het bedrag van de kosten ([appellante] erkent in algemene zin dat de “hoge kosten” haar eerder waren opgevallen) maar het gehele samenstel van de bedingen die hierna aan de orde komen, de ongunstige gevolgen van deze bedingen voor [appellante] en de ongeoorloofde en onevenredige aard en strekking van deze bedingen. [appellante] is consument, zij is niet deskundig en zij mocht verwachten dat haar deskundige wederpartij – ASR – haar zou inlichten over eventuele gebreken. Niets is gesteld waaruit volgt dat [appellante] op de hoogte was van de (informatie)verplichtingen van ASR en gerede aanleiding had te veronderstellen dat ASR in de nakoming van die verplichtingen kon zijn tekortgeschoten (arrest van de Hoge Raad van 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, r.o. 4.3.1-4.3.2). De omstandigheid dat [appellante] op enig moment bekend was met de “hoge kosten” in algemene zin (en het door haar geleden nadeel) is in dat kader onvoldoende. Van [appellante] kon dan ook, anders dan ASR stelt (conclusie van dupliek, 6.10 en 6.11), niet worden verlangd dat zij onderzoek zou doen naar eventuele gebreken. Gelet op alle omstandigheden van het geval blijkt uit niets dat [appellante] ruim voor het uitbrengen van de inleidende dagvaarding het gestelde gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken. Ook indien ASR, zoals zij stelt maar niet voldoende feitelijk heeft onderbouwd, is geschaad doordat [appellante] voor het eerst in 2011 heeft geklaagd, is er gelet op al het voorgaande geen ruimte voor een ander oordeel. Deze schade is alsdan het gevolg van de handelwijze van ASR, die [appellante] geen uitleg heeft gegeven over het product en [appellante] ook niet heeft ingelicht over de gestelde gebreken. Het beroep van ASR op het verval en de verjaring van de vorderingen slaagt dan ook niet.

7.3. Het gaat in het geschil tussen partijen om de bedingen waarin de volgende kosten zijn geregeld (inleidende dagvaarding, 26-28; conclusie van antwoord, 4.11; conclusie van dupliek, 4.5; memorie van

grieven, 4; memorie van antwoord 6.26; memorie na tussenarrest [appellante], 55; memorie na tussenarrest ASR, 4.7; antwoordmemorie na tussenarrest ASR, 2.1, 3.10):

- A) beheerskosten
- B) premie overlijdensrisico
- C) poliskosten
- D) kosten “verschil verkoop/biedkoers”
- E) aanvullende administratiekosten.

Anders dan [appellante] betoogt (conclusie van repliek, 37; memorie van grieven, 25 tot en met 35), zijn deze bedingen – mede gezien de (werking van de) artikelen 6:231, 6:232 en 6:234 BW – naar het oordeel van het hof rechtsgeldig overeengekomen: [appellante] heeft het aanvraagformulier ingediend en ASR heeft het polisblad, vergezeld van de algemene voorwaarden waarin deze bedingen zijn opgenomen, aan [appellante] toegezonden (tussenarrest, ro. 3.2 onder e en f). De omstandigheid dat het bedrag van de periodiek te betalen kosten die uit de bedingen voortvloeien niet is vermeld op het polisblad of in de algemene voorwaarden doet niet ter zake. Partijen mogen overeenkomen dat de kosten nader worden vastgesteld door ASR en dat hebben zij hier gedaan, zoals hierna zal worden overwogen.

7.4. Partijen zijn het erover eens dat deze bedingen niet kunnen worden aangemerkt als kernbeding (artikel 6:231 aanhef en onder a BW; memorie van antwoord, 4.22), maar ASR betoogt dat de bedingen de in artikel 4 lid 2 van Richtlijn 93/13 genoemde gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs en anderzijds de tegenprestatie betreffen waardoor zij uitgesloten zijn van toetsing (memorie na tussenarrest [appellante], 64; memorie na tussenarrest ASR, 4.11; antwoordmemorie na tussenarrest ASR, 3.4; pleitnota ASR 12 oktober 2016, 17–18). ASR wijst erop dat in de wet en in de Richtlijn niet is beoogd een *iustum pretium* beginsel in te voeren.

7.5. De onderhavige bedingen zijn opgenomen in de omvangrijke AV '97 (bladzijdes 4, 5 en 9 van in totaal 15 bladzijden, exclusief bijgevoegde fiscale informatie). De bedingen zijn niet uitdrukkelijk, specifiek of concreet genoemd op het polisblad (conclusie van antwoord, 4.11). De bedingen kunnen ook niet uit het polisblad worden afgeleid. Zoals ASR heeft betoogd (conclusie van antwoord, 6.14; memorie van antwoord, 2.2), geeft het polisblad de kern van de prestaties over en weer aan: [appellante] betaalt een premie van *f* 100 per maand en ASR verbindt zich bij in leven zijn van de verzekerden op 1 september 2021 een bedrag uit te keren gelijk aan “de waarde van de dan aanwezige units” en bij overlijden; pleitnota ASR 12 oktober 2016, 4) (ASR heeft tegen deze achtergrond benadrukt dat voorlichting over andere onderwerpen dan de premie en de verwachte uitkering niet nodig was). De onderhavige bedingen, die zijn opgenomen in de AV '97 Sectie C 6 a 1, Sectie C 6 a 5, 6 en 8 en Sectie E 1 en onder b, zijn niet van zo wezenlijke betekenis dat de overeenkomst zonder deze bedingen niet tot stand zou zijn gekomen of zonder deze bedingen niet van wilsovereenstemming omtrent het wezen van de overeenkomst sprake zou zijn (Parl. Gesch. Inv. Boeken 3, 5 en 6, M.v.T. Inv., p. 1518, nr. 8, M.v.A. II, p. 1527; HR 19 september 1997, NJ 1998/6; vergelijk het arrest van het Hof van Justitie van 30 april 2014, C-26/13, Kásler, ECLI:EU:C:2014:282, onderdelen 49 en 50). De bedingen betreffen bijkomende voorwaarden (over de administratie en het beheer van de units) die weliswaar indirect, evenals de niet als kernbeding gekwalificeerde bedingen van de in de artikelen 6:236 en 6:237 BW opgenomen zwarte en grijze lijsten, een impact kunnen hebben op de prestatie (bij ASR: de hoogte van een uitkering – hoe meer kosten, hoe minder belegd vermogen), maar niet de kern van die prestatie aangeven. De bedingen behelzen een nadere bepaling van de belangrijkste modaliteiten van de prestaties en betreffen niet de – in artikel 4 lid 2 van Richtlijn 93/13 genoemde en in artikel 6:231 aanhef en onder a BW tot uitdrukking gebrachte – gelijkwaardigheid van de prijs (maandpremie [appellante]) en de tegenprestatie (uitkering door ASR) (M.v.T. Inv. voornoemd). ASR suggereert ten onrechte dat sprake zou zijn van een onderscheid tussen de maatstaf van artikel 4 lid 2 van deze richtlijn en de maatstaf van artikel 6:231 aanhef en onder a BW (artikel 4 lid 2 van de richtlijn is geïmplementeerd in artikel 6:231 aanhef en onder a BW). De door ASR geuite vrees dat bij toetsing van de bedingen aan artikel 6:233 aanhef en onder a BW een (gedeeltelijke) *iustum pretium* regel in het contractenrecht wordt geïntroduceerd is ongegrond. Het beding over de prijsbepaling door een derde is zelfs in de parlementaire geschiedenis genoemd als voorbeeld van een beding dat aan artikel 6:233 aanhef en onder a BW kan en moet worden getoetst (M.v.T. Inv. voornoemd). In de rede ligt dat dit ook geldt voor het beding dat de prijs nader zal worden bepaald door een partij (ASR) (zie 7.7 hierna).

7.6. De conclusie van het voorgaande is dat de uitzondering van artikel 6:231 aanhef en onder a BW (geen toetsing van kernbedingen) niet van toepassing is en dat de bedingen ambtshalve kunnen en moeten worden getoetst aan artikel 6:233 aanhef en onder a BW.

7.7. ASR heeft, naar het oordeel van het hof terecht, betoogd dat partijen bij het aangaan van de polis de nadere vaststelling van bepaalde kosten (7.3 hiervoor) aan haar hebben overgelaten (conclusie van antwoord, 4.11; conclusie van dupliek, 5.13; memorie van antwoord, 4.38-39). Een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument (tussenarrest van 6 oktober 2015, 3.7.6, waar onderdeel 47 van het arrest van het Hof van Justitie van 23 april 2015 is geciteerd) mocht de desbetreffende bedingen, gezien de tekst ervan in samenhang met de aard van het product en het stelsel van de algemene voorwaarden, bij het aangaan van de polis redelijkerwijs niet anders opvatten. De desbetreffende bedingen moeten dan ook worden aangemerkt als een vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 7:900 lid 2 BW (zie bijvoorbeeld het arrest van de Hoge Raad van 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, ro. 4.2.2 en 4.2.3, de voor dat arrest genomen conclusie van de advocaat-generaal onder 5.22.2 en de in noten 44 en 45 vermelde jurisprudentie). Het verweer van ASR dat de polis op dit punt kan worden vergeleken met een overeenkomst van koop waarbij de prijs niet is bepaald (7:4 BW) of met een overeenkomst van opdracht waarbij de hoogte van het loon niet is bepaald (7:405 lid 2 BW), waardoor [appellante] (de door ASR met inachtneming van de door haar gewoonlijk bedongen kosten in te vullen) redelijke kosten verschuldigd is, gaat niet op. De hoogte van de kosten is in de overeenkomst bepaald doordat de beslissing hierover, aan de hand van de in de algemene voorwaarden vermelde voorschriften, aan ASR is opgedragen. ASR voert op dit punt aan dat de omvang van de kosten, met uitzondering van de poliskosten, afhankelijk is van koersresultaten en niet op voorhand te voorspellen is (conclusie van dupliek, 5.7 tot en met 5.9, 5.15; antwoordmemorie na tussenarrest, 3.10 tot en met 3.13). Uit de desbetreffende bedingen volgt ook dat “de maatschappij” (ASR) van tijd tot tijd berekeningen uitvoert en de hoogte van de kosten vaststelt en dat een maximumvergoeding geldt voor de beheerskosten en de aanvullende administratiekosten (maximaal 1,5%, maximaal 2%, maximaal 4%; 7.9 en 7.13 hierna). Een door een berekening gestaafe keuze is dan ook noodzakelijk en deze beslissing is in de overeenkomst aan ASR opgedragen. Verder gaat ASR er zelf van uit, zoals hiervoor is overwogen, dat de vaststelling van de kosten aan haar is “overgelaten”. Dit standpunt impliceert een beding in de zin van artikel 7:900 lid 2 BW en een zekere vrijheid voor ASR bij de vaststelling van de kosten en is niet te rijmen met de rechtsfiguur van een koop of een opdracht waarbij de prijs dan wel het loon niet is bepaald (7:4 BW of 7:405 lid 2 BW).

