

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2017-159 d.d.
6 maart 2017**

**(mr. A.W.H. Vink, voorzitter, drs. W. Dullemond en drs. L.B. Lauwaars, leden en
mr. E.E. Ribbers, secretaris)**

Samenvatting

Beleggingsverzekering. Verzekerd Hypotheekfonds. Gesloten in 1998 ter aflossing van een hypothecaire geldlening. Consumenten stellen dat Aangeslotene is tekortgeschoten in haar informatie- en zorgplicht, met name inzake de kosten, het hefboom- en inteereffect en haar waarschuwingsplicht. Volgens de Commissie is Aangeslotene tekortgeschoten in haar informatieplicht inzake de in rekening gebrachte TER en het hefboom- en inteereffect. De stelling van Consumenten over de waarschuwingsplicht wordt afgewezen. Aangeslotene is gehouden om een herberekening te maken van de waarde van de verzekering per de afkoopdatum in die zin dat de in rekening gebrachte kosten zijn verminderd met de te veel in rekening gebrachte TER respectievelijk dat een hogere vergoeding voor het hefboom- en inteereffect is toegekend. De Commissie bepaalt in dit kader nader dat de vermindering met de teveel in rekening gebrachte TER er niet toe hoeft te leiden dat het door Aangeslotene bij de herrekening te gebruiken kostenpercentage, lager wordt dan 1,5%.

Consument 1,

en

Consument 2,

Consument 1 en Consument 2 hierna ook tezamen te noemen: Consumenten,

en

SRLEV N.V, gevestigd te Amstelveen hierna te noemen: Aangeslotene,

I. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar Reglement en op basis van de volgende stukken:

- het door de Ombudsman Financiële Dienstverlening overgelegde dossier;
- de brief van 12 november 2012 van Consumenten met bijlagen waaronder het op 12 november 2012 door Consumenten ondertekende klachtformulier;
- het verweerschrift van Aangeslotene met bijlagen;
- de repliek van Consumenten met bijlagen;
- de dupliek van Aangeslotene met bijlagen;

Op 25 november 2013 heeft een hoorzitting plaatsgevonden. Ter zitting is gebleken dat de door Consumenten ingediende klacht nog niet inhoudelijk kon worden behandeld. Van deze zitting is een verslag gemaakt dat naar Consumenten en Aangeslotene is gezonden. De Commissie heeft hierna inzake de inhoud van de klacht nog de volgende stukken van partijen ontvangen:

- het e-mailbericht van 3 mei 2014 van Consumenten met bijlagen;
- de brief van 5 november 2014 van Consumenten met bijlagen;
Bij faxbericht van 14 november 2014 heeft Aangeslotene de Commissie geschreven bezwaar te maken tegen de brief van 5 november 2014 van Consumenten en de daarbij gevoegde stukken. Namens Consumenten is hierop bij e-mailbericht van 18 november 2014 met bijlagen gereageerd. Bij brief van 25 november 2014 heeft de Commissie Aangeslotene geschreven dat van de bij de brief van 5 november 2014 van Consumenten gevoegde bijlagen, de “checklist rechtsvragen toetsingskader beleggingsverzekeringen (...)”, het factsheet AXA Actief Beheerdepot en de vermeerdering van eis met geactualiseerde becijfering tot het procesdossier zouden worden toegelaten en werd Aangeslotene in de gelegenheid gesteld op deze stukken te reageren. De Commissie heeft hierna inzake de inhoud van de klacht nog de volgende stukken van partijen ontvangen:
- de brief van 14 januari 2015 van Aangeslotene met bijlage;
Consument en Aangeslotene zijn voorts in de gelegenheid gesteld te reageren op het arrest van het Europese Hof van Justitie van 29 april 2015 (C-51/13, ECLI:EU:C:2015:286, hierna te noemen: (“uitspraak HvJ”) en twee uitspraken van de Commissie van Beroep van 12 februari 2015 (nummers 2015,003 en 2015,004, hierna te noemen: (“uitspraken CvB”). De Commissie heeft hierna inzake de inhoud van de klacht nog de volgende stukken van partijen ontvangen:
- het door Consumenten op 19 augustus 2015 ondertekende Informatieformulier beleggingsverzekeringen;
- het e-mailbericht van 19 augustus 2015 van Consumenten met bijlagen;
- de brief van 14 oktober 2015 namens Aangeslotene;
- het e-mailbericht van 2 november 2015 van Consumenten;
- de pleitaantekeningen namens Aangeslotene voor de zitting van 19 november 2014.

In de brief van 14 oktober 2015 namens Aangeslotene wordt bezwaar gemaakt tegen het e-mailbericht van 19 augustus 2015 van Consumenten omdat daarin niet alleen wordt gereageerd op de uitspraak HvJ en de uitspraken CvB maar volgens Aangeslotene ook de oorspronkelijke klacht wordt uitgebreid en nieuwe stellingen worden aangevoerd. In het e-mailbericht van 2 november 2015 reageren Consumenten op deze brief namens Aangeslotene. Bij brief van 3 december 2015 heeft de Commissie Consumenten geschreven het bezwaar van Aangeslotene gegrond te vinden en het e-mailbericht van 19 augustus 2015 te weigeren. Consumenten werd de gelegenheid gegeven om voor 17 december 2015 een nieuwe akte in te dienen waarin zij zich zouden beperken tot een reactie op de uitspraak HvJ en de uitspraken CvB. Na een verzoek namens Consumenten is uitstel verleend tot 31 december 2015. Verder uitstel is door de Commissie geweigerd. Na het uitblijven van een tijdig ingediende nieuwe akte heeft de Commissie bij brief van 7 januari 2016 Consumenten geschreven dat de procedure wordt voortgezet zonder aanvullende reactie van Consument. Aangeslotene heeft vervolgens bij brief van 4 februari 2016 gereageerd op de uitspraken HvJ en CvB.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.

Tussenkost van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid. Beide partijen zullen het advies van de Commissie als bindend aanvaarden.

Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 19 november 2014 en zijn aldaar verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

3.1 In 1998 hadden Consumenten een hypothecaire geldlening ter grootte van € 86.218,24. (HFL 190.000,-). Ter aflossing van deze lening hadden zij een zogenoemde spaarhypotheekverzekering gesloten. Door de advisering en bemiddeling van een assurantietussenpersoon (“ATP”) hebben Consumenten in 1998 de lening omgezet in een hypothecaire geldlening bij Bouwfonds Hypotheken. Ter aflossing van de nieuwe lening is daarbij de lopende spaarhypotheekverzekering omgezet in een beleggingsverzekering, een zogenoemd Verzekerd Hypotheekfonds (hierna: de “Verzekering”), gesloten bij (een rechtsvoorganger van) Aangeslotene. De ingangsdatum van de Verzekering was 1 september 1998, de einddatum premiebetaling 1 september 2018. Consumenten traden beiden op als verzekerde. Volgens de op 4 januari 1999 gedateerde polis bedroeg de verzekerde uitkering bij overlijden van de eerststervende verzekerde of bij gelijktijdig overlijden €90.756,04. (HFL 200.000,-), echter ten minste de tegenwaarde van de op dat moment aan de verzekering toegewezen eenheden; bij overlijden voor 1 oktober 2033 zou de tegenwaarde vermeerderd met 10% worden uitgekeerd. De premie bedroeg van 1 september 1998 tot 1 september 2003 €6.039,36 (HFL 13.309,-) per jaar en van 1 september 2003 tot 1 september 2018 €603,94 (HFL 1330,90) per jaar. Belegd werd in het Actief Beheer Depot. De rechten uit de Verzekering waren verpand aan Bouwfonds Hypotheken B.V.

3.2 In de aan de Verzekering ten grondslag liggende offerte Verzekerd Hypotheekfonds (hierna: de “offerte”) van 27 juli 1998 staat onder meer het volgende:

“(....)

Netto voorbeeldkapitaal op 01-08-2018

Bij een bruto voorbeeldrendement van 8,50% : f. 250.000,00

Bij een bruto minimum gemiddeld rendement van 10,50% : f. 347.580,00

Bij een bruto gemiddeld rendement van 12,00% : f. 442.495,00

Bruto maximum gemiddeld rendement : 13,50%

Wij verwijzen u naar de bijlage voor de uitleg omtrent “Code Rendement & Risico”

(....)

Offertebijlage Code Rendement en Risico

Het Verbond van Verzekeraars heeft de code “Rendement en Risico” opgesteld. Deze code wordt gecontroleerd door een Toetsingscommissie van het Verbond van Verzekeraars. Het doel van de code is u inzicht te geven in de invloed van rendement en risico op toekomstige uitkeringen van levensverzekeringen. AXA Leven conformeert zich aan deze code. Eenheid in begrippen en berekeningsgrondslagen geeft u de mogelijkheid bewust te kiezen tussen verschillende offertes. Het in deze offerte benoemde gemiddelde rendement, en minimumrendement zijn berekend overeenkomstig de uitgangspunten van deze code.

Voorbeeldkapitalen

De in deze offerte genoemde voorbeeldkapitalen zijn geen voorspellingen of toezeggingen. Aan deze voorbeeldkapitalen kunt u geen rechten ontfen. Als op de in de offerte vermelde einddatum de beleggingen precies het rendement opleveren dat is genoemd, krijgt u exact het genoemde bedrag uitgekeerd. Bij het berekenen van deze voorbeeldkapitalen is uitgegaan van de huidige beleggingskosten.

Genoemde percentages

De genoemde percentages zijn voorbeeldpercentages. Deze voorbeeldpercentages zijn berekend op basis van historische gegevens en geven geen garantie voor de toekomst. De toekomstige rendementspercentages kunnen fluctueren en afwijken van de genoemde percentages. Het is dus niet zeker dat het uiteindelijk gerealiseerde rendement op de einddatum van de verzekering in overeenstemming is met de genoemde percentages. Het weergegeven rendement is een historisch minimum en geen toekomstig minimum.

Als u nog vragen heeft over de code “Rendement en Risico”, kunt u contact opnemen met uw verzekeringsadviseur of AXA Leven.”

Bij de offerte is een overzicht gevoegd met de jaarlijkse waardeontwikkeling bij percentages van 8,50%, 10,50% en 12,00%.

- 3.3 In het op 4 augustus 1998 door Consumenten ondertekende “Aanvraagformulier Verzekerd Hypotheekfonds” (hierna: het “aanvraagformulier”) staat dat ter afdekking van een hypothecaire geldlening pandrecht is verleend aan “Bouwfonds”. Het te verzekeren kapitaal bij overlijden bedraagt € 90.756,04. (HFL 200.000,-). In de eerste vijf jaar van de looptijd geldt een hogere premie. Onder het kopje “Depotkeuze” wordt gekozen voor 100% beleggen in het Actief Beheer Depot. In het vak waar Consumenten hun handtekening hebben geplaatst staat onder meer de volgende bepaling:
- “(…) Hij (zij) verklaart (verklaren) zich akkoord met toepassing van de algemene voorwaarden. Deze liggen ter inzage op kantoren van de met AXA Levensverzekeringen N.V. samenwerkende assurantie-adviseurs en worden op verzoek vóór het sluiten van de verzekering door AXA Levensverzekeringen N.V. toegezonden, maar in elk geval bij het afgeven van de polis. (….)”

3.4 In de op 4 januari 1999 gedateerde polis staat onder meer het volgende:

“(....)

Aanhangsels

Bij de polis behoren de aanhangsels:

Algemene Voorwaarden van Verzekering op basis van universal life U.L. 1.4

Reglement universal life U.L. 3.7

Universal life kosten kapitaalverzekering U.L. 14.3

“(....)”

3.5 In de Algemene Voorwaarden van Verzekering op basis van universal life U.L. 1.4 (“AV”) staat onder meer het volgende:

“(....)

Aanvang van de verzekering

Artikel 3

De verzekering gaat in op de ingangsdatum doch niet eerder dan nadat de eerste premie aan AXA Leven is betaald en de polis aan de verzekeringnemer of de door hem aangewezen verzekeringsadviseur is uitgereikt, tenzij schriftelijk anders is overeengekomen. De verzekeringnemer heeft het recht de polisbescheiden binnen twee weken na dat tijdstip aangetekend aan AXA Leven te retourneren. Alsdan wordt op het moment van terugzending de gesloten verzekeringsovereenkomst van rechtswege ontbonden. (....)

Premiebetaling

Artikel 7

(....)

2. Indien de premies niet op de vervaldag zijn voldaan, dan zal AXA de dekking(en) handhaven, zoals die op de polis staat(n) vermeld, zolang er voldoende eenheden in het, in het Reglement universal life beschreven polisdepot aanwezig zijn. (....)

Dekking

Artikel 8

1. De eerste vijf jaar na ingang van de verzekering handhaaft AXA de dekking(en) zoals die op de polis staat(n) vermeld, wanneer er onverhoopt geen of een negatief aantal eenheden aan de verzekeringsovereenkomst is toegewezen, mits de overeengekomen premies worden betaald.
2. Na deze periode van vijf jaar handhaaft AXA de dekking(en), zoals die op de polis staat(n) vermeld, zolang en voor zover voldoende eenheden in het polisdepot aanwezig zijn om de in het Reglement universal life nader omschreven kosten voor de polis en het dekken van risico te voldoen. Op het moment dat er geen eenheden meer in een depot aanwezig zijn, vervalt de verzekering van rechtswege.

Herziening van premie

Artikel 18

1. AXA Leven heeft het recht de bij deze overeenkomst gehanteerde tarieven en kosten alsmede de grondslagen voor het verzekeren te wijzigen en wel met ingang van de eerste dag van de maand volgend op het kwartaal waarin de aankondiging is gedaan. (....)

Kosten en belastingen

Artikel 20

1. Alle kosten, welke bij of na het tot stand komen van de verzekeringsovereenkomst ter uitvoering daarvan of ter uitoefening van een daarbij toegekende bevoegdheid moeten worden gemaakt, komen ten laste van degene, te wiens behoefte zij door AXA Leven geacht worden te zijn gemaakt.
2. Alle belastingen geheven of te heffen op te betalen premies of op enig uit te keren bedrag, komen voor rekening van de verzekeringnemer, dan wel degene aan wie de uitkering geschiedt.
(...)
(...)"

3.6 In het Reglement universal life U.L. 3.7 (het: "Reglement") staat onder meer het volgende: **"Omschrijvingen**

Artikel 1

1. In dit reglement wordt verstaan onder:
 - a de premie:
de premie is het bedrag in guldens dat AXA Leven op de premievervaldag ontvangt.
 - b de investering:
de investering is het deel van de premie dat voor toewijzing van eenheden in een of meer beleggingsdepots in aanmerking komt.
(...)
 - f de prijs:
de prijs is de prijs waartegen AXA Leven eenheden aan verzekeringen toewijst, deze eenheden terugneemt en waartegen de hoogte van de uitkeringen wordt bepaald. De prijs zal tenminste wekelijks worden bepaald.
(...)