7.8. Een beding waarbij de bevoegdheid de door de wederpartij verschuldigde kosten te berekenen en vast te stellen wordt opgedragen aan de gebruiker van algemene voorwaarden is naar het oordeel van het hof, ook in de context van een gemengde beleggingsverzekering die wordt aangeboden aan consumenten, niet zonder meer onredelijk bezwarend. Bij de toetsing aan het bepaalde in artikel 6:233 onder a BW moeten alle relevante omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen. In dit geval zijn naar het oordeel van het hof de volgende omstandigheden relevant.

- A) [appellante] heeft zich bij het aangaan van de overeenkomst ertoe verbonden gedurende 24 jaar geld aan ASR toe te vertrouwen met het oog op bewaring, beheer en uiteindelijk een uitkering aan [appellante] of haar partner. [appellante] respectievelijk haar partner kon aanspraak maken op uitkering van de waarde van de beleggingen (op de afgesproken einddatum; of tussentijds bij overlijden indien de waarde hoger was dan 110% van de overeengekomen dekking).
- B) Dit impliceert een fiduciaire verantwoordelijkheid aan de zijde van ASR. ASR was gehouden stipt en nauwgezet haar overeengekomen taak te vervullen, de belangen van [appellante] voor ogen te houden en over de verrichte werkzaamheden verantwoording af te leggen.
- C) De beslissing over de kosten is opgedragen aan de partij die de fiduciaire taak heeft (ASR, derhalve niet aan een onafhankelijke derde/deskundige).
- D) ASR was bij het aangaan van de overeenkomst kennelijk voornemens de door haar vastgestelde kosten door inhouding/verrekening te incasseren en zij heeft dit ook steeds gedaan. Het overeengekomen stelsel brengt mee dat [appellante] geen enkele handeling specifiek in verband met de kosten en de betaling verricht, zodat bij het aangaan van de overeenkomst te voorzien was dat de kosten haar niet zouden opvallen. Dit geldt te meer nu bij het aangaan van de overeenkomst (i) in het format van het aan [appellante] te verstrekken overzicht de nadruk werd gelegd op het beleggingsresultaat (“waarde stijging/daling”: de laatste regel van het overzicht), (ii) ASR voornemens was het overzicht eens per jaar te verstrekken, (iii) duidelijk was dat het ging om beperkte bedragen (€ 54,46 poliskosten per jaar, derhalve minder dan € 5 per maand; € 27,23 verschil verkoop/biedkoers per jaar, derhalve minder dan € 3 per maand) en (iv) ASR niet voornemens was bepaalde substantiële kosten op de jaarlijks te verstrekken overzichten te vermelden, zoals later is gebleken uit de vanaf 2008 aan [appellante] verstrekte overzichten

- overeenkomstig het model De Ruiter waarop, anders dan voorheen, die kosten wel stonden vermeld (inleidende dagvaarding, 33 tot en met 36, 78; conclusie van antwoord, 6.24).
- E) De kosten stonden kennelijk al bij het aangaan van de overeenkomst vast (binnen een bepaalde bandbreedte) (conclusie van repliek, 166; memorie van grieven, 26). Dit volgt uit het gegeven dat ASR jarenlang (nagenoeg) hetzelfde vaste bedrag voor poliskosten en “verschil verkoop/biedkoers” in rekening heeft gebracht. Van een later tot stand te brengen beslissing door ASR, afhankelijk van omstandigheden op het moment van de beslissing, was in zoverre geen sprake.
- F) Tegenover de door ASR vastgestelde en in rekening gebrachte kosten heeft ASR zich bij het aangaan van de overeenkomst, voor zover kan worden afgeleid uit de stellingen van partijen, niet verbonden tot een aanmerkelijke tegenprestatie, anders dan het fondsbeheer en de dekking (overlijdensrisico), waarvoor beheerskosten en premie werden betaald. Uit de stellingen van partijen kan niet worden afgeleid dat ASR zich bij het aangaan van de overeenkomst tegenover alle andere vergoedingen (poliskosten, aanvullende administratiekosten, “verschil verkoop/biedkoers”) heeft verbonden tot meer of andere prestaties dan het structureren van het product, het accepteren van de klant, het in stand houden van de administratie, het verstrekken van het jaaroverzicht, het betalen van verkoopprovisie aan de tussenpersoon en het uitvoeren van berekeningen met het oog op de vaststelling van de kosten. Bij gebreke van een toelichting (ASR is in het geheel niet ingegaan op de verbintenissen die zij op dit terrein, dus overigens, bij het aangaan van de overeenkomst op zich heeft genomen) kan niet worden aangenomen dat de uit deze verbintenissen voortvloeiende werkzaamheden naar objectieve maatstaven in de markt een hogere vergoeding kunnen rechtvaardigen dan een (zeer) gering deel van het op te bouwen vermogen over de gehele looptijd van het product.
- G) De – reeds bij het aangaan van de overeenkomst (binnen een smalle bandbreedte) vaststaande – kosten (poliskosten, aanvullende administratiekosten, “verschil verkoop/biedkoers”) zijn in verhouding tot het door [appellante] gewenste op te bouwen vermogen (eindkapitaal, uitgaande van het door ASR genoemde rendement van 9% per jaar netto na aftrek van beheerskosten gedurende 24 jaar) en de inleg (€ 544,56 per jaar) zeer hoog. ASR meldt op de overgelegde jaaroverzichten kosten – per jaar – van € 81,69 (€ 27,23 en € 54,46, verschil verkoop/biedkoers en poliskosten, producties 10 en 11 inleidende dagvaarding) en later in de orde van grootte van € 110 tot € 125 (kosten verzekeringsmaatschappij, kosten verzekeringsadviseur, producties 12 tot en met 16 inleidende dagvaarding; memorie van antwoord, productie 13 en verder). Indien € 125 bij benadering juist zou zijn, betaalt [appellante] over 24 jaar ongeveer € 3.000 aan dergelijke kosten, gelijk aan ongeveer 15% van het gewenste eindkapitaal (€ 20.420) en ongeveer 23% van de totale inleg (€ 544,56 x 24 = € 13.069,44). Daarbij komen nog de substantiële kosten voor het fondsbeheer en de premies voor het overlijdensrisico.

7.9. De bedingen over de beheerskosten luiden als volgt: “Op de waarde van ieder fonds kunnen beheerskosten in mindering worden gebracht tot maximaal 1,5% per jaar.” (algemene voorwaarden AV '97, Sectie C 6 a 1, bladzijde 4, productie 5 inleidende dagvaarding) en “Bij belegging in een Silver Star fonds kunnen jaarlijks beheerskosten in rekening worden gebracht tot maximaal 2% van de waarde van de bij de polis behorende units in dat fonds.” (Sectie E 2, bladzijde 9). Een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument mocht deze bedingen bij het aangaan van de overeenkomst redelijkerwijs niet anders opvatten dan als opdracht aan ASR (dan wel de fondsbeheerder) de beheerskosten periodiek te berekenen, vast te stellen en te incasseren (conclusie van antwoord, 6.46). Immers, de beheerskosten zijn afhankelijk van het nader in te vullen tarief (“maximaal” 1,5% dan wel 2%) en van het vermogen dat van tijd tot tijd in beheer is. Dergelijke bedingen zijn, ter voorkoming van onzekerheid of geschil over hetgeen rechtens tussen partijen geldt, geoorloofd (artikel 7:900 lid 2 BW) (zie bijvoorbeeld het arrest van de Hoge Raad van 29 april 2016, ro. 7.7 hiervoor).

De bedingen over de beheerskosten zijn niet onduidelijk of misleidend. Deze bedingen zijn ook niet onredelijk bezwarend. Voor [appellante] was bij het aangaan van de overeenkomst in redelijkheid duidelijk welke werkzaamheden voor haar zouden worden uitgevoerd (fondsbeheer) en welke vergoeding zij daarvoor zou moeten betalen (het door ASR of de fondsbeheerder nader vast te stellen percentage, maximaal 1,5% dan wel 2% van het beheerde vermogen). Uit de stellingen van partijen volgt dat de beheerskosten bij het aangaan van de overeenkomst niet bekend waren nu deze kosten afhankelijk zijn van het vermogen dat van tijd tot tijd in beheer is. Daarom is een beding als het onderhavige gangbaar en geschikt voor deze kosten. [appellante] heeft voorts niets gesteld waaruit volgt dat het beroep van ASR op het beding in dit geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Niet in geschil is dat de fondsbeheerder werkzaamheden heeft verricht voor het beheer van de door

[appellante] ingelegde bedragen, dat deze werkzaamheden in redelijkheid noodzakelijk waren voor dat beheer en dat [appellante] profijt heeft gehad van het beheer (in die zin dat het vermogen daadwerkelijk is belegd; koersverliezen laten dit oordeel onverlet). Zonder nadere toelichting – die ontbreekt – kan niet worden aangenomen dat de in rekening gebrachte beheerskosten (maximaal 1,5% dan wel 2% van het beheerde vermogen) buiten de bandbreedte vallen van gangbare en redelijke vergoedingen voor soortgelijke werkzaamheden.

7.10. Het beding over de premie voor overlijdensrisico luidt als volgt: “Naast de poliskosten zijn er kosten verschuldigd voor alle dekkingen. Deze kosten worden aan het begin van iedere maand verrekend door proportioneel royement van cumulerende units tegen biedkoers van het (de) betrokken fonds(en). Een eventueel tekort wordt verrekend door proportioneel royement van basis units van het (de) betrokken fonds(en).” “Voor overlijdensdekkingen worden – indien deze verhoogd met het equivalent van de verzekerde rente(n), groter zijn dan de waarde van de bij de polis behorende units op de basis van de biedkoers – over het verschil kosten in rekening gebracht volgens het tarief zoals vastgelegd in appendix 1.” (AV '97 Sectie E 1 en onder b, bladzijde 9). In Appendix 1 bij deze algemene voorwaarden is een tabel opgenomen waarin de “kosten per maand per f 100.000 overlijdenskapitaal” worden weergegeven, afhankelijk van leeftijd en geslacht van de verzekerde, oplopend vanaf f 8 tot f 8.116.

7.11. Een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument mocht ook dit beding redelijkerwijs bij het aangaan van de overeenkomst niet anders opvatten dan als een opdracht aan ASR om periodiek het opgebouwde vermogen (in de fondsen) in oegenschouw te nemen (hoe meer vermogen, hoe minder dekking aanvullend vereist was) en aan de hand daarvan en van de voornoemde tabel de premie te berekenen, vast te stellen en te incasseren. Dit beding is niet onduidelijk, misleidend of onredelijk bezwarend. De werkwijze van ASR bij het uitvoeren van de opdracht is in zoverre weliswaar slechts op hoofdlijnen beschreven, waarbij vragen kunnen rijzen over details, maar dit is niet ongeoorloofd. De strekking van het beding is immers dat dergelijke details aan ASR worden overgelaten. Voor [appellante] was bij het aangaan van de overeenkomst in redelijkheid duidelijk welk product zij kreeg (dekking overlijdensrisico) en welke vergoeding zij daarvoor zou moeten betalen (premie afhankelijk van het opgebouwde vermogen en Appendix 1) (conclusie van antwoord, 4.11, 4.15, 6.20; antwoordmemorie na tussenarrest, 2.16). Uit de stellingen van partijen volgt dat de premie bij het aangaan van de overeenkomst niet bekend was nu de premie afhankelijk is van het vermogen dat van tijd tot tijd in beheer is (het kapitaal waarvoor bij overlijden dekking wordt gegeven is lager indien het beheerde vermogen hoger is). Daarom is een beding als het onderhavige gangbaar en geschikt voor deze premie. [appellante] heeft voorts niets gesteld waaruit volgt dat het beroep van ASR op het beding in dit geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. [appellante] stelt dat de door ASR vastgestelde premie voor overlijdensrisico veel te hoog is en dat ASR hoge opslagen (52,13%) hanteert boven bepaalde gangbare normbedragen (sterftetabel GBM/GPV 85 - 90; inleidende dagvaarding, 38- 39; conclusie van antwoord, 6.26) terwijl later in overleg met diverse belangenstichtingen is afgesproken dat ASR een kostenopslag van maximaal 16% bovenop de kale risicopremie mag verlangen. Dit betoog kan [appellante] niet baten. De tarieven zijn gelet op de tabel in Appendix 1 steeds duidelijk geweest. [appellante] heeft niet gesteld dat ASR heeft verzuimd de grondslag van de tabel in Appendix 1 in samenhang met het opgebouwde vermogen toe te passen. [appellante] heeft niet voldoende concreet gemotiveerd dat deze premie exorbitant is en buiten de gangbare bandbreedte voor soortgelijke producten valt.

7.12. De bepalingen die het door [appellante] beschreven “hefboom- en inteereffect” opleveren, zijn naar het oordeel van het hof in dit geval, gelet op de door [appellante] gegeven toelichting, ook niet onredelijk bezwarend. Voor een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument was bij het aangaan van de overeenkomst gelet op de AV '97 voldoende duidelijk dat de waarde van de beleggingen zou kunnen dalen en dat de premie voor het overlijdensrisico in dat geval zou stijgen (inleidende dagvaarding, 67 tot en met 68; conclusie van antwoord, 6.60; conclusie van repliek, 128; conclusie van dupliek, 5.43 tot en met 5.44, 5.50, 5.54 tot en met 5.56, 6.57). Dit is het wezenlijke kenmerk van een gemengde beleggingsverzekering waarvoor [appellante] heeft gekozen. Het betoog van [appellante], dat bij dalende koersen meer units moeten worden verkocht om de vaste kosten te voldoen, is ongegrond. Zoals ASR terecht heeft opgemerkt, betaalt [appellante] elke maand premie/inleg. Hiermee worden elke maand units aangekocht. Het door [appellante] beschreven nadeel bij dalende koersen wordt (nagenoeg geheel) opgeheven door het voordeel dat in een dergelijke periode elke maand meer units kunnen worden aangekocht (conclusie van repliek, 134 en verder; memorie van antwoord, 6.35, 6.42, 8.12). Bij deze stand van zaken valt, zonder nadere toelichting die ontbreekt, niet in te zien dat de door [appellante] gewraakte bepalingen onredelijk bezwarend zouden zijn. ASR erkent

overigens dat een (zeer beperkt) nadeel is geleden in verband met het “hefboom- en inteereffect”, maar een dergelijk nadeel is, zonder nadere toelichting die [appellante] niet heeft gegeven, onvoldoende voor een ander oordeel.

7.13. Het beding over de poliskosten luidt als volgt: “Naast de poliskosten zijn er kosten verschuldigd voor alle dekkingen.” (AV '97 Sectie E 1, bladzijde 9).

Het beding over de aanvullende administratiekosten en over de kosten “verschil verkoop/biedkoers” luidt als volgt: “De afgiftekosten van iedere cumulerende unit zal door de maatschappij worden bepaald en zal niet groter zijn dan de maximumwaarde van het desbetreffende fonds, gedeeld door het aantal op het fonds betrekking hebbende units, vermenigvuldigd met de factor 100/95. Afronding vindt plaats naar boven tot maximaal 1%. (...) De biedkoers van iedere cumulerende unit zal door de maatschappij worden bepaald en zal niet minder zijn dan de minimumwaarde van het desbetreffende fonds, gedeeld door het aantal op het fonds betrekking hebbende units. Afronding vindt plaats naar beneden tot maximaal 1%. (...) De afgifte- en biedkoersen van iedere basisunit zijn afgeleid van hun laatste berekende koersen, de evenredige verandering in de desbetreffende koersen van de cumulerende unit in hetzelfde fonds, alsmede aanvullende administratiekosten tegen een tarief van maximaal 4% op jaarbasis.” (AV '97 Sectie C 6 a 5 en 8, bladzijde 4).

7.14. Een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument mocht bij het aangaan van de overeenkomst ook deze bedingen redelijkerwijs niet anders opvatten dan als opdracht aan ASR om de hoogte van bepaalde kosten vast te stellen. Ook deze bedingen moeten dan ook worden aangemerkt als vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 7:900 lid 2 BW.

Uit de stellingen van ASR volgt dat de poliskosten en de kosten “verschil verkoop/biedkoers” bij het aangaan van de overeenkomst reeds door ASR waren vastgesteld voor de looptijd van de overeenkomst als integraal onderdeel van het product. ASR heeft immers jaarlijks hetzelfde bedrag aan poliskosten en kosten “verschil verkoop/biedkoers” in rekening gebracht (zie de jaaroverzichten, producties 10 en 11 bij inleidende dagvaarding, producties 6 en 8 bij conclusie van antwoord en productie 13 bij memorie van antwoord). Voor de aanvullende administratiekosten geldt, gelet op het beding over deze kosten, hetzelfde. Uit de aangereikte gegevens (productie 13, memorie van antwoord) volgt dat niet elk jaar hetzelfde vaste bedrag voor “administratiekosten” in rekening is gebracht, maar dat neemt niet weg dat de “aanvullende administratiekosten”, begroot als een vast percentage van de kosten “verschil verkoop/biedkoers” (ASR heeft niet gesteld dat ooit een ander percentage is gehanteerd dan het maximale percentage van 4%), een vast en bij het aangaan van de overeenkomst bekend bedrag zijn. ASR wist of behoorde te weten bij het aangaan van de overeenkomst, gezien de hoogte van de reeds vaststaande kosten (7.8 hiervoor onder G), dat een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument, indien hij op de hoogte zou zijn van de omvang van de kosten, niet bereid zou zijn daarmee in te stemmen (vergelijk HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, r.o. 3.5.4., verwijzend naar HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 inzake Aziz). ASR wist of behoorde te weten bij het aangaan van de overeenkomst dat een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument door het gebruik van deze bedingen in de algemene voorwaarden zou worden bewogen tot acceptatie van voor hem zeer nadelige voorwaarden (de hoge, ASR reeds bekende vaststaande kosten) terwijl hij de omvang van de kosten volgende uit die bedingen, gelet op de inhoud van de bedingen (een opdracht aan ASR om de hoogte van de kosten vast te stellen), de cumulatieve impact van de bedingen, de ingewikkelde formulering van de bedingen en de gespreide wijze waarop de bedingen in de AV '97 worden gepresenteerd, niet kon begrijpen (7.8 hiervoor onder G; Hof van Justitie 30 april 2014, C-26/13, Kásler, ECLI:EU:C:2014:282). De bedingen waarbij de beslissing over de poliskosten, over de aanvullende administratiekosten en over de kosten “verschil verkoop/biedkoers” aan ASR is opgedragen verstoren onder de hiervoor onder 7.8 genoemde omstandigheden, in onderlinge samenhang bezien, in strijd met de goede trouw het contractuele evenwicht tussen partijen aanzienlijk en ongerechtvaardigd ten nadele van [appellante]. Daarom zijn de bedingen over de poliskosten, de aanvullende administratiekosten en de kosten “verschil verkoop/biedkoers” onredelijk bezwarend (artikel 6:233 onder a BW, te duiden in het licht van de rechtspraak van de Hoge Raad en het Hof van Justitie).

ASR voert aan dat de door haar in rekening gebrachte kosten gangbaar en gebruikelijk zijn binnen haar organisatie (antwoordmemorie na tussenarrest, 3.25 onder d), maar zij heeft niets naar voren gebracht over de verbintenissen die zij bij het aangaan van de overeenkomst op zich heeft genomen in het kader van deze kosten en de vervolgens daadwerkelijk door haar verrichte werkzaamheden. Zij heeft niet uitgelegd welke werkzaamheden (als hiervoor bedoeld) in redelijkheid nodig waren ten behoeve van het product en dat en waarom deze werkzaamheden in redelijke verhouding staan tot de in rekening gebrachte kosten. Zij heeft ook niet uitgelegd dat en waarom deze kosten konden worden gerechtvaardigd.

digd door het redelijkerwijs te verwachten profijt van [appellante] bij uitvoering ervan ten behoeve van het product.