Investing

Artikel 2

1. Iedere betaalde koopsom of premie wordt terstond herrekend tot een investering. Hiertoe wordt van de betaalde premie, afhankelijk van de totale en de verstreken duur van de verzekering op het moment van premiebetaling een percentage ingehouden. Bij een koopsom is het percentage alleen afhankelijk van de toekomstige duur. Daarnaast wordt er een vast bedrag ingehouden.
(...)
4. De inhoudingspercentages en de hoogte van het bedrag zijn weergegeven in het bij de polis behorende aanhangsel Universal life kosten.

Kosten administratie

Artikel 4

Ter vergoeding van de administratiekosten worden op iedere zesde werkdag van de maand door AXA Leven kosten in rekening gebracht. De waarde van de bij de verzekering behorende eenheden in het polisdepot wordt daartoe verminderd met het bedrag van de administratievergoeding door voor een gelijk bedrag eenheden te verkopen. De hoogte van het bedrag, dat afhankelijk kan zijn van het aantal gekozen beleggingsdepots, is weergegeven in het bij de polis behorende aanhangsel Universal life kosten.

Kosten overlijdensrisicopremie of lijfrente

Artikel 5

1. Op iedere zesde werkdag van de maand zal AXA Leven de kosten voor het overlijdensrisico van verzekerde(n) gedurende de desbetreffende maand in rekening brengen. De waarde van de bij de verzekering behorende eenheden in het polisdepot wordt daartoe verminderd met het bedrag benodigd voor de risico dekking door een gelijk bedrag eenheden te verkopen.
2. Het overlijdensrisico is gelijk aan het bedrag dat op dat moment verschuldigd zou zijn om de uitkering bij overlijden van de verzekerde te doen, verminderd met de waarde van de aan de verzekering toegewezen eenheden op dat tijdstip, nadat de kosten voor deze dekking en eventueel die genoemd in artikel 6 [dekking arbeidsongeschiktheidsrisico] daarop in mindering zijn gebracht. (...)
4. De kosten per maand per f 1000,- overlijdensrisico worden in het bij de polis behorende aanhangsel Universal life kosten vermeld.

Beleggingsopbrengsten van beleggingsdepots

Artikel 8

1. Alle beleggingsopbrengsten komen na aftrek van kosten en belastingen ten gunste van het desbetreffende beleggingsdepot, met uitzondering van de depots waarbij een garantie wordt gegeven.
2. Alle kosten gemaakt ten behoeve van een beleggingsdepot, door een depot verschuldigde interest en ten laste van een depot geheven belastingen, worden op de waarde van het desbetreffende depot in mindering gebracht.

Beleggingen in beleggingsdepots

Artikel 11

1. (...)
 - c De door het Actief Beheer Depot ontvangen investeringen zullen worden belegd in aandelen van het fonds AXA Actief Beheer Nederland. (...)
2. Naast de aangegeven fondsen kan ook worden belegd in aandelen van andere dergelijke fondsen dan wel direct in genoteerde aandelen en obligaties of daarvan afgeleide instrumenten. In meer of mindere mate kunnen liquiditeiten worden aangehouden.

Kosten beheer

Artikel 17

1. Op de waarde van een beleggingsdepot, zoals die is berekend overeenkomstig de voor dat depot geldende waarderingsgrondslagen, zal door AXA Leven op de laatste dag van de maand een vergoeding voor het beheer van de polis in mindering worden gebracht. Daarnaast wordt een vergoeding berekend voor beleggingskosten welke afhankelijk is van de mate waarin niet is belegd in de beursgenoteerde fondsen van AXA. De hoogte van de vergoedingen is opgenomen in het bij de polis behorende aanhangsel Universal life kosten.
(...)

Review

Artikel 18

1. Bij aanvang van de verzekering en eventueel na een review geeft de verzekeringnemer aan op basis van welk berekeningspercentage hij verwacht de verzekerde uitkering(en) bij in leven zijn van de verzekerde te bereiken. Het berekeningspercentage is het als constant verondersteld netto-rendement in een beleggingsdepot gedurende de resterende looptijd van de

verzekeringsovereenkomst. De bandbreedte waarbinnen dit berekeningspercentage gekozen kan worden, wordt door AXA Leven vastgesteld.

(...)

3. Een review houdt in dat AXA Leven, op basis van de waarde van de bij de verzekering behorende eenheden, het in het eerste lid bedoelde berekeningspercentage, de overeengekomen premies, de vastgestelde dekking(en) en eventueel een lijfrentetarief, aangeeft welke hoogte de verzekerde uitkering zal bereiken.

(....)

Afkoop

Artikel 19

(....)

4. Bij afkoop in de eerste twee jaren van de looptijd van de verzekering wordt het deel van de eerste kosten dat nog niet is verrekend, op de in het vorige lid bepaalde waarde in mindering gebracht.

(....)”

- 3.7 In het aanhangsel Universal life kosten kapitaalverzekering U.L. 14.3 (het: “Kostenaanhangsel”) worden de bij de artikelen 2, 4 en 17 Reglement behorende percentages en bedragen genoemd. Verder vermeldt het Kostenoverzicht de switchkosten, het percentage dat bij afkoop in rekening wordt gebracht en het kostenbedrag bij premievrijmaking. In artikel 2 Kostenoverzicht is onder meer het volgende bepaald:

“(....)

Kosten administratie

Artikel 2

1. De vergoeding gedurende de looptijd van de verzekering als bedoeld in het artikel aangaande Kosten administratie van het Reglement universal life bedraagt per maand f 9,17 vermeerderd met f 0,83 per beleggingsdepot voor het Verzekerd Hypotheekfonds en f 8,34 respectievelijk f 0,83 voor het Verzekerd Spaarfonds.
2. Daarnaast is gedurende de eerste twee polisjaren voor de zogenaamde eerste kosten een percentage van de betaalde premie(s) verschuldigd dat kan worden afgeleid uit onderstaande tabel. (....)”

- 3.8 In een brief van 4 januari 1999 schrijft Aangeslotene Consumenten onder meer het volgende:

“(....)

Op basis van een netto rendementsverwachting van	:	8%
bedraagt het spaarkapitaal op 1 september 2018	:	f. 250.000,00

De beheerskostenvergoeding bedraagt 1/24%, berekend over de laatst bepaalde waarde van het desbetreffende beleggingsdepot in die maand. Deze kosten zijn reeds in mindering gebracht op het bovengenoemde netto voorbeeldkapitaal.

(....)”

Bij deze brief is een overzicht gevoegd van de kosten per f. 1.000,00 verzekerd bedrag bij overlijden (het: “Kostenoverzicht OVR”).

- 3.9 In een brief van 7 mei 2007 schrijven Consumenten Aangeslotene onder meer het volgende:
- “(....)
In het verleden heb ik met u een of meerdere beleggingsverzekeringen afgesloten. In juni 2006 heeft de Autoriteit Financiële Markten de generieke rapportage ”Rapport Beleggingsverzekeringen” opgesteld. In dit rapport staan onder meer de volgende bevindingen:
(....)
Deze bevindingen zijn in een uitzending van Tros Radar op 6 november 2006 uitvoerig aan de orde geweest. Met name is gebleken dat bij veel beleggingsverzekeringen de verzekeringnemer niet, althans onvolledig is geïnformeerd over de kosten die ingehouden worden op de premie of op de einduitkering, bij de afkoop, de afloop of het premie vrijmaken van de beleggingsverzekering. Dergelijke kosten drukken het rendement aanzienlijk.
Terzake mijn beleggingsverzekeringen bestaan diverse vorderingen op u. Op dit moment houd ik het er voor dat er onder meer sprake is van misleidende reclame, schendingen van mededelings- en waarschuwingsplichten, tekortkomingen in de nakoming van de overeenkomst en strijd van (delen van) de overeenkomst met redelijkheid en billijkheid.
- Ik stel u hierbij nadrukkelijk aansprakelijk en in gebreke terzake van alle hierboven bedoelde vorderingen. Voorts zeg ik u voor zover vereist -de wettelijke rente aan over alle aan mij verschuldigde bedragen-, met welke rechtsgrondslag dan ook.
- Met verwijzing naar artikel 3:317 BW wijs ik u er op dat dit schrijven moet worden beschouwd als een aanmaning, alsmede een ondubbelzinnig voorbehoud van alle rechten van mij jegens u op nakoming van mijn mogelijke rechtsvorderingen, zodat met deze brief overeenkomstig bedoeld wetsartikel tevens de verjaring is gestuit.
(....)’
- 3.10 In reactie op de in 3.9 geciteerde brief schrijft Aangeslotene op 21 mei 2007 onder meer het volgende aan Consumenten:
- “(....)
U stelt ons daarin aansprakelijk op basis van een aantal zeer generieke bevindingen uit een onderzoeksrapport van de AFM, dat gebaseerd is op een onderzoek bij 4 verzekeraars. AXA maakte geen onderdeel uit van die groep. Tevens is ons op basis van uw brief ook niet duidelijk wat precies uw vordering is.
Wij wijzen de aansprakelijkheid van de hand.
- Uiteraard staan wij open voor concrete klachten en kritiek.
(....)
Wanneer wij nog iets voor u kunnen doen, staan wij graag tot uw beschikking.
(....)”
- 3.11 Bij brief van 16 september 2011 heeft Aangeslotene onder meer een bijlage “Meer informatie over uw beleggingsverzekering” en een bijlage “Kostenoverzicht” meegezonden. In de bijlage “Meer informatie over uw beleggingsverzekering” staat onder meer het volgende:
- “(....)

Kosten van de verzekering

Eerste kosten bij aanvang:

Eerste kosten bij aanvang zijn kosten voor het afsluiten en in administratie brengen van de verzekering. Hieronder vallen ook provisiekosten. Dat zijn kosten voor de bemiddeling en advisering van uw financieel adviseur. Deze kosten bepaalt REAAL bij aanvang van de verzekering. Deze kosten houden wij in op de premie die u betaalt maar maximaal in de eerste tien jaar. Meer informatie over deze kosten vindt u in polisvoorwaarden U.L. 14.3 [Kostenaanhangsel], artikel 1. Daarnaast werden er gedurende de eerste twee jaar administratiekosten in rekening gebracht. Meer informatie over deze kosten vindt u in de polisvoorwaarden U.L. 14.3, artikel 2.2.

Doorlopende kosten

Doorlopende kosten zijn kosten voor het beheer van de verzekering in de administratie en de beleggingsdepots. Deze kosten vindt u in polisvoorwaarden U.L. 14.3, artikel 2.1. Daarnaast betaalt u tijdens de looptijd van de verzekering doorlopende provisie. Dit zijn kosten voor de bemiddeling en advisering van een financieel adviseur tijdens de looptijd van de verzekering. Meer informatie vindt u in de polisvoorwaarden U.L. 14.3, artikel 1.

Incassokosten

Voor elke betaling betaalt u incassokosten. Deze kosten vindt u in polisvoorwaarden U.L. 14.3, artikel 1 lid 2. Per januari 2011 betaalt u deze kosten verspreid per maand.

Beheerkosten

De beheerkosten zijn de aan een beleggingsdepot toe te rekenen kosten. De hoogte van deze kosten vindt u in polisvoorwaarden U.L. 14.3, artikel 5. Deze kosten zijn verplaatst van het fonds naar de verzekering. U vindt daardoor deze kosten voortaan op uw waardeoverzicht onder kosten verzekeringsmaatschappij. De kosten zijn hierdoor niet gestegen, maar zijn hetzelfde gebleven. Ze worden alleen op een andere manier in rekening gebracht. U heeft daar een bericht van ons over ontvangen.

(...)"

- 3.12 De Verzekering is per 6 december 2011 beëindigd door afkoop. De afkoopwaarde bedroeg €30.123,42.
- 3.13 In een brief van 29 maart 2013 schrijft Aangeslotene Consumenten dat zij op grond van de compensatieregeling recht hebben op een bedrag van € 435,11 als compensatie voor te hoge kosten. Uit de dupliek van Aangeslotene blijkt dat Consumenten recht hebben op een bedrag van € 930,23 ter compensatie van het hefboom- en inteereffect.
- 3.14 Door Consumenten is behalve tegen Aangeslotene ook een klacht tegen de ATP bij de Commissie aanhangig gemaakt.

4. De vordering en grondslagen

- 4.1 Primair vorderen Consumenten dat Aangeslotene gehouden wordt tot het herberekenen van de opgebouwde waarde van de Verzekering per de afkoopdatum onder het wegdenken van de productgebreken en gestanddoening van het gerealiseerde historische rendement zoals door Aangeslotene dat bij het jaaroverzicht 2011 heeft vermeld.

Dit betreft een “netto” rendement, dat wil zeggen een rendement waarin de Total Expense Ratio (“TER”) al is verwerkt (Consumenten gaan uit van 2% TER omdat volgens hen geen wilsovereenstemming bestaat over de nominale hoogte van de TER).

Subsidiar dient Aangeslotene gehouden te worden tot het herberekenen van de opgebouwde waarde van de Verzekering per de afkoopdatum door ervan uit te gaan dat Aangeslotene in 2000 gehouden was over te gaan tot een product recall. In dat geval had Aangeslotene een alternatief moeten aanbieden waarbij werd uitgegaan van een gegarandeerde eindwaarde van €113.445,- zonder de eerste kosten en een overlijdensrisicodekking van ten hoogste 90% van de poliswaarde.

Meer subsidiar dient Aangeslotene gehouden te worden tot het herberekenen van de opgebouwde waarde van de Verzekering per de afkoopdatum door ervan uit te gaan dat Consumenten op basis van een vergelijking van economisch nut ertoe gebracht hadden kunnen worden de verzekeringsovereenkomst onder andere condities aan te gaan dan wel te kiezen voor een alternatief die meer bij hun risicobereidheid paste en meer economisch nut voor hen had.

Als ultimum remedium dient de verzekeringsovereenkomst ontbonden te worden en Aangeslotene gehouden te worden tot een schadevergoeding ter grootte van het verschil tussen premierestitutie (zonder rekening te houden met premie voor de genoten overlijdensrisicodekking) vermeerderd met wettelijke rente en de afkoopwaarde per afkoopdatum vermeerderd met wettelijke rente.

In alle gevallen dient Aangeslotene op basis van artikel 40 lid 9 Reglement tevens gehouden te worden tot het betalen van een vergoeding voor advieskosten conform het liquidatietarief (5 punten tariefklasse III).

4.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen:

- a. Consumenten zijn in de precontractuele fase door Aangeslotene misleid en hebben de Verzekering onder de invloed van dwaling gesloten. Er is sprake van product inherente gebreken bij de Verzekering. Essentiële eigenschappen van de Verzekering zijn onjuist voorgesteld dan wel verzwegen. Bij volledige en correcte informatie over de te sluiten verzekeringsovereenkomst waren Consumenten niet daartoe overgegaan.
- b. Aangeslotene is jegens Consumenten toerekenbaar tekortgeschoten in haar zorgplicht c.q. heeft onrechtmatig jegens Consumenten gehandeld door in het kader van de totstandkoming van de Verzekering en ook daarna onvolledige en onjuiste informatie over de werking en het karakter van de Verzekering te verstrekken, met name over de kosten en de (overlijdensrisico)premie en de beleggingstechnische implicaties daarvan en het gevolg voor de te bereiken einduitkering. In dit kader voeren Consumenten het volgende aan:
 - Consumenten hebben tijdig aan hun klachtplicht voldaan. Zij hebben hun eerste stuitingsbrief ten behoud van hun rechten reeds verstuurd per 7 mei 2007. Voor zover daaruit een reëel “gewaarwordingsmoment” zou zijn te destilleren (Consumenten hadden in die tijd nog slechts rudimentair inzicht dat er iets grondig “mis” was en volgden slechts de aanwijzingen in de media en hadden nog geen flauw benul van de disproportionele beleggingstechnische effecten van de kosten- en risicopremiestructuur, waarvoor in de media nog volstrekt geen

aandacht bestond), hebben Consumenten derhalve aan hun tijdige klachtplicht voldaan en behoeften zij in afwachting van de uitwerking van de Aanbeveling van de Ombudsman Financiële Dienstverlening geen eigen stuitingshandelingen te verrichten. De reactie van Aangeslotene op 21 mei 2007 kwalificeert niet als een definitief standpunt in de zin van het reglement van de Commissie. Pas door voortschrijdend inzicht op grond van berichtgeving in de media in latere jaren waren Consumenten in staat om bij brief van 31 oktober 2011 de procedure te vervolgen en in 2012 met hulp van een deskundige aan te scherpen. Hierdoor kan ook van verjaring geen sprake zijn. Consumenten wijzen er in dit kader op dat zij door Aangeslotene pas bij brief van 29 maart 2013 zijn geïnformeerd over de compensatie. Consumenten beroepen zich verder ook op het zogenoemde flankerend beleid. Consumenten hebben voldaan aan de eisen uit hoofde van het Reglement van de Commissie voor indiening van een klacht;

- Consumenten beroepen zich op de met de Regeling informatieverstrekking aan verzekeringnemers 1994 (“Riav 1994”) en de Code Rendement en Risico 1997 (“CRR 1997”) beoogde rechtsbescherming van (aspirant-) verzekeringnemers;
- sprake is van een uiterst complex financieel product met voor Consumenten niet kenbare beleggingstechnische implicaties van de risicopremie- en kostenstructuur, met name de extreem hoge eerste- en administratiekosten. Indien Consumenten in de precontractuele fase waren geïnformeerd over de kostenbeslagen en het effect daarvan op het te behalen rendement hadden zij de Verzekering niet gesloten. Met de informatie over kosten- en risicostructuur van de Verzekering die Consumenten nu hebben kan uit het narekenen van de offerte worden opgemaakt dat het daar opgegeven voorbeeldkapitaal nooit behaald kon worden;
- voor het in rekening brengen van de kosten voor de ATP en de TER bevatten de polis, de AV, het Reglement en het Kostenaanhangsel geen grondslag. De volgens Aangeslotene aan het Reaal Euro Mixfonds onttrokken TER van 1.03% is, gezien de koersontwikkeling van het fonds, te laag voorgesteld. Uit het bij de brief van 5 november 2014 meegezonden factsheet blijkt dat de TER 1,76% bedroeg en dat de in artikel 17.1 Reglement en artikel 5.1 Kostenaanhangsel genoemde beheervergoeding van 0,5% bij de TER van het fonds waarin wordt belegd, is inbegrepen;
- Aangeslotene had Consumenten moeten waarschuwen dat de opgebouwde waarde door koersrisico, de kosten en de complexiteit lager zou kunnen uitvallen zodat het door Consumenten beoogde doel (aflossing van de hypothecaire geldlening) niet zou worden bereikt;
- de verantwoordelijkheid van Aangeslotene voor de naleving van toepasselijke informatieverplichtingen wordt niet weggenomen door de omstandigheid dat bij de totstandkoming van de Verzekering een ATP betrokken is geweest. Verder was ook de ATP kennelijk niet bekend met de productgebreken;
- Aangeslotene had in de precontractuele fase duidelijke en begrijpelijke informatie over het product moeten verschaffen. Indirecte transparantie is onvoldoende;

- bij de Verzekering was sprake van een onnodig hoge vaste overlijdensrisicodekking op twee levens. Er is ook niet gewezen op het hefboom- en inteereffect van de overlijdensrisicopremie. De overlijdensrisicopremies zijn bij aanvang niet nominaal weergegeven zodat wilsovereenstemming daarover ontbreekt;
- in de offerte is geen “slecht weer” scenario opgenomen waaruit zou zijn gebleken dat het eindkapitaal substantieel zou zijn achtergebleven bij het doelkapitaal;
- volgens de offerte zou bij een voorbeeldpercentage van 8,5% het doelkapitaal worden behaald. Volgens het waardeoverzicht van november 2011 geldt een historisch rendement van 7,68% hetgeen daar nauwelijks onder ligt. Echter is de actuele prognose in november 2011 slechts € 42.859,- in plaats van € 113.445,-. Aan dit verschil moeten productgebreken ten grondslag liggen die ook door de door Consumenten ingeschakelde deskundige nog niet konden worden doorgrond;
- Aangeslotene heeft nagelaten Consumenten te waarschuwen voor het ontbreken van een deugdelijk beleggingsadvies. Dat had zij als productaanbieder wel moeten doen. Aangeslotene had zich er tevens van moeten vergewissen of er een discrepantie bestond tussen de neerwaartse risicobereidheid van Consumenten en het risicoprofiel van het gekozen fonds;
- in casu is belegd in het Reaal Euro Mixfonds dat voor maximaal 70% belegt in uiterst risicovolle aandelen en geen neutraal profiel heeft. Volgens Consumenten paste slechts een (zeer) defensief profiel bij hen. Aangeslotene heeft niet voor deze discrepantie gewaarschuwd;
- tijdens de looptijd van de Verzekering heeft Aangeslotene nagelaten de verzekeringsovereenkomst aan te passen (“product recall”). Ook hierdoor heeft Aangeslotene haar zorgplicht geschonden;
- de compensatieregeling van Aangeslotene is onvoldoende. Consumenten wijzen erop dat zij geen partij waren bij de totstandkoming en dat de aan de compensatieregeling ten grondslag liggende akkoorden evenals de Aanbeveling niet beschouwd mogen worden als geschillenbeslechting;
- de door Aangeslotene in het kader van een schikking aangeboden bedragen zijn niet voldoende ter opheffing van het geleden nadeel zodat Aangeslotene zich niet op artikel 6:230 BW kan beroepen;
- van eigen schuld bij Consumenten is geen sprake. Voor de aanwezigheid van causaal verband tussen de onjuiste/onvolledige informatie en het sluiten van de Verzekering verwijzen Consumenten naar de overwegingen van de CvB in CvB 2010,011;
- de door Aangeslotene benadrukte fiscale voordelen golden ook voor de eigen woningschuld en spaarhypothek.

- 4.3 Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd:
- a. Volgens Aangeslotene volgt uit de uitspraak HvJ dat de nationale rechter en de Commissie in voorkomend geval dienen te bepalen (i) wat de rechtsgrondslag is van de ingeroepen informatieplicht tot het verstrekken van aanvullende informatie, (ii) of de gestelde rechtsgrondslag past binnen de door de Nederlandse wetgever gekozen implementatiewetgeving en - zou dat worden aangenomen - (iii) dat de aldus bepleite informatieplicht dient te voldoen aan de door het HvJ gestelde drie eisen van (a) duidelijk en nauwkeurig, (b) noodzakelijk en (c) rechtszekerheid, in het bijzonder voor de verzekeraar. De Nederlandse wetgever heeft de voor verzekeraars geldende informatieverplichtingen opgenomen in de Riav 1994. Bij de implementatie van de Riav 1994 heeft de Nederlandse wetgever bewust geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid die artikel 31 lid 3 Derde Levensrichtlijn bood verzekeraars te verplichten, aanvullende gegevens te verstrekken naast de gegevens die ingevolge artikel 31 lid 1 en Bijlage II van voornoemde richtlijn moesten worden verstrekt. Volgens Aangeslotene strijdt de toepassing van een open norm als redelijkheid en billijkheid al naar haar aard met het door het HvJ vooropgestelde beginsel van rechtszekerheid.
In de uitspraak CvB 2015, 003 formuleert de CvB informatieverplichtingen (zie overwegingen 4.6 en 4.15) die verder gaan dan de Riav 1998 (en volgens Aangeslotene de Riav 1994) en dus in strijd zijn met de uitspraak HvJ.
 - b. Aangeslotene wijst het beroep op dwaling van Consumenten van de hand. Hiernaast stelt zij dat geen sprake is van toerekenbare tekortkomingen of onrechtmatig handelen van haar jegens Consumenten. Aangeslotene voert het volgende aan:
 - bij brief van 7 mei 2007 hebben Consumenten Aangeslotene aansprakelijk gesteld. Aangeslotene heeft bij brief van 21 mei 2007 aansprakelijkheid afgewezen maar verklaard open te staan voor concrete klachten. Dat was een definitief standpunt van Aangeslotene. Pas bij brief van 31 oktober 2011 hebben Consumenten zich met concrete klachten tot Aangeslotene gewend. Consumenten hebben aldus niet tijdig geklaagd in de zin van artikel 6:89 Burgerlijk Wetboek ("BW") en zij dienen daarom niet-ontvankelijk te worden verklaard. Consumenten zijn bij aanvang volledig op de hoogte gesteld van alle relevante informatie inclusief de risico's. Gedurende de looptijd van de Verzekering hebben Consumenten de waardeontwikkeling via internet kunnen volgen en vanaf 2008 hebben zij waardeoverzichten ontvangen. Aangeslotene ondervindt door het te late klagen nadeel in haar bewijslevering en is niet in de gelegenheid geweest de gestelde schade te beperken. Hiernaast stelt Aangeslotene dat de vordering tot vernietiging wegens dwaling is verjaard. Zij beroept zich hier op artikel 3:52 lid 1 onder c BW. Verder stelt Aangeslotene dat sprake is van verjaring op grond van artikel 3:310 lid 1 BW respectievelijk artikel 3:311 lid 1 BW. Hiernaast is volgens Aangeslotene niet binnen 6 maanden na de brief van 7 mei 2007 de op grond van artikel 3:317 lid 2 BW vereiste stuitingshandeling verricht. Aangeslotene heeft zich niet gecommitteerd aan het flankerend beleid;

- Aangeslotene beroept zich op artikel 15.2 Reglement en stelt dat Consumenten gerekend vanaf 7 mei 2007 hun klacht op 16 januari 2012 te laat bij de Ombudsman Financiële Dienstverlening hebben ingediend;
- de Commissie dient op grond van artikel 9 lid 1 Reglement klachten van individuele consumenten te behandelen. Op grond van artikel 14 lid 1 onder c Reglement is in de procedure bij de Commissie categoriale afdoening op basis van een voorbeeldzaak niet mogelijk;
- de Verzekering is gesloten door advisering en bemiddeling van de ATP. Deze opereerde zelfstandig en onafhankelijk van Aangeslotene. Zij is niet verantwoordelijk voor het handelen en het advies van de ATP en wijst op GC 19 maart 2013, GC 2013, 81. Tussen Consumenten en de ATP bestond een overeenkomst van opdracht en tekortkomingen van de ATP bij het uitvoeren van die opdracht komen voor rekening van Consumenten. Aangenomen mag worden dat Consumenten welbewust de overstap maakten van een zeer veilige spaarhypotheek zonder kans op een hoger resultaat dan het afgesproken eindkapitaal naar een beleggingshypotheek met een kans op een hoger rendement maar ook een hoger risicoprofiel;
- de door Aangeslotene in de precontractuele fase verstrekte informatie voldeed aan de Riav 1994 en de CRR 1997. Door middel van de offerte, de polis, de AV, het Reglement en het Kostenaanhangsel zijn Consumenten geïnformeerd over de kenmerken van de Verzekering waaronder de (eerste- en de administratie)kosten. Er is geen sprake van verborgen kosten;
- uit artikel 1 Kostenaanhangsel blijkt dat de eerste kosten gedurende de eerste tien jaren hoger zijn dan de rest van de looptijd van de Verzekering, hetgeen ertoe leidt dat het investeringsdeel de eerste tien jaar van de looptijd lager is dan de rest van de looptijd (dupliek, onderdeel 59). De grondslag voor de kosten van de ATP is gelegen in artikel 1 Kostenaanhangsel;
- het in rekening brengen van de fondskosten (TER en andere kosten zoals de transactiekosten) is een feit van algemene bekendheid en het is een gangbare praktijk dat de fondskosten in de koersen van de beleggingsfondsen worden verwerkt. Dit heeft tot gevolg dat bij het aangaan van de Verzekering wilsovereenstemming bestond over de fondskosten. De fondskosten (waaronder de TER) waren hiernaast marktconform. Volgens Aangeslotene zijn de fondskosten ook verdisconteerd in de vergoeding uit hoofde van haar compensatieregeling;
- Consument hebben in overleg met hun ATP gekozen voor de verzekerde overlijdensrisicodekking. Hierbij komt dat de hypotheekverstrekker Consumenten verplichtte tot het sluiten van overlijdensrisicodekking. Uit het Reglement en het Kostenoverzicht OVR en de daarbij behorende tabel blijkt de hoogte van de overlijdensrisicopremie;
- na de totstandkoming van de Verzekering konden Consumenten de waardeontwikkeling via internet volgen. Vanaf 2008 ontvingen zij jaarlijkse waardeoverzichten conform het model De Ruiter;
- in de offerte waren scenario's opgenomen in overeenstemming met de Riav 1994 en de CRR 1997. In 1998 was het laagste opgenomen scenario van 8,5% een slecht weer scenario. De in de offerte genoemde voorbeeldkapitalen zijn

op een juiste manier door Aangeslotene berekend. Bij de voorbeeldkapitalen is rekening gehouden met kosten en risicopremies. De offerte is vervaardigd met software die door Aangeslotene aan de ATP ter beschikking is gesteld, de ATP heeft de parameters ingevoerd;

- tussen Aangeslotene en Consumenten bestaat geen beleggingsadviesrelatie en op Aangeslotene rust daarom ter zake van de keuze voor de beleggingen geen bijzondere zorgplicht en/of waarschuwingplicht. Ook hoefde Aangeslotene zich er niet van te vergewissen of sprake was van een discrepantie tussen risicobereidheid en risicoprofiel van de gekozen beleggingen. Consumenten hebben hun keuze in het aanvraagformulier voor het Actief Beheer Depot (een fonds zonder garantie) gemaakt met hulp van hun ATP. In de offerte heeft Aangeslotene uitdrukkelijk op de risico's van beleggen gewezen. Aangeslotene betwist verder dat Consumenten een defensief beleggingsprofiel hadden. Het Actief Beheer Depot (per 12 april 2011 gewijzigd in het Reaal Euro Mixfonds) belegde niet voor 55% in "uiterst risicovolle" aandelen. Het betrof gangbare, goed verhandelbare aandelen. Het risicoprofiel van het fonds was verder betrekkelijk laag omdat de helft van de beleggingen bestond uit obligaties;
- Aangeslotene is niet verplicht tot een product recall (hersteladvies). Er zijn geen (inherente) productgebreken. Aangeslotene wijst er verder op dat zij uit hoofde van haar compensatieregeling vergoedingen heeft toegekend en daarmee haar verantwoordelijkheid als aanbieder van het product heeft genomen;
- Aangeslotene heeft een compensatieregeling met de Stichting Verliespolis en de Stichting Woekerpolis Claim (de "stichtingen") gesloten. In de regeling wordt voorzien in een redelijke kostenniveau en een redelijke overlijdensrisicopremie. In 2009 heeft Aangeslotene haar klanten door middel van een flyer over de compensatieregeling geïnformeerd. Consumenten hebben recht op een bedrag van € 435,11 als compensatie voor te hoge kosten en een bedrag van € 930,23 ter compensatie van het hefboom- en inteereffect;
- Aangeslotene heeft Consumenten twee keer een bedrag aangeboden in het kader van een schikking. Zij beroept zich in dit kader op artikel 6: 230 BW. Aangeslotene beroept zich ook op dit artikel in verband met de door haar toegekende compensatie voor de kosten en het hefboom- en inteereffect;
- er is geen causaal verband tussen het vermeende gebrek aan informatieverschaffing c.q. de gestelde misleiding en de beslissing van Consumenten om de Verzekering te sluiten. Gezien de (fiscale) voordelen van een beleggingsverzekering acht Aangeslotene het bestaan van causaal verband onaannemelijk;
- Aangeslotene acht zich niet gehouden tot schadevergoeding, de gestelde productgebreken bestaan niet. Consumenten hebben geen schade, op grond van de compensatieregeling geldt dat de kosten redelijk waren. Voor het hefboom- en inteereffect is een vergoeding toegekend. Voor zover er wel schade zou zijn, is deze niet hoger dan € 6.550,-. Er zijn tevens geen tekortkomingen die ontbinding rechtvaardigen. Aangeslotene is verder niet in gebreke gesteld en niet in verzuim.