7.15. ASR voert nog tot verweer aan dat de consument, die overweegt een levensverzekering te kopen, alleen houvast heeft aan informatie over de door hem te betalen maandelijkse premie en het beoogde eindkapitaal, zoals ASR bij het aangaan van de overeenkomst heeft verstrekt, overeenkomstig het systeem van een “universal life” verzekering. Het voorbeeldrendement van 9% per jaar was volgens ASR tegen deze achtergrond voldoende duidelijk (de door [appellante] gewraakte kosten waren daarin verwerkt) en de overige verstrekte informatie was volgens ASR ook duidelijk en begrijpelijk. [appellante] had eventuele vragen aan haar tussenpersoon kunnen en moeten stellen, aldus ASR (conclusie van dupliek, 6.24; antwoordmemorie na tussenarrest, 31; pleitnota ASR 12 oktober 2016, 23). Voor zover hierover al anders zou moeten worden geoordeeld, levert de compensatieregeling volgens haar een toereikende correctie op.

Deze verweren stuiten af op het hiervoor gegeven oordeel dat de bedingen over de poliskosten, de aanvullende administratiekosten en de kosten “verschil verkoop/biedkoers” onredelijk bezwarend zijn en op de daaraan ten grondslag gelegde redengeving. De perceptie aan de zijde van ASR en andere verzekeraars, in overleg met de minister en consumentenorganisaties (conclusie van antwoord, 5.25, memorie na tussenarrest, 2.7), dat de cliënt niets meer nodig had dan de door hem te betalen maandpremie en het beoogde eindkapitaal, rechtvaardigt geenszins – vanaf 1 januari 1995 (zie het arrest van het Hof van Justitie van 3 juli 2014, C-92/14, ECLI:EU:C:2014:2051, Tudoran, aangehaald in het tussenarrest van 6 oktober 2015, onderdeel 3.7.1) – een praktijk waarbij onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden worden gehanteerd. De door ASR gestelde keuzes van de verzekeraars, de minister en de consumentenorganisaties zijn toegespitst op de informatievoorziening die voorafgaat aan het aangaan van een overeenkomst, maar bij de toepassing van artikel 6:233 onder a BW worden alle omstandigheden bij het aangaan van de overeenkomst betrokken (7.8 hiervoor); deze keuzes kunnen in het licht van alle omstandigheden geen ander oordeel rechtvaardigen dan hiervoor is gegeven (7.14).

De onbalans als gecreëerd door de hier aan de orde zijnde bedingen wordt door de door ASR gestelde mogelijkheid van het stellen van vragen aan de tussenpersoon niet veranderd of hersteld, terwijl gesteld noch gebleken is dat daadwerkelijke onderhandelingen over de bedingen of AV'97 mogelijk waren. De gestelde bijstand door een tussenpersoon maakt [appellante] in ieder geval in dit verband niet minder een ‘consument’ als bedoeld in de richtlijn oneerlijke bedingen (vergelijk HvJ 3 september 2015, C-110/14 inzake Costea, ECLI:EU:C:2015:538, waarin sprake was van een advocaat/consument).

ASR heeft niet (gemotiveerd) betwist dat de tussenpersoon nagenoeg niets voor [appellante] heeft gedaan anders dan het invullen van het aanvraagformulier en dat de tussenpersoon na het aangaan van de overeenkomst een zeer hoge door ASR te betalen provisie tegemoet mocht zien (memorie van grieven, 10 tot en met 11, 15). [appellante] stelt onweersproken dat de werking van de AV '97 aan haar niet is uitgelegd. Bovendien heeft ASR geen concrete feiten aangevoerd waaruit kan volgen dat [appellante] een reële gelegenheid heeft gehad om vragen te stellen aan de tussenpersoon of dat de tussenpersoon in de gegeven omstandigheden bereid was adequaat de belangen van [appellante] te behartigen. [appellante] stelt onweersproken dat zij niet echt contact heeft gehad met de tussenpersoon, dat de bank de contacten heeft gehad met tussenpersoon en dat zij de tussenpersoon nooit heeft gezien (aant. pld. 2014, blz. 4). Uit niets blijkt dat ASR inspanningen heeft verricht om de tussenpersoon in staat te stellen naar behoren te adviseren (bijvoorbeeld trainingen en een informatieblad met een begrijpelijke presentatie van de hoofdlijnen en de structuur van het product). ASR heeft in het geheel niet uitgelegd wat zij heeft gedaan om de aard en strekking van de bedingen aan de tussenpersoon of [appellante] uit te leggen. Niet valt in te zien dat iemand anders dan ASR (die het product heeft gecreëerd) naar behoren uitleg over het product zou kunnen geven. [appellante] heeft de compensatieregeling niet als bindend maximumresultaat aanvaard zodat het haar vrij staat een hogere vergoeding/teruggave te verlangen, zoals zij in dit geding heeft gedaan.

7.16. Het voorgaande betekent dat de bedingen over de poliskosten, de aanvullende administratiekosten en de kosten “verschil verkoop/biedkoers” als onredelijk bezwarend vernietigbaar zijn en op die grondslag terecht door [appellante] zijn vernietigd althans als vernietigd moeten worden aangemerkt, dat deze bedingen daarom in de rechtsverhouding tussen partijen niet gelden en dat de kosten en inhoudingen op de voet van deze bedingen, te verminderen met hetgeen ASR aan [appellante] heeft vergoed of zal vergoeden op de voet van de compensatieregeling (ro. 3.2 onder o tussenarrest), als onverschuldigd betaald door ASR aan [appellante] moeten worden teruggegeven. (Zie ook HvJ (GK) 21 december 2016 C-154/15 e.a. Guttierrez Naranjo e.a., ECLI:EU:C:2016:980, r.o. 62.) De overeenkomst kan immers voortbestaan zonder de onredelijk bezwarende bedingen, die de hoogte van de voor ASR bestemde

vergoeding betreffen, maar niet de essentie van de prestaties over en weer. Deze essentie staat niet in onverbreeklijk verband met de onredelijk bezwarende bedingen (artikel 3:41 BW; HvJ EU 14 juni 2012, ECLI:EU:C:2012:349, Banesto).

7.17. [appellante] heeft terecht aanspraak gemaakt op de wettelijke rente over hetgeen door ASR moet worden teruggegeven. Gelet op de vernietiging heeft [appellante] in zoverre onverschuldigd betaald. ASR moest gelet op al het voorgaande van meet af aan rekening houden met de verplichting tot teruggave en zij behoorde onder de hiervoor onder 7.8 omschreven omstandigheden te weten dat zij het betaalde zou moeten teruggeven. De gevorderde wettelijke rente zal dan ook, zoals gevorderd bij memorie na tussenarrest, worden toegewezen vanaf het moment van inhouding (zie het arrest van 19 mei 2000 van de Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2000:AA5863).

7.18. Het hof ziet, in verband met de vernietiging van onredelijk bezwarende bedingen, geen reden voor een vergoeding ten gunste van ASR uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW; vergelijk Hof van Justitie 17 april 2008, C-404/06, Quelle, ECLI:EU:C:2008:231; Hoge Raad 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, ro. 3.16, Mobiele telefoon II). De ratio van artikel 6:233 aanhef en onder a is dat de consument wordt beschermd. Deze bescherming moet effectief zijn. De sanctie op schending van artikel 6:233 aanhef en onder a BW moet doeltreffend en afschrikwekkend zijn. Een onredelijk bezwarend beding, zoals in dit geval aan de orde, mag dan ook niet worden geconverteerd in een redelijke vergoeding voor verleende diensten: er zou in dat geval voor de gebruiker van algemene voorwaarden een incentive ontstaan om continu de grenzen van het toelaatbare op te zoeken en zelfs risico's te overschrijden (zie het arrest van het Hof van Justitie van 14 juni 2012, C-618/10, Banco Espanol, ECLI:EU:C:2012:349; het arrest van het Hof van Justitie van 30 mei 2013, C-488/11, Asbeek Brusse, ECLI:EU:C:2013:341; en het arrest van de Hoge Raad van 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, ro. 3.16). Niet uitgesloten is echter dat een vergoeding op de voet van ongerechtvaardigde verrijking onder omstandigheden wel redelijk is en moet worden toegewezen. Dergelijke omstandigheden zijn in dit geval niet aan de orde. [appellante] zal de beheerskosten en de premie voor overlijdensrisico moeten voldoen waardoor – anders dan ASR aanvoert – geen sprake is van een gratis product. ASR heeft niets concreets naar voren gebracht over de (extra of bijzondere) verbintenissen die zij bij het aangaan van de overeenkomst op zich heeft genomen tegenover de desbetreffende kosten, anders dan hiervoor onder 7.8 F is beschreven. De daar beschreven verbintenissen kunnen slechts een geringe vergoeding rechtvaardigen en zouden ook zeer wel geheel of in aanmerkelijke mate kunnen worden gedekt door de beheerskosten en de premies voor overlijdensrisico (ook voor het fondsbeheer en de levensverzekering is een administratie vereist en moeten overzichten of vergelijkbare stukken aan klanten worden verstrekt). Bij gebreke van een nadere toelichting – die ASR in het geheel niet heeft verschaft – kan niet worden gezegd dat het in dit geval redelijk is dat ASR, in aanvulling op de beheerskosten en de premies voor overlijdensrisico, een extra vergoeding ontvangt. Het betoog van ASR dat zij in elk geval aanspraak kan maken op vergoeding van gebruikelijke of redelijke kosten overeenkomstig de compensatieregeling is dan ook ongegrond (antwoordmemorie na tussenarrest, 3.34).

7.19. Gelet op al het voorgaande heeft [appellante] geen belang bij een nadere beoordeling van haar vorderingen op de grondslag van wanprestatie, onrechtmatige daad en ontbinding/beëindiging. Dit geldt ook voor haar incidentele vordering bij memorie van grieven (843a Rv) en voor haar verzoek terug te komen van de bindende eindbeslissing in het tussenarrest (3.5.1 en verder) over de grief die tardief is aangevoerd.

Indien het beroep van [appellante] op wanprestatie, onrechtmatige daad en ontbinding/beëindiging zou slagen (bijvoorbeeld omdat het product niet passend was of niet op alle punten voldoende informatie is verstrekt; inleidende dagvaarding, 55; conclusie van antwoord, 4.7), kan gelet op het voorgaande niet worden aangenomen dat dit zou leiden tot een andere (eind)beslissing. Het door [appellante] geleden nadeel (conclusie van antwoord, 8.19; art. 3:53 lid 2, 6:210 lid 2, 6:230 lid 1, 6:272 lid 1 BW) wordt naar het oordeel van het hof op passende wijze geadresseerd in de beslissing die hierna wordt gegeven. [appellante] ontvangt het bedrag van de kosten en inhoudingen die voortvloeien uit de onredelijk bezwarende bedingen terug, te vermeerderen met de wettelijke rente, die een gefixeerde schadevergoeding biedt (art. 6:119 BW), zodat er daarnaast geen plaats is voor het gevorderde misgelopen rendement over de inleg. Voor een verdergaande sanctie biedt het systeem van Richtlijn 93/13 ook geen basis.

[appellante] is de kosten en inhoudingen die voortvloeien uit de onredelijk bezwarende bedingen voor de toekomst niet verschuldigd. Door de vernietiging van deze bedingen en na de teruggave door ASR ingevolge deze beslissing is er geen tekortkoming (meer) van ASR. Dat betekent dat er geen grond (meer) is voor de door [appellante] gevorderde ontbinding van de overeenkomst en de gevorderde verklaring voor recht dat ASR terekenbaar tekort is geschoten jegens [appellante]. Gezien bovenstaande beslissing

is er evenmin grond (meer) voor de gevorderde verklaring voor recht voor zover die inhoudt dat ASR onrechtmatig jegens [appellante] heeft gehandeld. De compensatieregeling is in de beslissing verdisconteerd. De strekking van de compensatieregeling is de kwestie van de gestelde te hoge kosten op te lossen (conclusie van antwoord, 7.10). Voor zover [appellante] bedragen ingevolge de compensatieregeling heeft ontvangen, is haar nadeel al vergoed of heeft zij het door haar betaalde al terug ontvangen. Deze betalingen door ASR zullen met inachtneming van artikel 6:44 BW in mindering strekken (via verrekening) op de periodiek door [appellante] betaalde en thans terug te ontvangen bedragen vermeerderd met respectief daarover verschuldigde rente, waartoe ASR zal worden veroordeeld.

Het debat tussen partijen over de Derde levensrichtlijn (92/96/EEG), de Nederlandse implementatie daarvan (Riav 94) en de heersende opvattingen in Nederland over informatieplichten van verzekeraars in de jaren '90 kan gelet op hetgeen hiervoor is overwogen verder onbesproken blijven (conclusie van antwoord, 5.4-5.5, 5.9, 5.22, 6.21, 6.46, 6.54; conclusie van dupliek, 5.111). Niets wijst erop dat overige regelingen van (o.m.) consumentenbescherming, zoals artikel 6:233 aanhef en onder a BW (Richtlijn 93/13), waarin essentiële bepalingen ter bescherming van consumenten zijn vastgelegd althans geïmplementeerd, buiten toepassing moeten blijven in geval van een levensverzekering die wordt gereguleerd door de Riav 94 (Derde levensrichtlijn). Ook indien ASR zoals zij aanvoert heeft voldaan aan alle verplichtingen die voortvloeien uit de Derde levensrichtlijn (waarbij zoals zij aanvoert geen aanvullende verplichtingen mogen worden opgelegd), laat dat het oordeel dat hiervoor is gegeven onverlet. De door [appellante] gestelde overtredingen van deze regels kunnen ook niet leiden tot een ander oordeel.

7.20. De grieven slagen. Een nadere beoordeling daarvan naast hetgeen reeds is overwogen, is niet nodig. Het bestreden vonnis moet worden vernietigd en het door [appellante] gevorderde moet als voormeld worden toegewezen.

7.21. ASR zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten in beide instanties worden veroordeeld, tot op heden aan de zijde van [appellante] begroot op € 161,81 voor verschotten (€ 90,81 exploit dagvaarding, € 71,- griffierecht) en € 1.600,- voor salaris advocaat (2 punten, tarief kanton complex € 800,-) in eerste aanleg en op € 389,64 voor verschotten (€ 90,64 exploit dagvaarding, € 299,- griffierecht) en € 2.682,- voor salaris advocaat (6 punten: grieven 1, pleidooi 2, twee memories na tussenarrest 1, pleidooi 2; tarief II onbepaalde waarde € 894,- maximaal 3 punten) in hoger beroep.

8 De uitspraak

Het hof:

8.1. vernietigt het vonnis waarvan beroep; en opnieuw rechtdoende:

8.2. veroordeelt ASR aan [appellante] terug te geven de kosten en inhoudingen op de grondslag van de bedingen in de AV '97 over de poliskosten, de aanvullende administratiekosten en de kosten "verschil verkoop/biedkoers", te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van de inhouding en te verminderen met de prestaties ingevolge de compensatieregeling;

8.3. veroordeelt ASR in de proceskosten in beide instanties, tot op heden aan de zijde van [appellante] begroot op € 161,81 voor verschotten en € 1.600,- voor salaris advocaat in eerste aanleg en op € 389,64 voor verschotten en € 2.682,- voor salaris advocaat in hoger beroep, inclusief de nakosten van € 131,- indien dit arrest niet wordt betekend dan wel € 199,- indien dit arrest wordt betekend, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf twee weken na de datum van dit arrest tot de dag der algehele voldoening;

8.4. verklaart dit arrest wat betreft de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

8.5. wijst af het meer of anders gevorderde.

Noot

1. De kern van de uitspraak

1.1. In deze zaak gaat het om een consument die in 1997 een beleggingsverzekering heeft gesloten met een rechtsvoorganger van verzekeraar ASR, Falcon Leven N.V. Het gaat om een verzekeringsovereenkomst van het type *Falcon Levensplan*. De kern van de prestaties zijn weergegeven op het polisblad: de consument betaalt een bruto premie en de verzekeraar doet een uitkering bij in leven zijn van de verzekerde op een bepaalde datum of bij overlijden van de verzekerde vóór die bepaalde datum.

1.2. Voor de onderhavige zaak is daarnaast relevant dat in de polisvoorwaarden informatie wordt verstrekt over (de periodieke) verrekening van verschillende kosten en risicopremies. Deze kosten en

risicopremies maken geïntegreerd onderdeel uit van de bruto premie die de verzekeringnemer aan de verzekeraar verschuldigd is en worden dus niet apart in rekening gebracht bij de verzekeringnemer.

1.3. De consument is ontevreden over de waardeontwikkeling in haar beleggingsverzekering en dagvaardt ASR uiteindelijk voor de kantonrechter in Den Bosch. Deze wijst de vorderingen van de consument af in zijn uitspraak van 17 juli 2012 (ECLI:NL:RBSHE:2012:BX3136). De consument gaat in hoger beroep. In een tussenuitspraak van 6 oktober 2015 (ECLI:NL:GHSHE:2015:3895) stelt het Hof 's-Hertogenbosch partijen in de gelegenheid te reageren op het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie ("HvJ EU") van 29 april 2015, C-51/13, ECLI:EU:C:2015:286 (*NN/Van Leeuwen*) en op de vraag of bepaalde kostenbepalingen in de polisvoorwaarden onredelijk bezwarend/oneerlijk zijn in de zin van art. 6:233 sub a BW en de Richtlijn 93/13/EEG van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentovereenkomsten ("Richtlijn oneerlijke bedingen"). Het gaat in het bijzonder om de bepalingen die zien op de beheerkosten, premie overlijdensrisico, poliskosten, kosten 'verschil verkoop/biedkoers' en aanvullende administratiekosten. Het Hof 's-Hertogenbosch ziet kennelijk aanleiding om deze kostenbepalingen uit te lichten en elke bepaling afzonderlijk via afdeling 6.5.3. BW (algemene voorwaarden) ambtshalve te toetsen aan de Richtlijn oneerlijke bedingen.

1.4. In zijn eindarrest van 2 mei 2017 (ECLI:NL:GHSHE:2017:1875, *JOR* 2017/198, m.nt. C.W.M. Lieverse) neemt het hof bij deze ambtshalve toetsing tot uitgangspunt dat de beleggingsverzekering een *samengestelde overeenkomst* is, bestaande uit een verzekering (dekking van het overlijdensrisico) en een opdracht tot het verlenen van beleggingsdiensten (vermogensbeheer), waarvoor "beheerskosten en premie werden betaald" (zie r.o. 7.8. onder G). Volgens het hof treedt ASR feitelijk op als vermogensbeheerder (het beheren en bewaren van de aan haar toevertrouwde gelden). De consument en haar partner konden – aldus het Hof 's-Hertogenbosch – aanspraak maken op uitkering van "de waarde van de beleggingen" (zie r.o. 7.8. onder A) hetgeen "impliceert een fiduciaire verantwoordelijkheid aan de zijde van ASR". ASR was – nog steeds aldus het Hof 's-Hertogenbosch – "gehouden stipt en nauwgezet haar overeengekomen taak te vervullen, de belangen van [appellante] voor ogen te houden en over de verrichte werkzaamheden verantwoording af te leggen" (r.o. 7.8. onder B).

1.5. Vervolgens zoomt het hof in op de kostenbepalingen in de toepasselijke polisvoorwaarden. Het beschouwt die als aparte *vaststellingsovereenkomsten* in de zin van art. 7:900 BW. Die vaststellingsovereenkomst zou 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* (r.o. 7.14.). Het hof oordeelt dat deze kostenbepalingen *'bijkomende voorwaarden'* betreffen, die niet de kern van de prestatie aangeven. Volgens het hof betreffen deze bedingen een nadere bepaling van de belangrijkste modaliteiten van de prestaties, maar niet de gelijkwaardigheid van de prijs en de tegenprestatie. Om die reden zouden deze bepalingen niet uitgezonderd zijn van een inhoudelijke toets aan afdeling 6.5.3. BW en de Richtlijn oneerlijke bedingen.