Consumenten hebben verder zelf bijgedragen aan het ontstaan van hun beweerde schade, zodat deze geheel of ten dele voor hun rekening moet blijven. Bij een eventuele schadeberekening dienen verder de door Consumenten genoten voordelen in mindering te worden gebracht;

- onduidelijk is hoe de vergoeding voor de adviseur van Consumenten (Stichting ODIN) is berekend en welke inspanningen deze adviseur heeft verricht. Enige kostenopgave ontbreekt.

5. Beoordeling

- 5.1 Aangeslotene stelt allereerst dat Consumenten niet overeenkomstig het bepaalde in artikel 6:89 BW binnen bekwame tijd hebben geprotesteerd en dat hun klachten niet-ontvankelijk dienen te worden verklaard. Aangeslotene wijst ter onderbouwing van haar stelling op de brief van Consumenten van 7 mei 2007 (zie 3.9) waarin zij Aangeslotene aansprakelijk hebben gesteld. Volgens Aangeslotene heeft zij bij brief van 21 mei 2007 aansprakelijkheid afgewezen en moet haar brief als definitief standpunt worden beschouwd. Daarna hebben Consumenten pas bij brief van 31 oktober 2011 concrete klachten geuit. Aangeslotene wijst er verder op dat Consumenten bij aanvang van de Verzekering volledig op de hoogte zijn gesteld van alle relevante informatie inclusief de risico's. Gedurende de looptijd van de Verzekering hebben Consumenten de waardeontwikkeling via internet kunnen volgen en vanaf 2008 hebben zij waardeoverzichten ontvangen. Consument stellen dat de brief van 7 mei 2007 een stuitingsbrief was en dat zij door voortschrijdend inzicht op grond van berichtgeving in de media pas bij brief van 31 oktober 2011 in staat waren concrete klachten te uiten, die na inschakeling van een deskundige in 2012 nog werden aangescherpt.
- 5.2.1 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. (Vergelijk r.o. 3.4 van HR 8 oktober 2010, LJN BM 9615)
- 5.2.2 Op Aangeslotene rust in de precontractuele fase de verplichting tot het verschaffen van volledige en begrijpelijke informatie aan Consumenten omtrent de kenmerkende eigenschappen van de aan Consumenten aangeboden verzekering en de uit die verzekering voortvloeiende risico's.
- 5.2.3 In het kader van de totstandkoming van de Verzekering geldt Aangeslotene als professionele en bij uitstek deskundige dienstverlener terwijl in het onderhavige geval bij Consumenten een zodanige professionaliteit en deskundigheid ontbreekt. Dit brengt mee dat Consumenten niet zonder meer op de hoogte hoefden te zijn van het bestaan van de hierboven bedoelde verplichting van Aangeslotene terwijl zij, indien zij daarvan wel op de hoogte zijn, in beginsel ervan mogen uitgaan dat Aangeslotene die verplichting jegens hen naleeft. Het niet naleven van de betreffende verplichting is derhalve niet een tekortkoming van Aangeslotene die Consumenten zonder meer behoorden op te merken.

Op Consumenten rust dan ook pas op grond van artikel 6:89 BW een onderzoeksplicht met betrekking tot de vraag of Aangeslotene haar informatieverplichting jegens hen heeft nageleefd, indien zij van die verplichting op de hoogte zijn en gerede aanleiding hebben te veronderstellen dat Aangeslotene daarin kan zijn tekortgeschoten (Vergelijk r.o. 4.3.1-4.3.2 van HR 8 februari 2013, LJN BY 4600.)

- 5.2.4 In het onderhavige geval is door Consumenten gesteld dat de brief van 7 mei 2007 een stuitingsbrief was en dat zij door voortschrijdend inzicht op grond van berichtgeving in de media pas bij brief van 31 oktober 2011 in staat waren concrete klachten te uiten, die na inschakeling van een deskundige in 2012 nog werden aangescherpt.
- 5.2.5 De Commissie is van oordeel dat Consumenten ervan mogen uitgaan dat zij door Aangeslotene duidelijk, juist en volledig worden geïnformeerd en dat niet van hen kan worden verwacht dat zij telkens zelfstandig onderzoek doen naar de vraag of Aangeslotene wel aan haar verplichtingen heeft voldaan. Dit betekent dat voor Consumenten geen aanleiding bestond bij Aangeslotene met concrete klachten te klagen, totdat zij zich ervan bewust werden dat Aangeslotene ter zake van de verstrekte informatie mogelijk een verwijt viel te maken. Dat laatste kan, anders dan Aangeslotene kennelijk stelt, niet reeds volgen uit de bij aanvang van de Verzekering verstrekte informatie en/of de tussentijds verstrekte informatie en waardeoverzichten. Ten aanzien van de brief van 7 mei 2007 die Consumenten Aangeslotene hebben toegezonden merkt de Commissie in dit kader op dat deze brief kennelijk is geïnspireerd door het daarin genoemde rapport van de AFM en een Radaruitzending van november 2006, maar géén concrete, op de onderhavige Verzekering toegesneden klachten bevat. Dat Aangeslotene (ook) geen concrete klachten in deze brief heeft gelezen, blijkt uit haar reactie van 21 mei 2007. Wel blijkt uit de brief dat Consumenten op de hoogte waren van de publiciteit over beleggingsverzekeringen. De Commissie is daarom van oordeel dat van Consumenten verwacht mocht worden dat zij na de brief van 7 mei 2007 onderzoek zouden doen naar hun Verzekering en de rol van Aangeslotene bij de totstandkoming daarvan. Uit de verklaring van Consumenten leidt de Commissie af dat zij dat hebben gedaan door ná het zenden van hun brief de publiciteit over beleggingsverzekeringen te volgen en dat zij door het aldus verkregen voortschrijdend inzicht pas bij brief van 31 oktober 2011 in staat waren concrete klachten te uiten, die na inschakeling van een deskundige in 2012 nog werden aangescherpt. De Commissie stelt vast dat in het onderhavige geval niet is gebleken of aannemelijk is geworden dat Consumenten geacht moeten worden op een eerder gelegen tijdstip dan in oktober 2011 tot het formuleren van concrete klachten in staat te zijn geweest. De Commissie neemt hierbij tevens in aanmerking dat Aangeslotene Consumenten in april 2009 in een flyer heeft geïnformeerd over de Aanbeveling van de Ombudsman Financiële Dienstverlening en haar eigen compensatieregeling op grond waarvan Consumenten mogelijk een vergoeding zouden ontvangen. In de flyer wordt vermeld dat Aangeslotene uiterlijk in het derde kwartaal van 2010 bekend zou maken wat de verwachte gevolgen van de compensatieregeling in de situatie van de betreffende geadresseerde zou zijn. Het ligt voor de hand dat Consumenten op de voor hen geldende uitkomst van de compensatieregeling hebben gewacht alvorens concrete klachten te formuleren.

Bovenstaande leidt ertoe dat de Commissie er in het hiernavolgende vanuit gaat dat Consumenten, zoals zij stellen, zich pas in oktober 2011 hebben gerealiseerd dat en in welke zin Aangeslotene jegens hen zou kunnen zijn tekortgeschoten zodat de in artikel 6:89 BW bedoelde termijn pas toen is gaan lopen.

Aangezien Consumenten zich in bij brief van 31 oktober 2011 bij Aangeslotene hebben beklagd en door Aangeslotene niet aannemelijk is gemaakt dat zij hierdoor nadeel heeft geleden, is de Commissie van oordeel dat Consument overeenkomstig het bepaalde in artikel 6:89 BW binnen bekwame tijd heeft geprotesteerd en verwerpt de Commissie het beroep van Aangeslotene op artikel 6:89 BW.

Verjaring

- 5.3 Ook het beroep van Aangeslotene op verjaring op grond van de artikelen 3:52 lid 1 onder c BW, 3:310 lid 1 BW en 3:311 lid 1 wordt afgewezen. Op grond van artikel 3:52 lid 1 onder c BW verjaart de rechtsvordering tot vernietiging van een rechtshandeling wegens dwaling drie jaren nadat de dwaling is ontdekt. Op grond van artikel 3:310 BW verjaart een rechtsvordering tot vergoeding van schade door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, en in ieder geval door verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt. Op grond van artikel 3:311 lid 1 BW verjaart een rechtsvordering tot ontbinding van een overeenkomst op grond van een tekortkoming in de nakoming daarvan of tot herstel van een tekortkoming door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de schuldeiser (Consumenten) met de tekortkoming bekend is geworden en ieder geval twintig jaren nadat de tekortkoming is ontstaan.

Uitgaande van het in 5.2.1 - 5.2.5 overwogene moet worden aangenomen dat Consumenten pas in oktober 2011 bekend zijn geworden met (i) met (de omvang van) de gestelde gebrekkige informatievoorziening alsmede met de omstandigheid dat zij als gevolg daarvan een verkeerde voorstelling van zaken hebben gehad en Aangeslotene daarvan wellicht een verwijt zou kunnen worden gemaakt, (ii) hun schade alsmede met de omstandigheid dat Aangeslotene mogelijk daarvoor aansprakelijk kon worden gehouden en (iii) de tekortkoming door Aangeslotene in de nakoming van haar verplichtingen jegens Consumenten. Door Aangeslotene is niet aannemelijk gemaakt dat Consumenten geacht moeten worden op een eerder gelegen tijdstip daarvan op de hoogte te zijn geraakt. Door vervolgens bij brief van 31 oktober 2011 hun klacht aanhangig te maken zijn Consumenten ruimschoots binnen de hierboven genoemde termijnen gebleven.

- 5.3.1 Aangeslotene heeft zich verder beroepen op het bepaalde in artikel 3:317 lid 2 BW. Volgens deze bepaling wordt de verjaring van andere rechtsvorderingen dan die tot nakoming van een verbintenis, gestuit door een schriftelijke aanmaning, indien deze schriftelijke aanmaning binnen zes maanden wordt gevolgd door een stuitingshandeling als in artikel 3:316 BW omschreven. De hier bedoelde stuitingshandeling bestaat -kort gezegd- door het instellen van een eis alsmede door iedere daad van rechtsvervolging die in de vereiste vorm geschiedt. Volgens Aangeslotene is de op grond van artikel 3:317 lid 2 BW vereiste stuitingshandeling niet binnen zes maanden na de brief van 7 mei 2007 van Consumenten geschied. Het gevolg hiervan zou zijn dat de in artikel 3:317 lid 2 BW bedoelde andere rechtsvorderingen zijn verjaard.

De Commissie verwerpt het beroep van Aangeslotene op artikel 3:317 lid 2 BW. Weliswaar verwijzen Consumenten in de brief van 7 mei 2007 naar artikel 3:317 BW en schrijven dat hun brief moet worden beschouwd als een aanmaning, maar hierboven (onderdeel 5.2.5) heeft de Commissie reeds overwogen dat de brief van 7 mei 2007 géén concrete, op de onderhavige Verzekering toegesneden klachten bevat. Hieruit vloeit logischerwijze voort dat, voor zover Consumenten in de brief spreken over vorderingen die zij op Aangeslotene zouden hebben terzake van hun Verzekering, deze vorderingen onbepaald zijn en volstrekt onduidelijk is op welke rechtsvorderingen in de zin van artikel 3:317 lid 2 BW gedoeld wordt. In haar brief van 21 mei 2007 schrijft Aangeslotene Consumenten ook “Tevens is ons op basis van uw brief ook niet duidelijk wat precies uw vordering is.” Aldus kan de brief van 7 mei 2007 van Consumenten in het onderhavige geval bij gebreke aan concreetheid niet worden beschouwd als een schriftelijke aanmaning en is artikel 3:317 lid 2 BW niet op deze situatie toepasselijk. Ten overvloede wijst de Commissie hier nog op het in onderdeel 5.3 overwogene waaruit blijkt dat naar het oordeel van de Commissie de verjaringstermijn van de daar genoemde rechtsvorderingen pas in oktober 2011 is gaan lopen.

Reglement van de Commissie

- 5.4 Aangeslotene heeft zich ook beroepen op de artikelen 9 lid 1, 14 lid 1 onder c en 15 lid 2 van het Reglement van de Commissie. Uit artikel 9 lid 1 in verband met artikel 14 lid 1 onder c Reglement vloeit volgens Aangeslotene voort dat de Commissie klachten van individuele consumenten behandelt en categoriale afdoening op basis van een voorbeeldzaak niet mogelijk is. De Commissie verwerpt het beroep van Aangeslotene op de artikelen 9 lid 1 en artikel 14 lid 1 onder c Reglement. Het gehele dossier overziende is de Commissie van oordeel dat uit de door Consumenten ingediende stukken voldoende duidelijk is waarover zij klagen zodat behandeling van de klacht op individuele basis mogelijk is.
- In het kader van haar beroep op artikel 15 lid 2 Reglement stelt Aangeslotene dat haar brief van 21 mei 2007 moet worden beschouwd als een definitief standpunt over de klacht van Consumenten waarbij een verwijzing naar het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening ontbreekt. Volgens Aangeslotene hadden Consumenten zich in dat geval op grond van artikel 15 lid 2 Reglement binnen een redelijke termijn tot het Klachteninstituut moeten wenden. Aangezien Consumenten pas in 2012 een klacht bij de Ombudsman Financiële Dienstverlening hebben ingediend hebben zij dat niet binnen de bedoelde redelijke termijn gedaan. De Commissie verwerpt het beroep van Aangeslotene op artikel 15 lid 2 Reglement. In haar brief van 21 mei 2007 schrijft Aangeslotene Consumenten dat zij uit de brief van Consumenten opmaakt dat deze zich zorgen maken over hun Verzekering en zegt zij open te staan voor concrete klachten en kritiek. Gelet op deze bewoordingen kan de brief van 21 mei 2007 van Aangeslotene bezwaarlijk worden opgevat als een definitief standpunt over de klachten van Consumenten. Hieronder zal de Commissie de klacht van Consumenten inhoudelijk behandelen.

- 5.5 Het aan de Commissie voorgelegde geschil betreft in de kern de volgende vragen:
- hebben Consumenten bij het sluiten van de Verzekering gedwaald omtrent het karakter van de Verzekering en de wezenlijke kenmerken daarvan?
 - is Aangeslotene jegens Consumenten toerekenbaar tekortgeschoten in haar verplichtingen c.q. heeft zij onrechtmatig jegens hen gehandeld door in het kader van de totstandkoming van de Verzekering (i) in de offerte onvoldoende informatie over de invloed van de kosten op het te behalen rendement te verstrekken en geen “slecht weer scenario” op te nemen, en (ii) onvoldoende en onjuiste informatie te verstrekken over de kosten, met name de eerste kosten en de fondsbeheerkosten (TER), het hefboom- en inteereffect van de premie van de overlijdensrisicodekking en de nominale hoogte van de overlijdensrisicopremie?
 - had Aangeslotene Consumenten moeten waarschuwen dat zij met de beoogde verzekering hun doelstelling (aflossing van de hypothecaire geldlening) mogelijk niet zouden gaan bereiken?

Bij de beantwoording van deze vragen gaat de Commissie uit van de onder 3 weergegeven feiten.

- 5.6 In het onderhavige geval staat vast dat Consumenten in het kader van de totstandkoming van de Verzekering de volgende informatie hebben ontvangen:

- de offerte;
- het aanvraagformulier;
- de polis;
- de AV;
- het Reglement;
- het Kostenaanhangsel;
- het Kostenoverzicht OVR.

Aan de hand van deze stukken zal de Commissie hierna onderzoeken hoe de in overweging 5.5 gestelde vragen dienen te worden beantwoord.

5.7 *Dwaling*

Consumenten stellen dat zij de Verzekering onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken omtrent het karakter en de kenmerken van de Verzekering hebben gesloten. De Commissie verwerpt deze stelling. Dat het bij de Verzekering om een beleggingsverzekering gaat waarbij het beleggingsrisico voor rekening van de verzekeringnemer is, blijkt klip en klaar uit de offerte, het aanvraagformulier, de AV, het Reglement en het Kostenaanhangsel. Bijvoorbeeld staat in de offerte dat sprake is van het beleggingsdepot Actief Beheer Depot. In het aanvraagformulier wordt aangegeven in welk beleggingsdepot belegd wordt. Uit de polis blijkt het bij vooroverlijden verzekerde bedrag en staat vermeld dat tenminste de tegenwaarde van de aan de Verzekering toegewezen eenheden wordt uitgekeerd. In het Reglement wordt gedefinieerd wat onder een “investering” (artikelen I onder b en 2) en een “eenheid” (artikel I onder d) wordt begrepen, wordt bepaald dat voor de investering eenheden in het door de verzekeringnemer gekozen beleggingsdepot worden toegewezen (artikel 3) en wordt omschreven in welke beleggingsfondsen de onderscheiden beleggingsdepots doorbeleggen (artikel II).

Op basis van deze informatie hebben Consumenten zonder meer kunnen en moeten begrijpen dat sprake was van een beleggingsverzekering met een niet gegarandeerde einduitkering (afgezien van de meeverzekerde overlijdensuitkeringen), dat de premie zou worden belegd en dat bij in leven zijn van de verzekerden, op het door hen gewenste tijdstip de waarde van de dan aanwezige eenheden zou worden uitgekeerd. Voor zover Consumenten zulks desondanks niet hebben begrepen moet dat voor hun rekening blijven. Van Consumenten mag worden verwacht dat zij de aan hen verstrekte informatie aandachtig doorlezen alvorens zij besluiten met het oog op de aflossing van hun hypothecaire geldlening een langlopende verzekering af te sluiten en dat zij daarover vragen stellen indien zij de hen verstrekte informatie niet begrijpen. In dat verband wijst de Commissie erop dat uit artikel 3 AV volgt dat de verzekeringnemer het recht heeft de verzekeringsovereenkomst binnen twee weken na ontvangst van de polis door hem of de door hem aangewezen ATP schriftelijk op te zeggen. Niet gesteld of gebleken is dat Consumenten in die twee weken nadere uitleg hebben gevraagd bij hun ATP of Aangeslotene. Nu Consumenten geen gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid de Verzekering binnen twee weken na ontvangst van de polis te beëindigen, worden zij geacht te hebben ingestemd met het karakter en de kenmerken van de door hen gesloten Verzekering.

5.8 *Toerekenbare tekortkoming/onrechtmatig handelen*

Consumenten stellen dat Aangeslotene jegens hen toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen c.q. onrechtmatig jegens hen heeft gehandeld door in het kader van de totstandkoming van de Verzekering (i) in de offerte onvoldoende informatie over de invloed van de kosten op het te behalen rendement te verstrekken en geen “slecht weer scenario” op te nemen, en (ii) onvoldoende en onjuiste informatie te verstrekken over de kosten, met name de eerste kosten en de fondsbeheerkosten (TER), het hefboom- en inteereffect van de premie van de overlijdensrisicodekking en de nominale hoogte van de overlijdensrisicopremie.

5.8.1 Op Aangeslotene rust in de precontractuele fase de verplichting tot het verschaffen van volledige en begrijpelijke informatie aan Consumenten omtrent de kenmerkende eigenschappen van de aan Consumenten aangeboden verzekering, waaronder de kosten die uit hoofde van die verzekering in rekening worden gebracht. Bij de beoordeling van de vraag of dat in het onderhavige geval is gebeurd zal de Commissie uitgaan van de wet- en regelgeving alsmede de binnen de branche algemeen gehuldigde inzichten, zoals die golden ten tijde van het tot stand komen van de Verzekering.

5.8.2 *Riav 1994 en CRR 1997*

De in 1998 geldende maatschappelijke opvattingen over de voorafgaand aan het sluiten van levensverzekeringen aan aspirant-verzekeringnemers te verstrekken informatie blijken uit de Riav 1994 en de CRR 1997. Tussen partijen staat vast, althans wordt niet betwist, dat in ieder geval de informatieverplichtingen uit hoofde van deze regelingen van toepassing zijn en ook de Commissie gaat daarvan uit.

De Commissie wijst er op dat de te betalen premie en andere kosten en het redelijkerwijs te verwachten bedrag van de uitkering bij een overeenkomst van levensverzekering tot de essentiële prestaties behoren, zodat de daarop betrekking hebbende voorwaarden naar de ook in 1998 geldende algemene maatstaven van het burgerlijk recht behoren tot de bedingen die uitdrukkelijk en begrijpelijk geformuleerd dienen te zijn en aan de potentiële wederpartij kenbaar gemaakt moeten worden op een zodanig tijdstip dat hij zich nog aan de overeenkomst kan onttrekken (vergelijk r.o. 5.7 van Geschillencommissie 2013-02 en r.o. 5.10 van Geschillencommissie 2016-120). De uitspraak HvJ brengt naar het oordeel van de Commissie geen wijziging in dit uitgangspunt.

In deze uitspraak heeft het HvJ, kort weergegeven, beslist dat artikel 31 lid 1 van de Derde Levensrichtlijn (hierna: de “Richtlijn”) bepaalt dat vóór het sluiten van de verzekeringsovereenkomst aan de verzekeringnemer ten minste de in bijlage II, onder A, van de Richtlijn vermelde gegevens moeten worden meegedeeld. De lidstaten kunnen verstrekking van aanvullende informatie verplichten op grond van artikel 31 lid 3 en lid 4 van de Richtlijn, maar alleen voor zover die aanvullende informatie noodzakelijk is voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de wezenlijke bestanddelen van de aangeboden verzekering en de vereiste informatie daarvoor voldoende duidelijk en nauwkeurig is en tevens de verzekeraar een voldoende niveau van rechtszekerheid biedt. Het is aan de lidstaten zelf om de rechtsgrondslag voor de verplichting tot het verstrekken van aanvullende informatie te bepalen teneinde zowel een daadwerkelijk begrip door de verzekeringnemer van de belangrijkste kenmerken van de aangeboden verzekeringsproducten als een toereikend niveau van rechtszekerheid te waarborgen. Welke grondslag de lidstaten gebruiken, is in beginsel niet relevant. De verplichting kan ook voortvloeien uit algemene beginselen van intern recht en eisen van redelijkheid en billijkheid.

- 5.8.3 In artikel 2, lid 1 en lid 2 onderdelen a tot en met p Riav 1994 is bepaald welke informatie de verzekeraar aan de verzekeringnemer dient te verstrekken. Volgens het derde lid van artikel 2 Riav 1994 moet deze informatie worden verstrekt voor de inkennisstelling van de verzekeringnemer van het sluiten van de overeenkomst. De informatie kan eveneens tegelijk met de inkennisstelling dan wel voor of tegelijk met de afgifte van de polis worden verstrekt, mits in dat geval de verzekeringnemer het recht heeft de overeenkomst binnen twee weken na de inkennisstelling of afgifte van de polis schriftelijk op te zeggen, met terugwerkende kracht tot de datum van het sluiten van de overeenkomst.
- 5.8.4 Op de onderhavige Verzekering is voorts toepasselijk de door het Verbond van Verzekeraars opgestelde CRR 1997. In het onderdeel “Richtlijnen voor de informatie omtrent voorbeelden” zijn bijzondere eisen gesteld aan het gebruik en de presentatie van voorbeeldendementen. De bij de CRR 1997 betrokken verzekeringsmaatschappijen moeten consumenten wijzen op het bestaan van de brochure van het Verbond van Verzekeraars inzake “Rendement en risico”. In de (toelichting op) de Code staat onder meer het volgende:
“(....)”

DOEL

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

(...)

De uitkering kan immers variëren afhankelijk van de opbrengsten die voor de verzekerde worden behaald op de belegde premies of spaargelden. De consument heeft voor de koopbeslissing dus een relevante voorstelling nodig van de mogelijke uitkomsten. Daarom worden voorbeelden berekend uitgaande van mogelijk te behalen rendementen. De te gebruiken rendementen dienen een zinvolle weerspiegeling te zijn van de aard van de beleggingen en met name ook van de daaraan verbonden risico's voor zover die voor rekening van de verzekerde komen. (...)."

5.8.5 In het onderhavige geval heeft de Commissie vastgesteld dat niet op alle punten is gehandeld conform hetgeen de Riav 1994 respectievelijk CRR 1997 voorschrijft.

Wat betreft de Riav 1994 ontbreken onder meer:

- een omschrijving hoe bij een uitkering de omrekening van de "tegenwaarde van de op dat moment aan de Verzekering toegewezen eenheden" in euro's geschiedt (artikel 2 lid 2 onder d);
- een opgave van de wijze waarop de afkoopwaarde en de premievrije waarde worden berekend (artikel 2 lid 2 onder k). Artikel 19 Reglement bepaalt weliswaar dat afkoop "geschiedt tegen de prijs per eenheid ten tijde van de afkoop vermenigvuldigd met het aantal aan de verzekering op dat tijdstip toegewezen eenheden" maar niet wordt omschreven hoe deze prijs wordt vastgesteld zodat geen sprake is van een duidelijke en nauwkeurige opgave van de berekening van de afkoopwaarde;
- een klachtenregeling (artikel 2 lid 2 onder p).

Wat betreft de CRR 1997 is/zijn onder meer :

- niet gedefinieerd wat onder "netto voorbeeldkapitaal" dient te worden verstaan;
- niet gedefinieerd wat onder "netto jaarlijks rendement" dient te worden verstaan;
- niet gedefinieerd wat onder "bruto gemiddeld rendement" dient te worden verstaan;
- niet vermeld of bij de voorbeeldpercentages al dan niet gebruik is gemaakt van openbare gegevens;
- niet vermeld op welke periode de gebruikte gegevens betrekking hebben en op welke wijze daaruit de toe te passen voorbeeldpercentages zijn afgeleid;

De conclusie is dat Aangeslotene toerekenbaar tekort is geschoten in de voldoening aan de informatieverplichtingen uit hoofde van de Riav 1994 en de CRR 1997 in de precontractuele fase, hetgeen jegens Consument onrechtmatig is.

De offerte

5.9. Dan ligt voor of Aangeslotene in de offerte voldoende informatie over de invloed van de kosten op het te behalen rendement heeft gegeven en of zij in de offerte een slecht weer scenario had moeten opnemen.

De Commissie stelt vast dat Aangeslotene onbetwist heeft gesteld dat de offerte is vervaardigd met door haar aan de ATP ter beschikking gestelde software en dat de ATP de in de offerte gebruikte parameters heeft ingevoerd zodat de Commissie daarvan uitgaat.

Dit betekent dat de inhoud en tekst van de offerte aan Aangeslotene moeten worden toegeschreven.

Uit de CRR 1997 (onderdeel 5.8.4) vloeit voort dat in 1998 op een verzekeraar die een beleggingsverzekering aanbood, (onder meer) de verplichting rustte om de aspirant-verzekeringnemer vóór het sluiten van de verzekering inzicht te verschaffen in de mogelijke gevolgen van de in rekening te brengen kosten voor het uiteindelijk met de beleggingsverzekering te behalen resultaat. De Commissie wijst in dit verband ook op het door haar in onderdeel 5.8.2 overwogene. Reeds in onderdeel 5.8.5 heeft de Commissie vastgesteld dat de in de offerte gebruikte termen “netto voorbeeldkapitaal” en “bruto gemiddeld rendement” niet zijn gedefinieerd. De offerte vermeldt ook niet (uitdrukkelijk) dat in de voorgestelde voorbeeldkapitalen alle kosten en inhoudingen zijn verwerkt. De Commissie is van oordeel dat uit de op deze manier in de offerte verstrekte informatie voor een gemiddelde consument niet te herleiden is dat en hoe de bij de uitvoering van de Verzekering in rekening te brengen kosten en inhoudingen van invloed zijn op het uiteindelijk te behalen resultaat. Aldus heeft Aangeslotene Consumenten niet het vereiste inzicht in de mogelijke gevolgen van de in rekening te brengen kosten en inhoudingen voor het uiteindelijk met de beleggingsverzekering te behalen resultaat verschaft en is zij toerekenbaar tekortgeschoten in haar in de precontractuele fase jegens Consumenten in acht te nemen informatieplicht hetgeen onrechtmatig is.