1.6. Het hof overweegt in het kader van deze inhoudelijke toets dat ASR geen aanmerkelijke tegenprestatie heeft geleverd tegenover enkele van de door haar vastgestelde en in rekening gebrachte kosten. Een consument zou volgens het hof nooit ingestemd hebben met die *"zeer hoge kosten"* als hij daarvan op de hoogte was geweest.

1.7. De kostenbepalingen die zien op de poliskosten, aanvullende administratiekosten, kosten verschil verkoop/biedkoers worden door het Hof 's-Hertogenbosch als onredelijk bezwarend aangemerkt en vernietigd. ASR dient deze kosten als onverschuldigd betaald terug te betalen aan de consument.

2. Wat gaat er mis in deze uitspraak?

2.1. Over deze uitspraak is veel te zeggen. Ik beperk mij echter tot twee punten.

2.2. Het eerste punt is een essentiële vergissing die het hof Den Bosch maakt, namelijk dat het de ASR-beleggingsverzekering kwalificeert als een in plaats van als een *verzekeringsovereenkomst (levensverzekering)*. Mede door deze verkeerde kwalificatie, neemt het hof ook de verkeerde afslag voor zijn op afdeling 6.5.3. BW en de Richtlijn oneerlijke bedingen gebaseerde oordelen.

2.3. Het tweede punt betreft de geringe aandacht die het hof besteedt aan de Derde Richtlijn Levensverzekering (92/96/EEG) ("Derde Levensrichtlijn") en de Nederlandse implementatiewetgeving die voorschrijven welke precontractuele en contractuele informatie (uit oogpunt van consumentenbescherming) verstrekt diende te worden met het oog op het sluiten van een beleggingsverzekering. Die geringe aandacht is onterecht, want het voldoen aan de informatieverplichtingen die voortvloeien uit de Derde Levensrichtlijn en de daarop gebaseerde Nederlandse implementatiewetgeving kan niet tegelijkertijd een schending van de voorschriften van de Richtlijn oneerlijke bedingen opleveren, nu

beide richtlijnen consumentenbescherming beogen (zie Rechtbank Rotterdam 19 juli 2017, r.o. 4.73., ECLI:NL:RBROT:2017:5654).

3. Een beleggingsverzekering is een levensverzekering

3.1. De procedure zag dus op een beleggingsverzekering. Een beleggingsverzekering is een – voor de toepassing van het Nederlands recht – benoemde overeenkomst, te weten een verzekeringsovereenkomst (levensverzekering) in de zin van art. 7:975 jo. 7:964 jo. 7:925 BW.

“Art. 7:925 lid 1 BW omschrijft de verzekeringsovereenkomst – voor zover relevant voor de onderhavige discussie – als de overeenkomst ‘waarbij de ene partij, de verzekeraar, zich tegen het genot van *premie* jegens haar wederpartij, de verzekeringnemer, *verbindt* tot het doen van een of meer *uitkeringen* [...]”

3.2. Bij een beleggingsverzekering neemt de verzekeringnemer niet zelf rechtstreeks deel in een beleggingsinstelling; dat doet de verzekeraar die *op eigen naam* beleggingseenheden (participaties) aanhoudt in een beleggingsfonds. De verzekeringnemer heeft op de verzekeraar slechts aanspraken in euro's ter grootte van de voor zijn verzekering aangehouden beleggingseenheden (participaties). De premie wordt omgezet in participaties en op de uitkeringsdatum worden de participaties omgerekend in euro's. De eurowaarde wordt vervolgens betaald aan de begunstigde.

3.3. De vraag of een beleggingsverzekering uitsluitend een verzekeringsovereenkomst (levensverzekering) of een andersoortige overeenkomst of combinatie van overeenkomsten is (en dus als samengestelde overeenkomst zou kunnen kwalificeren), is onderwerp geweest van prejudiciële vragen die door het Hof van Justitie van de Europese Unie (“HvJ EU”) in zijn arrest van 1 maart 2012, C-166/11, ECLI:EU:C:2012:119 (*Alonso/Nationale Nederlanden Vida Cia De Seguros y Reaseguros SAE*) zijn beantwoord. In deze zaak had de verwijzende Spaanse rechter de vraag opgeworpen of beleggingsverzekeringen geen samengestelde overeenkomsten zijn, aangezien “De vergoedingen die eigen zijn aan deze verzekeringsovereenkomst, [...] immers gecombineerd [worden] met de vergoedingen van een echt beleggingsproduct”. Het HvJ EU oordeelde dat contractuele bedingen die zien op de omzetting van de premies in aanspraken in beleggingsfondsen niet ongewoon zijn en verzekeringsovereenkomsten die verbonden zijn met beleggingsfondsen veel voorkomen in het verzekeringsrecht. Dit bracht het HvJ EU tot de volgende vaststellingen:

“Bijgevolg heeft de Uniewetgever, zoals uitdrukkelijk blijkt uit punt III van bijlage I bij de levensverzekeringsrichtlijn juncto artikel 2, punt 1, sub a, van deze richtlijn, geoordeeld dat dit soort overeenkomsten tot de levensverzekeringsbranche behoort.”

en

“verzekeringsovereenkomsten die verbonden zijn met beleggingsfondsen, [heeft de Uniewetgever] als verzekeringsovereenkomsten [...] beschouwd”.

3.5. De beleggingsverzekering kwalificeert dus als een *verzekeringsovereenkomst* en niet als een samengestelde overeenkomst die mede strekt tot het verlenen van beleggingsdiensten, zoals het hof veronderstelt. (Overigens mogen levensverzekeraars – zoals ASR – op grond van art. 3:36 Wft ook geen overeenkomsten tot het verlenen van beleggingsdiensten aan derden sluiten. Levensverzekeraars mogen alleen het verzekeringsbedrijf uitoefenen via het sluiten van levensverzekeringen. Het verlenen van beleggingsdiensten voor derden is geen handelsactiviteit die uit het verzekeringsbedrijf voortvloeit en is daarom niet toegestaan aan verzekeraars [*Kamerstukken II 2006/07, 31 086, nr. 3, p. 12*].)

3.6. Omdat het hof – in strijd met het Unierecht – het *Falcon Levensplan* niet als een verzekeringsovereenkomst kwalificeert, zet het hof de deur open voor onjuiste vervolgedeneringen. Ik licht dit toe.

3.7. De primaire verbintenissen die uit een *verzekeringsovereenkomst* voortvloeien en waarvoor een contractuele grondslag aanwezig moet zijn, zijn de verbintenis tot het betalen van de bruto premie door de verzekeringnemer en een verbintenis tot het doen van een of meer uitkeringen door de verzekeraar. Daarover is wilsovereenstemming vereist.

3.8. Voor de primaire verbintenissen die uit *de beleggingsverzekeringsovereenkomst* voortvloeien, leidt het voorgaande niet tot ander inzicht. De verzekeringnemer betaalt in dat geval ook de bruto pre-

mie (de prijs) en de verzekeraar verplicht zich een uitkering (de prestatie) te doen. Als wilsovereenstemming over bruto premie en de uitkering (toegelicht via de netto voorbeeldkapitalen) aanwezig is, is het (feitelijk en juridisch) niet verenigbaar met het karakter van de verzekeringsovereenkomst – zoals het Hof Den Bosch ten onrechte doet – om de bruto premie vervolgens te ontlede in los van elkaar te beoordelen vergoedingen, waarover afzonderlijke wilsovereenstemming vereist zou zijn. Die vergoedingen zijn immers een geïntegreerd onderdeel van de bruto premie en worden niet afzonderlijk in rekening gebracht bij de verzekeringnemer.

3.9. Met de wilsovereenstemming tussen verzekeraar en verzekeringnemer over de bruto premie (en de daar geïntegreerd onderdeel van uitmakende kosten en risicopremies) en de uitkering zoals toegelicht met netto voorbeeldkapitalen (waarin alle kosten en risicopremies verwerkt zijn), is tevens de inhouding/verrekening van de kosten en risicopremies volgens de in de verzekeringsovereenkomst toegepaste berekeningsmethodiek overeengekomen. Voor een verzekeringsovereenkomst – en dus ook voor een beleggingsverzekeringsovereenkomst – is dan ook geen afzonderlijke contractuele grondslag vereist voor kosten en risicopremies die geïntegreerd onderdeel uitmaken van de bruto premie en die verwerkt zijn in de netto voorbeeldkapitalen. De kostenbepalingen in de polisvoorwaarden zijn dan in principe ook niet meer dan bepalingen met een informatief karakter.

3.10. Met andere woorden, de kostenbepalingen weggedacht, zou de verzekeringnemer hooguit minder informatie hebben ontvangen over de in de bruto premie geïntegreerde kosten, maar verder op dezelfde wijze gebonden zijn aan de overeenkomst en daarmee aan de premie en de uitkering, inclusief de berekeningsmethodiek langs welke de uitkering tot stand komt.

4. Regelgeving specifiek voor beleggingsverzekeringen neemt de bruto premie en de via netto-voorbeeldkapitalen toegelichte uitkering als uitgangspunt

4.1. Niet alleen het karakter van de verzekeringsovereenkomst, maar ook de wettelijk voorgeschreven, (pre)contractuele informatieverstrekking door verzekeraars is in de periode 1994-2008 gebaseerd op het uitgangspunt dat een (aspirant-)verzekeringnemer moet weten wat hij betaalt (de bruto premie en de kosten die eventueel naast de bruto premie in rekening worden gebracht) en wat hij daarvoor kan krijgen (de uitkering op basis van netto-voorbeeldkapitalen). De destijds geldende informatieverplichtingen namen tot uitgangspunt dat het voor een goed geïnformeerde (aspirant-)verzekeringnemer niet nodig was om daarnaast ook inzicht te hebben in de concrete kosten(soorten) en risicopremies die geïntegreerd onderdeel uitmaken van de bruto premie en die verwerkt zijn in de uitkering. Deze keuze van de wetgever, die aansloot bij de destijds geldende maatschappelijke opvattingen, zet ik hierna uiteen.