De vraag of Aangeslotene in 1998 gehouden was om in de offerte een zogenoemd slecht weer scenario op te nemen beantwoordt de Commissie ontkennend. Uit de Riav 1994, de CRR 1997 noch uit de in 1998 geldende algemene maatstaven van burgerlijk recht vloeide een dergelijke verplichting voort. De Commissie wijst er overigens op dat uit de in de offerte vermelde rendementspercentages van 8,5%, 10,5% en 12% en bijbehorende voorbeeldkapitalen blijkt dat een lager rendement leidt tot een navenant lager voorbeeldkapitaal zodat het voor Consumenten duidelijk moet zijn geweest dat bij een lager rendementspercentage dan 8.5% het door hen beoogde bedrag van HFL 250.000,- niet zou worden behaald.

Informatie over de in rekening te brengen kosten

- 5.10 Vervolgens is aan de orde of alle uit hoofde van de Verzekering ten laste van Consument gekomen kosten voldoende uitdrukkelijk en begrijpelijk in de offerte, de polis, de AV, het Reglement dan wel het Kostenaanhangsel zijn vermeld, zodat Consumenten geacht moeten worden daarover bij de totstandkoming van de Verzekering te zijn geïnformeerd en het in rekening brengen van deze kosten geacht moet worden te zijn overeengekomen. De Commissie zal dit hierna onderzoeken.
- 5.10.1 De Commissie stelt vast dat (de grondslagen van) de ten laste van Consumenten te brengen kosten worden omschreven in het Reglement en het Kostenaanhangsel. Naar het oordeel van de Commissie zijn daarin de volgende kosten voldoende duidelijk en begrijpelijk omschreven:
- a. Kosteninhouding op de premie. In artikel I Reglement zijn de begrippen “premie” en “investering” gedefinieerd waarbij de investering wordt omschreven als het deel van de premie dat voor toewijzing van eenheden in een of meer beleggingsdepots in aanmerking komt.

Artikel 2.1 Reglement bepaalt vervolgens dat iedere premie wordt omgerekend in een investering door inhouding van een percentage alsmede een vast bedrag. In artikel 1 Kostenaanhangsel staat hoe hoog het inhoudingspercentage is en welk vast bedrag daarnaast wordt ingehouden. Het inhoudingspercentage bedraagt over de gehele looptijd van de Verzekering 4%, het vaste bedrag bedraagt HFL 2,-. In het voorlaatste jaar bedraagt het percentage 3% en in het laatste jaar 2%. De inhoudingspercentages worden gedurende maximaal 10 jaar nog verhoogd met een van de toekomstige duur van de premiebetaling afhankelijk percentage. In het onderhavige geval was de duur van de premiebetaling 20 jaar en het betreffende percentage 7,5%;

- b. Administratiekosten. Deze kosten staan vermeld in artikel 4 Reglement. Uit artikel 2.1 Kostenaanhangsel blijkt dat deze kosten maandelijks HFL 9,17 bedragen vermeerderd met HFL 0,83;
- c. Eerste kosten. Deze kosten worden vermeld in artikel 2.2 Kostenaanhangsel. Zij worden gedurende de eerste twee polisjaren in rekening gebracht door middel van inhouding op het polisdepot van een percentage van de naar een maandpremie omgerekende termijnpremie. Het inhoudingspercentage is afhankelijk van de toekomstige premieduur en bedroeg voor Consumenten 40% met een maximum van HFL 200,- per maand;
- d. Verdere kosten uit hoofde van de AV, het Reglement en het Kostenaanhangsel die (uiteindelijk) ten laste van Consumenten (kunnen) worden gebracht zijn onder meer: de kosten en belastingen genoemd in artikel 20 AV, switchkosten (artikelen 7.4 Reglement en 4 Kostenaanhangsel), afkoopkosten (artikelen 19 Reglement en 6 Kostenaanhangsel) en kosten van premievrijmaking (artikelen 20 Reglement en 7 Kostenaanhangsel).

De Commissie gaat ervan uit dat Consumenten, zoals van hen mag worden verwacht, aandachtig kennis hebben genomen van de aan hen in het kader van de totstandkoming van de Verzekering uitgereikte stukken. Voor Consumenten moet daarom duidelijk zijn geweest dat uit hoofde van de overeenkomst van verzekering de hierboven onder a tot en met d genoemde kosten te hunnen laste zouden worden gebracht en tot welke bedragen dat zou gebeuren. De slotsom is dat naar de destijds geldende maatstaven, de hierboven onder a tot en met d uit hoofde van de Verzekering ten laste van Consumenten komende kosten voldoende duidelijk en begrijpelijk in de aan Consument verstrekte informatie zijn vermeld, zodat zij geacht moeten worden daarover bij de totstandkoming van de Verzekering te zijn geïnformeerd en het ten laste van hen brengen van deze kosten geacht moet worden te zijn overeengekomen.

Ten slotte verwerpt de Commissie de stelling van Consumenten dat Aangeslotene gehouden was om hen in de precontractuele fase te informeren omtrent de nominale hoogte van de in rekening te brengen kosten. Uit de Riav 1994 en de CRR 1997 noch uit de destijds binnen de branche algemeen gehuldigde inzichten noch uit destijds geldende algemene maatstaven van het contractenrecht vloeide een dergelijke verplichting voort. De Commissie wijst er in dit verband op dat van een verzekeringnemer verwacht mag worden dat hij na ontvangst van de polis en de voorwaarden van verzekering hier kennis van neemt en dat hij indien hij daarover vragen heeft, zich daarmee tot zijn assurantietussenpersoon of de verzekeraar wendt.

In het onderhavige geval is bovendien in de polis bepaald dat de verzekeringnemer het recht heeft de verzekeringsovereenkomst binnen twee weken na afgifte van de polis schriftelijk op te zeggen. Niet gesteld of gebleken is dat Consumenten in die twee weken nadere uitleg over de kosten of de hoogte daarvan hebben gevraagd bij hun ATP en/of Aangeslotene. Nu Consumenten geen gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid de Verzekering binnen twee weken na ontvangst van de polis te beëindigen, worden zij ook daarom geacht te hebben ingestemd met de hierboven genoemde kosten respectievelijk de hoogte daarvan voor de door hen gesloten Verzekering.

TER

Partijen zijn vervolgens verdeeld over de vraag of Consumenten geacht moeten worden afdoende te zijn geïnformeerd over de TER en met het in rekening brengen daarvan te hebben ingestemd. Volgens Consumenten bestaat over de TER geen wilsovereenstemming en bevatten de polis, de AV, het Reglement en het Kostenaanhangsel geen grondslag voor het in rekening brengen daarvan. Zij wijzen erop dat uit het bij hun brief van 5 november 2014 meegezonden informatieblad blijkt dat de TER van het Actief Beheer Depot 1,76% bedroeg en dat de in artikel 17.1 Reglement en artikel 5.1 Kostenaanhangsel genoemde beheervergoeding van 0,5% onderdeel is van de TER van het fonds waarin wordt belegd. Aangeslotene stelt hiertegenover dat het in rekening brengen van de fondskosten (TER en andere kosten zoals de transactiekosten) een feit van algemene bekendheid is en het een gangbare praktijk is dat de fondskosten in de koersen van de beleggingsfondsen worden verwerkt. Dit heeft volgens haar tot gevolg dat bij het aangaan van de Verzekering wilsovereenstemming bestond over de fondskosten. De fondskosten (waaronder de TER) waren hiernaast marktconform.

De Commissie overweegt als volgt. Bij de TER gaat het om de interne (beheer)kosten van het betreffende beleggingsfonds waarin ten behoeve van de verzekeringnemer wordt belegd. De TER wordt in de koers van de participatie van het beleggingsfonds verwerkt en komt aldus uiteindelijk voor rekening van de verzekeringnemer. Weliswaar wordt de TER niet rechtstreeks door de verzekeraar bij de verzekeringnemer in rekening gebracht, maar het zijn wel kosten die voortvloeien uit het sluiten van de beleggingsverzekering die direct de hoogte van de uiteindelijke uitkering beïnvloeden. Daarmee zijn de TER direct van invloed op een wezenlijk bestanddeel van de aangeboden beleggingsverzekering, namelijk het daarmee voor Consument mogelijk te behalen resultaat. De verzekeraar is daarom als aanbieder van het financiële product beleggingsverzekering gehouden de verzekeringnemer daarover voldoende duidelijk te informeren. Op grond van de Riav 1994 en de CRR 1997 was het vermelden van de TER nog niet verplicht. Die verplichting ontstond wel onder de Riav 1998 en de CRR 1998. Echter ook zonder deze verplichting was naar het oordeel van de Commissie ten tijde van het sluiten van de Verzekering het vermelden van de TER in de precontractuele fase verplicht. Deze kosten beïnvloeden immers (mede) het rendement en daarmee de uitkering verbonden aan de verzekeringsovereenkomst en behoren daarmee tot de wezenlijke bestanddelen van de overeenkomst die aan de aspirant-verzekeringnemer behoren te worden medegedeeld vóór het sluiten van de overeenkomst.

De Commissie verwijst in dit kader tevens naar het in overweging 5.8.2 tweede alinea overwogene en is van oordeel dat het vermelden van de TER in 1998 op grond van de algemene maatstaven van het Nederlandse contractenrecht verplicht was en dat het bestaan van deze verplichting ook in 1998 met voldoende mate van voorspelbaarheid door Aangeslotene kon worden aangenomen (zie overweging 29 uitspraak Hv)).

De Commissie stelt vast dat in de offerte, de polis, de AV, het Reglement en het Kostenaanhangsel niet uitdrukkelijk en begrijpelijk over de TER wordt gesproken. Wel wordt in artikel 17 van het Reglement over “beheerkosten” en “beleggingskosten” gesproken: volgens artikel 17 Reglement wordt maandelijks op de waarde van een beleggingsdepot een vergoeding voor het “beheer van de polis” in rekening gebracht. Daarnaast wordt een vergoeding berekend voor “beleggingskosten welke afhankelijk is van de mate waarin niet is belegd in de beursgenoteerde fondsen van AXA.” Uit artikel 5 Kostenaanhangsel blijkt dat de beheerkosten per maand 1/24% van de laatst bepaalde waarde van het betreffende beleggingsdepot bedragen, eventueel verhoogd met maximaal 8/100% indien en voor zover een beleggingsdepot niet in de beursgenoteerde beleggingsfondsen van AXA Beleggingsfondsen N.V. is belegd. In haar brief van 16 september 2011 schrijft Aangeslotene aan Consumenten dat het bij de beheerkosten genoemd in artikel 5 Kostenaanhangsel (welk artikel weer verwijst naar artikel 17 Reglement) gaat om de aan een beleggingsdepot toe te rekenen kosten. Hiervan uitgaande zouden de TER op jaarbasis niet meer dan 0,5% berekend over de laatst bepaalde waarde van het Actief Beheer Depot bedragen. Voor wat betreft de verwijzing in artikel 17 voor een vergoeding voor “beleggingskosten welke afhankelijk is van de mate waarin niet is belegd in de beursgenoteerde fondsen van AXA” gaat de Commissie er vanuit dat deze nihil is omdat uit artikel 11 lid 1 onder c Reglement blijkt dat het Actief Beheer Depot geheel belegt in aandelen van het fonds AXA Actief Beheer Nederland.

Voor zover Consumenten al uit de bewoordingen van de artikelen 17 Reglement en 5 Kostenaanhangsel hebben kunnen opmaken dat daar de beheerkosten van het Actief Beheer Depot worden bedoeld, blijkt uit het bij hun brief van 5 november 2014 meegezonden informatieblad dat de TER van het Actief Beheer Depot in werkelijkheid in ieder geval over het jaar 2009 1,76% bedroeg (inclusief de in artikel 5 Kostenaanhangsel genoemde 0,5%) en dat over 2010 ook een TER van 1,76% werd verwacht. Bovenop de 0,5% is derhalve in ieder geval in 2009 en naar verwachting in 2010 een percentage van 1,26% aan TER extra ten laste van het voor Consumenten belegde vermogen gebracht. (hierna te noemen: “de “TER-opslag”). Deze TER-opslag is op geen enkele wijze kenbaar gemaakt aan Consumenten in de offerte, de polis, de AV, het Reglement, het Kostenaanhangsel of enig ander in de precontractuele fase aan hen verstrekt document. De Commissie gaat er hierbij vanuit dat ook in andere jaren gedurende de looptijd van de Verzekering een TER-opslag is gehanteerd.

Nu Consumenten gelet op het bepaalde in de artikelen 17 Reglement en 5 Kostenaanhangsel er van uit mochten gaan dat de TER niet meer dan 0,5% per jaar zou bedragen, zijn zij over het meerdere, de TER-opslag, niet voldoende uitdrukkelijk en begrijpelijk geïnformeerd. De Commissie is dan ook van oordeel dat Aangeslotene als aanbieder van de Verzekering op het punt van de TER-opslag tekort is geschoten in haar precontractuele informatieverplichtingen jegens Consumenten, hetgeen onrechtmatig is.

Gevolg daarvan is dat door Aangeslotene kosten ten laste van Consumenten in rekening zijn gebracht zonder dat de tussen partijen gesloten overeenkomst daarvoor een voldoende grondslag biedt. Voor zover de door Aangeslotene ten laste van Consumenten gebrachte TER-opslag ten koste is gegaan van de waardeopbouw van de Verzekering zijn Consumenten hierdoor ook benadeeld.

Hefboom- en inteereffect

- 5.11 Consumenten stellen dat Aangeslotene hen bij het sluiten van de Verzekering niet heeft geïnformeerd over het mogelijk optredende hefboom- en inteereffect van de overlijdensrisicopremie. Aangeslotene heeft niet weersproken dat zij Consumenten bij het sluiten van de Verzekering niet heeft geïnformeerd over het mogelijk optredende hefboom- en inteereffect, maar is van mening dat zij in 1998 niet verplicht was om informatie over het hefboom- en inteereffect te verschaffen.