4.2. Daarbij is allereerst van belang te begrijpen dat anders dan bij een 'traditionele' levensverzekering, bij een beleggingsverzekering de uitkering bij leven (en soms ook bij overlijden) vooraf niet vast staat. In het geval van beleggingsverzekeringen is de uitkering gerelateerd aan de waarde van de participaties die in door de verzekeringnemer gekozen beleggingsfondsen door de verzekeraar worden aangehouden. Inzicht in het bedrag van de uitkering werd geboden via de in de offerte getoonde netto voorbeeldkapitalen op basis van voorbeeldscenario's, waarin alle kosten en risicopremies waren verwerkt. Zodoende werd de *invloed* van kosten en risicopremies op het rendement en de uitkering zichtbaar. Over deze wijze van informatieverstrekking over het bedrag van de uitkering en de kosten en risicopremie die daarop van invloed zijn, bestond van 1994 tot 2008 brede consensus (zie hierover uitgebreid Rechtbank Den Haag 28 juni 2017, r.o. 2.43-2.72, ECLI:NL:RBDHA:2017:7072 (*Woekerpolis.nl/Aegon*) en Rechtbank Rotterdam 19 juli 2017, r.o. 4.11-4.41, ECLI:NL:RBROT:2017:5654 (*Woekerpolis.nl/Nationale-Nederlanden*)).

4.3. De Nederlandse regelgeving die betrekking heeft op de precontractuele en contractuele informatieverstrekking over de wezenlijke kenmerken van de beleggingsverzekeringsovereenkomst vindt vanaf 1994 zijn oorsprong in het Europees recht. Evenals in het Nederlands recht is de beleggingsverzekering ook een benoemde verzekeringsvorm in de Europese richtlijnen die betrekking hebben op de Levensverzekering.

In de bijlage bij de Eerste Richtlijn Levensverzekering (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 Solvabiliteit II Richtlijn (Richtlijn 2009/138/EG) wordt onder III gesproken van de branche: 'Levensverzekeringsactiviteiten [...] welke verbonden zijn met beleggingsfond-

sen'. Zie voor de implementatie van deze Europese voorschriften art. 2:27 lid 2 Wft jo. Bijlage Branches onder 3 (levensverzekeringen verbonden met beleggingsfondsen) Wft.

4.4. In art. 31 lid 1 en bijlage II, onder A, van de Derde Levensrichtlijn is bepaald welke informatie de verzekeraar voorafgaand aan en met het oog op het tot stand komen van de verzekeringsovereenkomst moest verstrekken aan de aspirant-verzekeringnemer om inzicht te geven in de kenmerkende prestaties die uit de verzekeringsovereenkomst voortvloeien. Zo moest de aspirant-verzekeringnemer – onder meer – geïnformeerd worden over:

a. 4 Omschrijving van elke verzekeringsdekking en keuzemogelijkheid;

a. 7 Wijze en duur van betaling van de premies;

a. 10 Inlichtingen over de premies voor iedere verzekeringsdekking, zowel de hoofddekking als de aanvullende dekkingen, indien zulke inlichtingen dienstig blijken.

4.5. In de Derde Levensrichtlijn is *geen* voorschrift opgenomen met betrekking tot het verstrekken van informatie over kosten(soorten) en risicopremies die geïntegreerd onderdeel zijn van de bruto premie. Deze informatie werd niet gezien als wezenlijk voor een goed begrip van de verzekeringsovereenkomst (zie ook Rechtbank Gelderland 12 oktober 2016, r.o. 4.8., ECLI:NL:RBGEL:2016:5476, PJ 2016/162, m.nt. W.M.A. Kalkman).

4.6. Op grond van art. 31 lid 4 van de Derde Levensrichtlijn diende Nederland als lidstaat (algemeen verbindende) toepassingsvoorschriften vast te stellen, zodat de verzekeraar kon weten welke informatie hij in de precontractuele fase moest verstrekken en de aspirant-verzekeringnemer welke informatie hij kon verwachten (zie *Aanwijzingen voor de Regelgeving 1992*, hoofdstuk 8, p. 222-233 [versie van kracht ten tijde van de implementatie van de Derde Levensrichtlijn]). Zie ook *Handleiding Wetgeving en Europa; De voorbereiding, totstandkoming en nationale implementatie van Europese regelgeving*, 2009, p. 86 (www.buza.nl).

4.7. Sinds 1 juli 1994 is in Nederland de (pre)contractuele informatieverstrekking door verzekeraars aan verzekeringnemers wettelijk geregeld, in eerste instantie in art. 51 Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 ("Wtv 1993") en de daarop gebaseerde ministeriële regeling *Regeling informatievoorziening aan verzekeringnemers 1994* en de *Regeling informatieverstrekking aan verzekeringnemers 1998* ("Riav 1994/1998"). Art. 51 Wtv 1993 en de Riav 1994/1998 strekten ter implementatie van art. 31 en bijlage II van de Derde Levensrichtlijn. De Riav 1994/1998 was ook van toepassing op de beleggingsverzekeringsovereenkomst.

4.8. Ter uitvoering van art. 31 lid 4 Derde Levensrichtlijn beoogde de Nederlandse wetgever een duidelijk en transparant kader van toepassingsvoorschriften in de Nederlandse regelgeving te creëren, waarin de voorwaarden voor een goede (pre)contractuele informatieverstrekking waren opgenomen en waarmee enerzijds een *level playing field* gecreëerd werd voor alle in Nederland werkzame levensverzekeraars en anderzijds recht werd gedaan aan de bescherming van de individuele consument.

4.9. Dit regelgevend kader moest de in Nederland werkzame Nederlandse en buitenlandse verzekeraars in staat stellen te bepalen welke informatie zij dienden te verstrekken aan de verzekeringnemer.

4.10. Vanaf 1994 heeft dit regelgevend kader regelmatig de aandacht gehad van de wetgever, de toezichthouders, de verzekerings- en assurantiëtussenpersonenbranche en consumentenorganisaties. Discussies over de inhoud en omvang van de informatieverplichting door verzekeraars aan verzekeringnemers zijn door de jaren heen periodiek met alle betrokken partijen gevoerd. Dit heeft geresulteerd in het door de wetgever en de verzekerings- en assurantiëtussenpersonenbranche, in samenwerking met consumentenorganisaties, toezichthouders en deskundigen, telkens opnieuw vaststellen dan wel aanpassen van voorschriften over de door verzekeraars aan verzekeringnemers te verstrekken informatie en waarschuwingen. Daarbij zijn door de wetgever keer op keer weloverwogen keuzes gemaakt over de informatie die wel en de informatie die niet diende te worden verstrekt (zie Rechtbank Zutphen 18 januari 2012, r.o. 5.8., ECLI:NL:RBZUT:2012:BV2313; Rechtbank Rotterdam 11 juli 2012, r.o. 2.3., ECLI:NL:RBROT:2012:9088; Rechtbank Midden-Nederland 9 maart 2016, r.o. 4.20., ECLI:NL:RBMNE:2016:1107; Rechtbank Den Haag 28 juni 2017, r.o. 2.48., ECLI:NL:RBDHA:2017:7072; Rechtbank Rotterdam 19 juli 2017, r.o. 4.24., ECLI:NL:RBROT:2017:5654).

4.11. Bij de vormgeving van de voorschriften omtrent de informatievoorziening aan verzekeringnemers werden de regels die voortvloeien uit HR 15 november 1957, NJ 1998/67 (Baris/Riezenkamp) expliciet betrokken (zie het rapport van toezichthouder Pensioen- en Verzekeringskamer, *Informatieverstrekking aan verzekeringnemers*, 1998, p. 48-49).

4.12. In art. 2 van de Riav 1994 was bepaald welke informatie de verzekeraar voorafgaand aan en met het oog op het tot stand komen van de verzekeringsovereenkomst moest verstrekken aan de aspirant-

verzekeringnemer. Zo moest de aspirant-verzekeringnemer – onder meer – geïnformeerd worden over:

- een omschrijving van de uitkering of uitkeringen waartoe de verzekeraar zich verplicht (art. 2 lid 2 onderdeel b Riav 1994);
- 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 (art. 2 lid 2 onderdeel h Riav 1994). Onder 'nevenuitkeringen' wordt bijvoorbeeld verstaan een aanvullende ongevallendekking, een dekking van premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid alsmede een uitkering uit hoofde van een contraverzekering bij een spaarkasovereenkomst (*Stcrt.* 1994, nr. 97, p. 19).

4.13. In de Riav 1994 was geen voorschrift opgenomen met betrekking tot het verstrekken van informatie over soort en hoogte van kosten die geïntegreerd onderdeel zijn van de bruto premie. Informatie hierover werd *niet* gezien als een wezenlijk bestanddeel van de verzekeringsovereenkomst, waarover de verzekeringnemer apart geïnformeerd moest worden en ten aanzien waarvan apart wilsovereenstemming moest bestaan.

4.14. De Nederlandse wetgeving in de periode van 1 juli 1994 tot 1 januari 1999 nam op dit punt de Europese informatievoorschriften onverkort over, zonder het opleggen van aanvullende informatievoorschriften.

4.15. Art. 31 lid 3 van de Derde Levensrichtlijn biedt de Nederlandse wetgever de mogelijkheid van verzekeraars te verlangen dat zij aanvullende gegevens naast de in bijlage II van de Derde Levensrichtlijn vermelde gegevens aan verzekeringnemers verstrekken, voor zover deze nodig zijn voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de wezenlijke bestanddelen van de verzekeringsovereenkomst. De van verzekeraars te verlangen aanvullende gegevens moeten (i) noodzakelijk zijn voor een goed begrip van de verzekeringsovereenkomst, (ii) duidelijk en nauwkeurig (in toepassingsvoorschriften) vastgesteld worden en (iii) de verzekeraar in staat stellen met een voldoende mate van voorspelbaarheid vast te stellen welke aanvullende informatie hij in de (pre)contractuele fase dient te verstrekken en de verzekeringnemer kan verwachten (HvJ EU 29 april 2015, C-51/13, ECLI:EU:C:2015:286). Op grond van art. 31 lid 4 van de Derde Levensrichtlijn dient de Nederlandse wetgever ook de *toepassingsvoorschriften* betreffende de verplichting tot het verstrekken van *aanvullende informatie* als bedoeld in art. 31 lid 3 van de Derde Levensrichtlijn in de nationale wetgeving vast te stellen (HvJ EU 29 april 2015, C-51/13, r.o. 25, ECLI:EU:C:2015:286; zie ook Ministerie van Buitenlandse Zaken, Procesvertegenwoordiging Hof van Justitie van de EU, Jaarbericht 2015, p. 42).

4.16. Van de mogelijkheid tot het vaststellen van *aanvullende* informatievoorschriften heeft de Nederlandse wetgever in 1998 gebruik gemaakt.

4.17. Op grond van art. 2 lid 2 Riav 1998 moest de verzekeraar, vanaf 1 januari 1999, ten opzichte van de Riav 1994 aanvullend informatie verstrekken over:

- de *invloed* van kosten en inhoudingen ten laste van de verzekeringnemer op het rendement en de uitkering verbonden aan de overeenkomst (art. 2 lid 2 onderdeel q Riav 1998); dit onderdeel beoogde 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 werd gemaakt van rekenvoorbeelden waarin de kosten en inhoudingen worden verwerkt, werd invulling gegeven aan deze verplichting (*Stcrt.* 1998, nr. 134, p. 8).
- indien van toepassing, de kosten die *naast* de bruto premie in rekening werden gebracht (art. 2 lid 2 onderdeel r Riav 1998); de wetgever vond het belangrijk dat in dat geval de consument op de hoogte werd gebracht van de kostensoorten én kwantitatieve weergave van de kosten. Met betrekking tot de kosten die verwerkt waren in de bruto premie, bestond er geen verplichting tot uitsplitsing van kostensoorten en kwantitatieve weergave van kosten (*Stcrt.* 1998, nr. 134, p. 8 en onder 3.5 hiervoor).

4.18. Uit de regelgeving volgde dus dat vanaf 1 januari 1999 de precontractuele verplichting gold om kosten die geen geïntegreerd onderdeel zijn van de bruto premie zowel wat betreft soort als de hoogte te benoemen en de verzekeringnemer hierover te informeren. Van kosten die wel geïntegreerd onderdeel waren van de bruto premie hoefden noch de soort noch de hoogte te worden benoemd; alleen de invloed ervan op het rendement/uitkering moest inzichtelijk worden gemaakt via netto voorbeeldkapitalen, die moesten worden berekend volgens de systematiek van de Code Rendement en Risico. De wetgever heeft ook vanaf 1 januari 1999 het uitgangspunt gehandhaafd dat over kosten als geïntegreerd onderdeel van de premie ("prijs") en de uitkering ("prestatie") in de verzekeringsovereenkomst in de precontractuele

fase geen mededelingen hoefden te worden gedaan. Dat de contractuele grondslag voor deze kosten, die uit (met) de bruto premie van een verzekeringsovereenkomst worden onttrokken (verrekend), besloten lag in wilsovereenstemming over de premie en de uitkering zoals toegelicht met netto-voorbeeldkapitalen vloeit dus ook voort uit de regelgeving inzake de (pre)contractuele informatieverstrekking (Riav 1994/1998), die specifiek zag op de totstandkoming van de verzekeringsovereenkomst.

5. Iustum pretium verbod geschonden?

5.1. De kostenbepalingen in de polisvoorwaarden die zien op de *kosten als geïntegreerd onderdeel van de bruto premie*, hebben een informatief karakter tegen de achtergrond van de bewuste keuzes ten aanzien van kostentransparantie die zijn gemaakt in de Nederlandse regelgeving ter uitvoering van de Derde Levensrichtlijn. De verrekening van die kosten vloeit reeds voort uit de offerte, waarin de bruto premie en de netto voorbeeldkapitalen zijn genoemd.

5.2. De kostenbepalingen in de polisvoorwaarden waarin kostenonttrekking/verrekening (als geïntegreerd onderdeel van de bruto premie) zijn vermeld, kunnen dan ook niet gelden als vaststellings-overeenkomsten in de zin van art. 7:900 BW. In de eerste plaats is dat strijdig met het karakter van de verzekeringsovereenkomst en de bewuste keuzes die de Nederlandse wetgever heeft gemaakt ten aanzien van de precontractuele informatieverstrekking over kosten als geïntegreerd onderdeel van de bruto premie, zoals ik hiervoor heb toegelicht. In de tweede plaats ligt de methodiek van kostenonttrekking/verrekening besloten in de in de offerte weergegeven premie en de met die methodiek verkregen uitkering in de vorm van netto-voorbeeldkapitalen, waarover verzekeringnemer en verzekeraar overeenstemming bereiken als de verzekeringsovereenkomst tot stand komt. De methodiek van onttrekking uit, respectievelijk verrekening van, kosten met de bruto premie kan gedurende de looptijd van de verzekering niet worden aangepast; enige onzekerheid of geschil kan daar niet over bestaan (zie in dit verband ook C.W.M. Lieverse, *JOR* 2017/198 onder 11 van haar annotatie bij het hier besproken arrest).

5.3. Het Hof 's-Hertogenbosch maakt melding van het *istum pretium* verbod (r.o. 7.5.). Dit verbod houdt in dat de rechter geen oordeel mag geven over de gelijkwaardigheid van de prijs en prestatie. In zijn arrest gaat het Hof 's-Hertogenbosch daar feitelijk toch aan voorbij. Indien het Hof 's-Hertogenbosch zou worden gevolgd in zijn uitleg waarbij de in de bruto premie geïntegreerde kosten, die niet apart bij de verzekeringnemer in rekening worden gebracht, toch apart moeten worden benoemd en deze componenten afzonderlijk worden getoetst aan afdeling 6.5.3 BW en de Richtlijn oneerlijke bedingen op de wijze zoals het Hof 's-Hertogenbosch dat doet (zie rechtsoverweging 7.8 onder F en G en rechtsoverweging 7.14), leidt dat feitelijk en juridisch tot toetsing van de verhouding tussen prijs en prestatie. Dit is naar Nederlands recht en ook op grond van art. 4 lid 2 van de Europese richtlijn oneerlijke bedingen niet toegestaan (zie overweging 19 uit de Considerans bij de Richtlijn oneerlijke bedingen).

5.4. De gevolgen die het Hof 's-Hertogenbosch aan deze toetsing verbindt, leiden direct tot het (niet toegestaan) ingrijpen in de overeengekomen prijs (bruto premie) en de prestatie (netto uitkering). Het buiten toepassing laten van een kostencomponent die de omvang van de prijs beïnvloedt, zoals het Hof 's-Hertogenbosch voorstaat, leidt immers bij dezelfde bruto premie tot een andere uitkering dan die partijen zijn overeengekomen, of – andersom – maakt dat een andere bruto premie nodig is om tot dezelfde uitkering te komen dan die de partijen zijn overeengekomen. Een dergelijk ingrijpen is in strijd met het *istum pretium* verbod.

6. Afsluitende opmerkingen

6.1. De beleggingsverzekering is een van de weinige financiële producten in Nederland waarover de wetgever, het parlement, de (rechtsvoorgangers van) toezichthouders DNB en AFM, de Consumentenbond, de Ombudsman Verzekeringen en verenigingen van verzekeraars en assurantietussenpersonen zich (vanaf 1994) keer op keer en steeds inhoudelijk hebben gebogen om te komen tot regelgeving die de consument het beste inzicht bood in de werking van kosten in de beleggingsverzekering.

6.2. De hierboven genoemde instanties hebben vanaf 1994 oog gehad voor het kostenaspect als onderdeel van de beleggingsverzekering. Zij hebben periodiek de regelgeving en de door de verzekeringsbranche geïntroduceerde zelfregulering op het punt van kosten en risicopremies geëvalueerd en zo nodig de regelgeving en zelfregulering aangepast. Die evaluaties en aanpassingen vonden vanaf 1994 bijna iedere vier jaar plaats. Die evaluaties leidden – ondanks discussie – op twee onderdelen tot 2006 steevast niet tot wijziging: i) de verzekeraar hoefde geen uitsplitsing te maken van soort en hoogte van kosten en risicopremies als geïntegreerd onderdeel van de bruto premie die door de verzekeringnemer

voor de beleggingsverzekering was verschuldigd en ii) de verzekeraar moest in de in de offerte gepresenteerde netto-voorbeeldkapitalen de invloed van kosten en risicopremies op rendement en uitkering verwerken. Alleen soort en hoogte van kosten die naast de bruto premie aan de verzekeringnemer *afzonderlijk* in rekening werden gebracht, moesten apart worden vermeld. Dit was de methode die destijds door genoemde instanties werd beschouwd als de meest geschikte vorm van duidelijke en nauwkeurige informatieverstrekking over kosten in beleggingsverzekeringen aan consumenten.

6.3. Deze specifieke, weloverwogen regelgeving (Riav 1994/1998) ten aanzien van de *precontractuele* informatieverstrekking over in de bruto premie geïntegreerde kosten en risicopremies in combinatie met de aard van de beleggingsverzekering als *uitsluitend* een verzekeringsovereenkomst, maken dat de contractuele grondslag voor het inhouden/verrekenen van kosten en risicopremies op/met de bruto premie volgens de in de beleggingsverzekeringsovereenkomst toegepaste berekeningssystematiek, besloten ligt in de wilsovereenstemming tussen verzekeringnemer en verzekeraar over de bruto premie en de uitkering zoals toelicht met netto-voorbeeldkapitalen. Deze wijze van informatieverstrekking in de precontractuele fase zag specifiek op de totstandkoming van de verzekeringsovereenkomst. De Riav 1994/1998 en de daarop volgende wet- en regelgeving zijn dan ook van grote betekenis voor de vaststelling over welke 'prijs' en 'prestatie' van de verzekeringsovereenkomst wilsovereenstemming moet bestaan. Wat het Hof 's-Hertogenbosch doet, gaat hieraan voorbij en leidt tot gekunstelde juridische constructies (waarbij in de bruto premie geïntegreerde kosten worden aangemerkt als afzonderlijke vaststellingsovereenkomsten). Dit is in strijd met de bewuste keuzes die door de wetgever in het verleden zijn gemaakt in de regelgeving ter uitvoering van de Derde Levensrichtlijn en leidt tot uitkomsten die – naar de maatstaven van destijds – niet met een voldoende mate van voorspelbaarheid waren vast te stellen.