De Commissie overweegt het volgende. Naarmate de beleggingsresultaten slechter zijn, zal het verschil tussen het in de beleggingen aanwezige kapitaal en het verzekerde bedrag bij overlijden groter zijn. Dit grotere verschil - een groter overlijdensrisicokapitaal - komt tot uitdrukking in hogere overlijdensrisicopremies. Dat effect wordt versterkt naar mate de leeftijd van de verzekerde hoger is. Het bedrag dat bestaat uit de combinatie van de hoge overlijdensrisicopremie en de aan de Verzekering verbonden kosten, kan bovendien groter zijn dan de periodiek te betalen premie. Het negatieve verschil moet aan het belegde vermogen worden onttrokken, hetgeen weer van invloed is op de overlijdensrisicopremie. Als gevolg hiervan kan de waarde van de Verzekering in de loop van de tijd aanzienlijk afnemen. De waarde van de Verzekering kan dan onvoldoende zijn met het oog op de doelstelling van Consumenten, in dit geval aflossing van een hypothecaire geldlening. Het is zelfs mogelijk dat de waarde van de Verzekering tussentijds nihil wordt, met als gevolg dat de Verzekering, waaronder de overlijdensrisicodekking, tussentijds beëindigd wordt. Dit mechanisme wordt getypeerd als het "hefboom- en inteereffect". Uit het feit dat Aangeslotene in artikel 8 lid 2 AV heeft opgenomen dat (na de eerste vijf jaar waarin de dekkingen gehandhaafd blijven mits de premies zijn betaald) de Verzekering van rechtswege vervalt indien er geen eenheden meer in het polisdepot aanwezig zijn om de kosten voor de Verzekering en het dekken van risico te voldoen, volgt dat Aangeslotene wist dat dit effect zich zou kunnen voordoen. De Commissie stelt in het licht van het voorgaande vast dat het hefboom- en inteereffect direct van invloed is op een wezenlijk bestanddeel van de aangeboden beleggingsverzekering, namelijk het daarmee voor Consumenten mogelijk te behalen resultaat. Dit brengt mee dat het op de weg van Aangeslotene lag om Consumenten in de precontractuele fase voldoende duidelijk te informeren omtrent dit effect. De Commissie verwijst in dit kader tevens naar het in overweging 5.8.2 tweede alinea overwogene en is van oordeel dat het informeren over het hefboom- en inteereffect in 1998 op grond van de algemene maatstaven van het Nederlandse contractenrecht verplicht was en dat het bestaan van deze verplichting ook in 1998 met voldoende mate van voorspelbaarheid door Aangeslotene kon worden aangenomen (zie overweging 29 uitspraak HvJ).

Tussen partijen is niet in geding dat bij de Verzekering een overlijdensdekking op twee levens is meeverzekerd en dat daarvoor premie is verschuldigd. Alleen al uit het Kostenoverzicht OVR hadden Consumenten kunnen afleiden dat geen sprake was van een vaste overlijdensrisicopremie, omdat uit dit overzicht duidelijk en begrijpelijk blijkt dat de hoogte van de overlijdensrisicopremie per f. 1.000,- verzekerd bedrag afhangt van de leeftijd van de verzekerde. Uit artikel 5 lid 1 Reglement volgt dat de overlijdensrisicopremie op iedere zesde werkdag van de maand wordt onttrokken aan het polisdepot. In artikel 5 lid 2 Reglement staat verder “Het overlijdensrisico is gelijk aan het bedrag dat op dat moment verschuldigd zou zijn om de uitkering bij overlijden van de verzekerde te doen, verminderd met de waarde van de aan de verzekering toegewezen eenheden op dat tijdstip, nadat de kosten voor deze dekking en eventueel die genoemd in artikel 6 [dekking arbeidsongeschiktheidsrisico] daarop in mindering zijn gebracht.”

Het bepaalde in artikel 5 leden 1 en 2 Reglement overziende is het naar het oordeel van de Commissie voor een gemiddelde, oplettende consument niet duidelijk en begrijpelijk dat daarin een hefboom- en inteereffect ligt besloten, wanneer dat effect zich kunnen voordoen en wat de gevolgen daarvan zouden kunnen zijn. Aangezien het hefboom- en inteereffect van zeer grote invloed kan zijn op de uiteindelijk te realiseren waarde van de Verzekering had het op de weg van Aangeslotene gelegen om Consumenten op uitdrukkelijke en begrijpelijke wijze, over dit effect te informeren en te wijzen op de mogelijke nadelen ervan. De Commissie stelt vast dat niet gebleken is dat Aangeslotene dit bij het sluiten van de Verzekering in de offerte, de polis, de AV, het Reglement, het Kostenaanhangsel AV of het Kostenoverzicht OVR dan wel op andere wijze heeft gedaan.

Uit het voorgaande vloeit voort dat de Commissie van oordeel is dat Consumenten inzake het hefboom -en inteereffect geacht moeten worden niet op duidelijke en begrijpelijke wijze te zijn geïnformeerd en dat dit geacht moet worden niet tussen partijen te zijn overeengekomen. Aangeslotene is derhalve op dit punt bij de totstandkoming van de Verzekering toerekenbaar tekortgeschoten in haar in de precontractuele fase jegens Consument in acht te nemen informatie- en waarschuwingsplicht en in beginsel verplicht tot vergoeding van het door Consument daardoor geleden nadeel.

- 5.12 Aangeslotene heeft op basis van haar compensatieregeling in verband met het hefboom- en inteereffect reeds €930,23 aan Consumenten vergoed, en meent dat zij Consumenten daarmee voldoende heeft gecompenseerd. Consumenten hebben dat in algemene zin betwist. De Commissie stelt voorop dat een juiste maatstaf voor de compensatie van het als gevolg van het hefboom- en inteereffect ondervonden nadeel, niet objectief is vast te stellen. Van belang is dat in de door Verzekeraar aangeboden compensatieregeling steeds wordt uitgegaan van een kennelijk redelijk geacht fictief bruto jaarlijks rendement van 6%, terwijl de door Aangeslotene in de offerte gehanteerde bruto voorbeeldrendementen 8,50%, 10,5% respectievelijk 12% bedroegen.

Anderzijds is van belang dat het hefboom- en inteereffect onder omstandigheden bij stijgende koersen ook een voor Consumenten voordelige werking kan hebben, zodat het niet zonder meer voor hand ligt het ondervonden nadeel thans geheel voor rekening van Verzekeraar te brengen. Tegen die achtergrond en in lijn met eerdere uitspraken, is de Commissie van oordeel dat voor de berekening van het te compenseren nadeel als gevolg van het hefboom- en inteereffect dient te worden aangesloten bij de in de

compensatieregeling gehanteerde methodiek, waarbij dient te worden uitgegaan van het door Verzekeraar in de precontractuele fase gehanteerde laagste voorbeeldrendement met een afslag van 2%, maar met een minimum van 6%. De Commissie acht het redelijk om uit te gaan van het in de precontractuele fase gehanteerde laagste voorbeeldrendement, omdat de betreffende aspirant-verzekeringnemer op die wijze is voorgehouden dat dit lagere rendement behaald kón worden op grond van in het verleden gerealiseerde resultaten, overigens zonder garantie dat dit voorbeeldrendement ook daadwerkelijk gerealiseerd zou worden, terwijl het gebruiken van dat voorbeeldrendement (mede) geacht moet worden van invloed te zijn geweest op het besluit van de aspirant-verzekeringnemer om het product te sluiten.

- 5.12.1 In het onderhavige geval betekent het voorgaande dat Aangeslotene gehouden is:
- de vergoeding voor het hefboom- en inteereffect te herrekenen volgens de methodiek van bijlage 5 van de compensatieregeling, waarbij dient te worden uitgegaan van het laagste door haar in de offerte gehanteerde bruto rendementspercentage van 8,5% verminderd met een afslag van 2%;
 - het aldus berekende bedrag dient, onder verrekening met de eerder berekende vergoeding van €930,23 en vanaf 29 maart 2013 tot aan de dag van voldoening vermeerderd met de wettelijke rente aan Consumenten te worden betaald.

Waarschuwingsplicht inzake doelstelling Verzekering

- 5.13 Consumenten stellen dat Aangeslotene hen had moeten waarschuwen dat zij met de beoogde verzekering hun doelstelling (aflossen van de hypothecaire geldlening) mogelijk niet zou bereiken.
- 5.13.1 De Commissie stelt voorop dat een verzekeraar een aspirant-verzekeringnemer dient te waarschuwen ingeval het doel dat deze met de beoogde verzekering voor ogen staat en welk doel verzekeraar bekend is, mogelijk niet zal worden bereikt gelet op het koersrisico en de in rekening gebrachte kosten en verzekeraar zich dus behoort te realiseren dat ernstig moet worden betwijfeld dat de beoogde verzekering passend is voor de aspirant-verzekeringnemer (r.o. 4.4.2 van Commissie van Beroep 14 oktober 2010, 2010, 011). Aangeslotene was in het onderhavige geval ervan op de hoogte dat de Verzekering gesloten werd ter aflossing van de door Consumenten gesloten hypothecaire geldlening. Dit volgt bijvoorbeeld uit het aanvraagformulier voor de Verzekering waaruit blijkt dat de Verzekering werd gesloten ter afdekking van een hypothecaire geldlening alsmede de benaming van het af te sluiten product: Verzekerd Hypotheekfonds. In het aanvraagformulier staat ook dat pandrecht is verleend aan Bouwfonds. Verder heeft Aangeslotene op de polis aangetekend dat op de rechten uit hoofde van de Verzekering een pandrecht ten behoeve van Bouwfonds Hypotheken B.V. rust.
- De Commissie is van oordeel dat Aangeslotene in het onderhavige geval naar de in 1998 geldende maatstaven in voldoende mate aan deze waarschuwingsplicht heeft voldaan. In de offerte wordt uitdrukkelijk gezegd dat de in de offerte genoemde percentages voorbeeldpercentages zijn die zijn berekend op basis van historische gegevens en geen garantie voor de toekomst bieden. Toekomstige rendementspercentages kunnen fluctueren en afwijken van de genoemde percentages.

Volgens de bewoordingen van de offerte is het dus niet zeker dat het uiteindelijk gerealiseerde rendement op de einddatum in overeenstemming is met de genoemde percentages. Consumenten hebben uit deze mededelingen moeten kunnen afleiden dat de hoogte van een uitkering bij in leven zijn van de verzekerde onzeker zou zijn en afhankelijk van de behaalde rendementen alsmede dat zij het beleggingsrisico lopen.

Diversen

5.14 Hieronder gaat de Commissie in op enkele andere door Consumenten aangevoerde onderdelen van hun klacht.

De hoogte van de overlijdensrisicodekking en de hoogte van de nominale risicopremie

5.14.1 Consumenten stellen dat de vaste overlijdensrisicodekking van €90.756,04 op het leven van ieder van de verzekerden te hoog was en dat zij bij aanvang niet zijn geïnformeerd over de nominale hoogte van de overlijdensrisicopremie.

De Commissie overweegt als volgt. De Verzekering is tot stand gekomen door bemiddeling en advisering door een onafhankelijke en zelfstandige ATP. Deze ATP is degene die Consumenten heeft geadviseerd over de door hen te sluiten beleggingsverzekering en is dus verantwoordelijk voor de advisering over de omvang van de dekking van het overlijdensrisico. Anders dan in de stellingen van Consumenten besloten ligt, kan Aangeslotene niet zonder meer aansprakelijk worden gehouden voor de in de precontractuele fase door de ATP verstrekte informatie (behoudens uiteraard de van Aangeslotene afkomstige informatie die door de ATP aan Consument werd verstrekt) en ook niet voor de door de ATP verstrekte adviezen. Consument heeft niet gesteld of aannemelijk gemaakt waarom in dit geval Aangeslotene verantwoordelijk zou zijn voor de advisering van de tussenpersoon, noch op grond van welke concrete feiten en omstandigheden Aangeslotene zelf de door Consument op advies van zijn ATP gekozen hoogte van de overlijdensrisicodekking op twee levens had dienen te ontraden. Ook overigens geldt dat niet voldoende concreet is onderbouwd dat en zo ja waarom een overlijdensrisicodekking van €90.756,04 op twee levens in het onderhavige geval niet passend zou zijn. Zulks te meer nu een dergelijke dekking niet ongebruikelijk is omdat daarmee wordt beoogd dat de langstlevende partner ook na het wegvallen van het inkomen van de ander de lasten van de gezamenlijke woning zal kunnen blijven voldoen. Voor zover in de stelling van Consumenten besloten ligt dat Aangeslotene hen had moeten weerhouden van de bij aanvang gekozen hoge overlijdensrisicodekking op twee levens wordt die stelling op grond van het bovenstaande verworpen.

De Commissie verwerpt tevens de stelling van Consumenten dat Aangeslotene gehouden was om hen in de precontractuele fase in aanvulling op de reeds verstrekte informatie over de hoogte van de premie per f. 1.000,- verzekerd bedrag te informeren omtrent de nominale hoogte van de in rekening te brengen overlijdensrisicopremie. Uit de Riav 1994 en de CRR 1997 noch uit de destijds binnen de branche algemeen gehuldigde inzichten noch uit destijds geldende algemene maatstaven van het contractenrecht vloeide een dergelijke verplichting voort. De Commissie ziet in de uitspraak HvJ en de uitspraken CvB geen aanleiding om daar van af te wijken.

Zorgplicht beleggingsadvies?

5.14.2 Consumenten stellen dat Aangeslotene haar zorgplicht heeft geschonden door na te laten te verifiëren of een deugdelijk beleggingsadvies voorlag en Consumenten te waarschuwen voor een discrepantie tussen hun risicobereidheid en portefeuillemodel. De Commissie overweegt het volgende. De Verzekering is tot stand gekomen door bemiddeling en advisering door een onafhankelijke en zelfstandige ATP. Deze ATP is degene die Consument heeft geadviseerd over de door hem te sluiten beleggingsverzekering en is dus verantwoordelijk voor de advisering over de wijze van belegging door Consument, rekening houdend met zijn risicobereidheid en doelstelling. De Commissie tekent hierbij aan dat Consumenten in het aanvraagformulier hebben gekozen voor 100% beleggen in het Actief Beheer Depot en dat uit het Reglement blijkt dat de verzekeringnemer (Consumenten) voor belegging in een ander beleggingsdepot kan kiezen. Anders dan in de stellingen van Consumenten besloten ligt, kan Aangeslotene niet zonder meer aansprakelijk worden gehouden voor de door de ATP verstrekte (beleggings)adviezen. Consument heeft niet aannemelijk gemaakt waarom in dit geval Aangeslotene verantwoordelijk zou zijn voor de (beleggings)advies van de tussenpersoon, noch op grond van welke concrete feiten en omstandigheden op Aangeslotene een zorgplicht rust om een eventueel door de ATP gegeven beleggingsadvies op deugdelijkheid te toetsen en Consument te waarschuwen voor een discrepantie tussen risicobereidheid en portefeuillemodel. Aldus zijn deze stellingen onvoldoende onderbouwd en gaat de Commissie daaraan voorbij.

Product recall (hersteladvies)

5.14.3 Consument stellen dat Aangeslotene haar zorgplicht heeft geschonden door tijdens de looptijd van de Verzekering na te laten de verzekeringsovereenkomst aan te passen (“hersteladvies”). Dit had volgens Consumenten al naar aanleiding van hun brief van 7 mei 2007 in 2007 moeten geschieden.

Hiervoor is vastgesteld dat Aangeslotene op de hoogte was van het doel waarvoor de Verzekering was gesloten. De Commissie is van oordeel dat het, gezien de onrust die gedurende de looptijd van de Verzekering over beleggingsverzekeringen, en met name de daaraan verbonden kosten en overlijdensrisicopremie, is ontstaan, alsmede de haperende waardeontwikkeling van de Verzekering, op de weg van Aangeslotene lag om contact op te nemen met Consumenten teneinde hen te informeren over de mogelijkheden die zij hadden om de Verzekering aan te passen c.q. om te zetten teneinde het oorspronkelijk doel alsnog te bereiken.

De Commissie stelt vast dat Aangeslotene dit in de door haar in april 2009 aan onder meer Consumenten toegezonden flyer “Reaal Compensatieregeling beleggingsverzekeringen” (hierna: de “flyer”) heeft gedaan. In deze flyer zijn tips opgenomen voor aanpassing van de Verzekering. Zo wordt in Tip 1 gezegd dat de hoogte van de overlijdensuitkering kan worden aangepast waardoor de premie lager wordt en er meer belegd wordt. In Tip 4 wordt gewezen op de mogelijkheid om naar een beleggingsfonds met een gegarandeerde uitkering te switchen. De geadresseerde wordt aangeraden zich voor advies tot zijn assurantietussenpersoon te wenden. Gezien het feit dat de Verzekering in 2009 tien en een half jaar had gelopen en derhalve nog geruime tijd de gelegenheid bestond om de opgelopen waardeachterstand in te lopen is de Commissie van oordeel dat Aangeslotene met de flyer tijdig aan haar zorgplicht jegens Consumenten

heeft voldaan zodat de stelling van Consumenten wordt verworpen. Voor wat betreft het verwijt van Consumenten dat Aangeslotene de Verzekering niet heeft aangepast merkt de Commissie op dat Aangeslotene dit slechts in overleg en met instemming van Consumenten had kunnen doen. Niet gesteld of gebleken is dat partijen hierover op enig moment overeenstemming hebben bereikt.

Slotsom

5.15 Uit het voorgaande vloeit voort dat het beroep van Consumenten op dwaling door de Commissie wordt afgewezen. Dit geldt ook voor het beroep van Consumenten op toerekenbare tekortkoming c.q. onrechtmatig handelen van Aangeslotene door in het kader van de totstandkoming van de Verzekering (i) in de offerte geen “slecht weer” scenario op te nemen, (ii) onvoldoende en onjuiste informatie te verstrekken over de kosten (dit oordeel geldt niet ten aanzien van de TER-opslag) en (iii) niet te waarschuwen dat Consumenten met de Verzekering hun doelstelling mogelijk niet zouden bereiken. Verder worden de stellingen van Consumenten over de hoogte van de overlijdensrisicodekking en de nominale hoogte van de risicopremie (5.14.1), de zorgplicht beleggingsadvies (5.14.2) en het ontbreken van een hersteladvies (5.14.3) afgewezen. Aangeslotene is in de precontractuele fase wel jegens Consumenten tekortgeschoten in haar informatieverplichtingen door geen, althans onvoldoende informatie (inzicht) te verschaffen over (i) de TER-opslag, (ii) het hefboom- en inteereffect en (iii) de gevolgen die de in rekening te brengen kosten zouden hebben voor het met de Verzekering te bereiken eindresultaat. Verder heeft Aangeslotene niet in alle opzichten voldaan aan haar verplichtingen uit hoofde van de Riav 1994 en de CRR 1997. Deze tekortkomingen zijn jegens Consumenten onrechtmatig.

Schade

- 5.16 De vraag is dan tot welke gevolgen dit moet leiden.
- 5.17 Nu vaststaat dat Aangeslotene onrechtmatig jegens Consumenten heeft gehandeld, is zij gehouden de diensgevolge door Consumenten geleden schade te vergoeden. Uit een oogpunt van effectieve rechtsbescherming moet daarbij tot uitgangspunt worden genomen dat in beginsel oorzakelijk verband (sine qua non- verband) bestaat tussen de onvolledigheid of onjuistheid van de informatie en de beslissing van Consumenten om de Verzekering in deze vorm aan te gaan. Het was aan Aangeslotene om aannemelijk te maken dat dit in het onderhavige geval anders was. Daarvan is in dit geding niet gebleken (vgl. Commissie van Beroep 14 oktober 2010, 2010-011).
- 5.18 Ingevolge het bepaalde in artikel 6:97 BW moet de schade worden begroot op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is en zal zij, indien een nauwkeurige vaststelling niet mogelijk is, moeten worden geschat.
- 5.19 Voor een concrete vaststelling van de omvang van de door Aangeslotene te vergoeden schade moet een vergelijking worden gemaakt tussen de huidige vermogenspositie van Consumenten en de hypothetische vermogenspositie waarin zij zich zouden hebben bevonden indien de aan Aangeslotene te verwijten handelingen achterwege waren gebleven.

Anders gezegd, er moet worden vastgesteld wat Consumenten zouden hebben gedaan indien zij door Aangeslotene volledig en juist zou zijn geïnformeerd en tot welke uitkomst dat zou hebben geleid. De Commissie stelt vast dat het antwoord op die vraag afhankelijk is van een groot aantal min of meer onzekere factoren en dat thans niet meer met zekerheid is vast te stellen wat Consumenten zonder de tekortkomingen van Aangeslotene in 1998 en/of nadien zou hebben gedaan. Zo moet enerzijds worden aangenomen dat Consumenten beoogden met hun beleggingsverzekering een zodanig rendement te behalen dat zij het door hen beoogde doel (aflossing van de hypothecaire lening) zouden kunnen bereiken, terwijl anderzijds moet worden aangenomen dat ook Consumenten zich ervan bewust waren dat de opbrengst van hun beleggingen allerminst zeker was en dat zij dus in 1998 wel degelijk ook het risico hebben willen aanvaarden dat de opbrengst van hun verzekering (aanzienlijk) lager zou kunnen zijn. Ook is van belang dat in 1998 nog de breedgedragen verwachting bestond dat met beleggingen, zeker op de langere termijn, een aanzienlijk hoger rendement behaald zou kunnen worden dan thans algemeen wordt aangenomen en dat tegen die achtergrond de keuze voor een andere wijze van vermogensvorming, in de vorm van een spaarrekening of een verzekering met bijvoorbeeld een (minimum) gegarandeerde uitkering, minder voor de hand lag, terwijl ook fiscale motieven die keuze kunnen hebben beïnvloed

Nu aldus niet meer met zekerheid kan worden vastgesteld wat Consumenten zouden hebben gedaan indien zij door Aangeslotene wel steeds volledig en juist zouden zijn geïnformeerd, kan de door Aangeslotene te vergoeden schade niet concreet worden vastgesteld, maar komt het aan op een met inachtneming van alle relevante factoren en gezichtspunten vast te stellen abstracte begroting van de door Consumenten geleden schade.

- 5.20 Bij die begroting neemt de Commissie als uitgangspunt dat Consumenten beoogden met hun beleggingsverzekering een zodanig rendement te behalen dat zij daarmee het door hen beoogde doel (aflossing van de hypothecaire lening) zouden kunnen bereiken, maar dat zij zich daarbij wel realiseerden dat de opbrengst van de Verzekering allerminst zeker was en dat daar kosten aan zouden zijn verbonden. Het aan Aangeslotene te maken verwijt bestaat met name erin dat zij Consumenten onvoldoende informatie heeft verschaft over de door haar in rekening te brengen TER-opslag en de invloed van de kosten op het door Consumenten met de Verzekering uiteindelijk te bereiken resultaat. Daarmee heeft Aangeslotene aan Consumenten de mogelijkheid ontnomen een voldoende geïnformeerde keuze te maken de Verzekering al dan niet af te sluiten en/of voor een andere wijze van vermogensvorming te kiezen. De door Consumenten geleden schade is gelegen in het feit dat het met de Verzekering te behalen resultaat wordt beperkt door de omvang van de ten laste van Consumenten gebrachte TER-opslag. Met inachtneming van deze uitgangspunten is de Commissie van oordeel dat de aard van de door Consumenten geleden schade in dit geval meebrengt dat deze moet worden begroot op het verschil tussen de feitelijke opbrengst van de Verzekering per de afkoopdatum en een fictieve opbrengst van de Verzekering, waarbij de TER-opslag buiten beschouwing wordt gelaten maar dat dit er in de gegeven omstandigheden niet toe mag leiden dat lagere kosten dan de hierna vast te stellen redelijke kosten in rekening worden gebracht.

- 5.21 Voor de vaststelling van de in rekening te brengen redelijke kosten wordt aangeknoopt bij de systematiek van de door Aangeslotene aangeboden compensatieregeling, waarin wordt uitgegaan van een maximum kostenpercentage (inclusief TER) over de gehele looptijd van de Verzekering. De Commissie stelt vervolgens voorop dat de vaststelling van een redelijk kostenpercentage noodzakelijkerwijs ook een min of meer arbitrair karakter heeft. Omdat het aan Aangeslotene te wijten is dat Consumenten bij de totstandkoming van de overeenkomst onvoldoende zijn geïnformeerd, zullen de daarbij te maken afwegingen eerder ten nadele van Aangeslotene dan ten nadele van Consumenten moeten uitvallen. Verder neemt de Commissie tot uitgangspunt dat de Verzekering bedoeld was om aan Consumenten - met aanvaarding van het daaraan verbonden beleggingsrisico - een reële kans te bieden op een in verhouding tot destijds beschikbare andere wijzen van vermogensvorming gunstiger resultaat maar dat het Consumenten tegelijkertijd duidelijk moet zijn geweest dat Aangeslotene een winst oogmerk had en dat zij daarnaast uit hoofde van het product redelijke kosten in rekening zou brengen ter dekking van de met het aanbieden van het product verbonden kosten. De maximaal in rekening te brengen redelijke kosten moeten daarom met deze economische oogmerken in overeenstemming zijn en worden daardoor in zoverre begrensd.
- 5.22 Tegen deze achtergrond en uitdrukkelijk ook om - met het oog op de rechtseenheid - een hanteerbare maatstaf aan te leggen voor vergelijkbare gevallen, waarin de verzekeraar de consument onvoldoende informatie heeft verschaft over de kosten en de invloed daarvan op het te behalen resultaat om een voldoende geïnformeerde keuze te kunnen maken de beleggingsverzekering al dan niet af te sluiten, zal de Commissie, oordelend naar billijkheid, bepalen dat voor de begroting van de door Consumenten geleden schade dient te worden aangesloten bij de in de compensatieregeling gehanteerde methodiek, waarbij de kosten in dit geval dienen te worden gemaximeerd op de in rekening gebrachte kosten inclusief TER verminderd met de TER-opslag, maar waarbij deze vermindering er niet toe hoeft te leiden dat het door Aangeslotene bij de herrekening te gebruiken kostenpercentage inclusief TER, lager wordt dan 1,5% per jaar over de opgebouwde waarde in de beleggingsverzekering. Anders gezegd, Aangeslotene mag deze 1,5% in elk geval in rekening brengen. Bij deze wijze van schadebegroting bestaat geen grond voor het aannemen van eigen schuld aan de zijde van Consumenten. Ten aanzien van het hefboom- en inteereffect heeft de Commissie in onderdeel 5.12.1 omschreven op welke wijze Aangeslotene de vergoeding daarvoor dient te herrekenen.
- 5.23 De slotsom is dan dat de Commissie zal bepalen dat Aangeslotene het door Consumenten ondervonden nadeel dient te vergoeden door:
- a. een herrekening te maken van de waarde van de Verzekering per 6 december 2011 gerekend vanaf de ingangsdatum tot aan 6 december 2011 in die zin dat daarbij de in die periode in rekening gebrachte TER-opslag geacht wordt niet in rekening te zijn gebracht en aldus te hebben bijgedragen tot de waardeontwikkeling van de Verzekering. Hierbij mag eerder verstrekte compensatie in mindering worden gebracht. De herrekening dient te geschieden overeenkomstig de door Aangeslotene in haar compensatieregeling gehanteerde methodiek en procedures, waarbij de kosten dienen te worden gemaximeerd op de in rekening gebrachte kosten inclusief TER verminderd met de TER-opslag waarbij deze vermindering er

- niet toe hoeft te leiden dat het door Aangeslotene bij de herrekening te gebruiken kostenpercentage inclusief TER, lager wordt dan 1,5% per jaar van de opgebouwde waarde in de beleggingsverzekering;
- b. over de op grond van het hiervoor onder a bepaalde herrekenende waarde per 6 december 2011, verminderd met de eerder door Aangeslotene in het kader van de afkoop van de Verzekering per 6 december 2011 uitgekeerde waarde, vanaf 6 december 2011 tot aan de dag van voldoening de wettelijke rente te vergoeden;
 - c. de vergoeding voor het hefboom -en inteereffect te herrekenen door
 - de vergoeding voor het hefboom- en inteereffect te herrekenen volgens de methodiek van bijlage 5 van de compensatieregeling, waarbij dient te worden uitgegaan van het laagste door haar in de offerte gehanteerde bruto rendementspercentage van 8,5% verminderd met een afslag van 2%;
 - het aldus berekende bedrag dient, onder verrekening met de eerder berekende vergoeding van €930,23 en vanaf 29 maart 2013 tot aan de dag van voldoening vermeerderd met de wettelijke rente aan Consumenten te worden betaald.
 - d. het op grond van het hiervoor onder a, b en c bepaalde berekende bedrag te betalen aan Consument.

Kosten van rechtsbijstand en procedure

- 5.24 Nu Consumenten gedeeltelijk in het gelijk zijn gesteld, dient Aangeslotene de door Consumenten gevorderde kosten van deskundige bijstand te vergoeden. De Commissie bepaalt deze kosten op €2.260,-. Voor de bepaling van die kosten heeft de Commissie overeenkomstig artikel 40.9 van haar Reglement aansluiting gezocht bij het daar genoemde liquidatietarief en de te vergoeden kosten in het licht van de specifieke processuele gang van zaken in dit geval vastgesteld op vijf punten in tarief II. Tot slot dient Aangeslotene Consumenten de door hen betaalde eigen bijdrage van € 50,- voor de behandeling van dit geschil te betalen.
- 5.25 Het meer of anders gevorderde zal worden afgewezen. Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven. Tenslotte bepaalt de Commissie dat het belang van het onderhavige geschil rechtvaardigt dat op grond van artikel 43.1 van het Reglement van de Commissie in verband met artikel 5.6 van het Reglement van de Commissie van Beroep zowel voor Consument als Aangeslotene beroep open staat tegen de hierna verwoorde beslissing van de Commissie ongeacht of wordt voldaan aan de vereisten van artikel 5 leden 1 en 3 van het Reglement van de Commissie van Beroep.

6. Beslissing

De Commissie bepaalt bij bindend advies dat Aangeslotene gehouden is om binnen een termijn van vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, de in rechtsoverweging 5.23 in onderdelen a tot en met d respectievelijk in rechtsoverweging 5.24 omschreven verplichtingen na te komen.

Het meer of anders gevorderde wordt afgewezen. Het belang van het onderhavige geschil rechtvaardigt dat op grond van artikel 43.1 van het Reglement van de Commissie in verband met artikel 5.6 van het Reglement van de Commissie van Beroep zowel voor Consument als Aangeslotene beroep open staat tegen de hierna verwoorde beslissing van de Commissie ongeacht of wordt voldaan aan de vereisten van artikel 5 leden 1 en 3 van het Reglement van de Commissie van Beroep.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van beslissingen van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Daarbij geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor www.kifid.nl/consumenten/hoe-wordt-uw-klacht-behandeld.