

LJN: BM4257, Gerechtshof Leeuwarden , 200.023.799/01

Datum uitspraak: 11-05-2010
Datum publicatie: 12-05-2010
Rechtsgebied: Handelszaak
Soort procedure: Hoger beroep
Inhoudsindicatie: Beleggingsverzekering, op de markt gebracht door levensverzekeraar, gebruikt als pensioenvoorziening. Ook op de verzekeraar die een beleggingsproduct aanbiedt rust een bijzondere zorgplicht. De derde richtlijn levensverzekering verzet zich daar niet tegen. Verzekeraar heeft onvoldoende informatie verschaft over de risico's van het product en de in rekening gebrachte kosten. Rol verzekeringstussenpersoon.

Uitspraak

Arrest d.d. 11 mei 2010
Zaaknummer 200.023.799/01

HET GERECHTSHOF TE LEEUWARDEN

Arrest van de eerste kamer voor burgerlijke zaken in de zaak van:

[appellant],
wonende te [woonplaats], gemeente [gemeenteplaats],
appellant in het principaal en geïntimeerde in het incidenteel appel,
in eerste aanleg: eiser,
hierna te noemen: [appellant],
advocaat: mr. M.G. Roessingh, kantoorhoudende te Zwolle,
die tevens heeft gepleit,

tegen

Achmea Pensioen- en Levensverzekeringen N.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats],
geïntimeerde in het principaal en appellante in het incidenteel appel,
in eerste aanleg: gedaagde,
hierna te noemen: Achmea,
advocaat: mr. J.V. van Ophem, kantoorhoudende te Leeuwarden,
voor wie gepleit hebben mrs. P.E. Mazel en J.E. Tiems, advocaten te Groningen.

Het geding in eerste instantie

In eerste aanleg is geprocedeerd en beslist zoals weergegeven in de vonnissen uitgesproken op 25 oktober 2006 en 17 september 2008 door de rechtbank Leeuwarden.

Het geding in hoger beroep

Bij exploit van 12 december 2008 is door [appellant] hoger beroep ingesteld van de genoemde vonnissen met dagvaarding van Achmea tegen de zitting van 17 februari 2009.

De conclusie van de memorie van grieven luidt:

"de tussen partijen op 25 oktober 2006 en 17 november 2008 door de Rechtbank Leeuwarden gewezen vonnissen te vernietigen voor zover geoordeeld is dat Achmea slechts 15% jegens [appellant] aansprakelijk is, en, opnieuw recht doende, bij arrest uitvoerbaar bij voorraad Achmea te veroordelen tot betaling aan [appellant] van EUR 162.532,52, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 4 april 2003, alsmede Achmea te veroordelen in de proceskosten in beide instanties, te vermeerderen met EUR 131,- voor nakosten of, indien betekening noodzakelijk mocht zijn, met EUR 199,-."

Bij memorie van antwoord is door Achmea verweer gevoerd en incidenteel geappelleerd met als conclusie:

"bij arrest uitvoerbaar bij voorraad en zo nodig onder verbetering der gronden:

in het principaal appèl:

bekrachtigt het vonnis a quo,

in het incidenteel appèl:

vernietigt het vonnis a quo met bepaling dat [appellant] aan Achmea dient terug te betalen al hetgeen Achmea aan hem uit hoofde van het (eind)vonnis in eerste aanleg heeft voldaan en welk bedrag is te vermeerderen met de wettelijke rente daarover te berekenen vanaf de dag der betaling door Achmea tot en met de dag der betaling door [appellant]

en

in het principaal en in het incidenteel appèl:

[appellant] veroordeelt in de kosten van deze procedure in beide instanties."

Door [appellant] is in het incidenteel appel geantwoord met als conclusie:

"Tot bekrachtiging van de bestreden vonnissen, althans op de punten die door Achmea worden bestreden, met veroordeling van Achmea in de kosten van deze procedure, te vermeerderen met nakosten ad EUR 133,- of, indien betekening nodig mocht zijn, met EUR 199,-."

Vervolgens hebben partijen hun zaak doen bepleiten onder overlegging van pleitnota's door hun advocaten.

Tenslotte heeft Achmea de stukken overgelegd voor het wijzen van arrest.

De grieven

[appellant] heeft in het principaal appel vier Romeins genummerde grieven opgeworpen.

Achmea heeft in het incidenteel appel vier grieven opgeworpen, genummerd A tot en met D.

De beoordeling

Ten aanzien van de feiten

1. Tegen de weergave van de vaststaande feiten in de rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.13 van het tussenvonnis van 25 oktober 2006 is geen grief ontwikkeld, zodat ook in hoger beroep van die feiten zal worden uitgegaan, aangevuld met enige feiten die tevens als vaststaand hebben te gelden.

Kort weergegeven gaat het in deze zaak om het volgende:

1.1. [appellant], geboren op [geboortedatum], is werkzaam geweest als vrijgevestigd tandarts. Hij heeft in eigen beheer een pensioen opgebouwd, waartoe een tweetal kapitaalverzekeringen waren afgesloten bij Nationale Nederlanden BV, beide met lijfrenteclausule.

1.2. [appellant] heeft, toen zijn 65 jarige leeftijd naderde en de kapitaalverzekeringen tot uitkering zouden komen, een offerte aangevraagd bij Royal & SunAlliance Levensverzekering N.V. (verder: Royal) voor een af te sluiten lijfrentepolis, een en ander met tussenkomst van zijn toenmalige assurantieadviseur [adviseur]. Royal heeft op 13 augustus 1999 voor het eerst een offerte uitgebracht. Die offerte is niet tijdig door [appellant] aanvaard.

1.3. Deze offerte bevatte, evenals een eveneens niet tijdig aanvaarde offerte van 24 september 1999, de tekst "Met onze geavanceerde systemen kunne wij de ontwikkelingen van de poliswaarde voor u bewaken. Indien daartoe aanleiding bestaat, zullen wij nog voordat een periode van vijf jaar is verstreken tot herrekening overgaan."

1.4. Op 28 oktober 1999 heeft Achmea een nadere offerte voor een "lijfrentemaatwerkplan" aan [appellant] uitgebracht. De hiervoor geciteerde bepaling kwam in die offerte niet voor. [appellant] heeft, bijgestaan door [adviseur] deze offerte op 24 november 1999 aanvaard, binnengekomen bij Royal op 29 november 1999.

De offerte bevatte ondermeer de volgende tekst:

"Doordat de koopsom volgens uw keuze wordt geïnvesteerd in gerenommeerde beleggingsfondsen, kunt u niet alleen hoger rendement realiseren maar heeft u ook de zekerheid dat uw beleggingen goed gespreid en veilig zijn.

(...)

Het lijfrentemaatwerkplan heeft een duidelijk concept. Voor de koopsom, die u betaalt, is een gedeelte nodig voor de kosten. Voor het overgrote deel worden participaties in de door u gekozen beleggingsfondsen gekocht. Van de resterende koopsom wordt 100% belegd voor de aankoop van participaties. Met de participaties bouwt u in de loop van de tijd een interessant kapitaal voor later op. Met dit kapitaal kunt u op het door u gewenste tijdstip een aanvullend pensioen aankopen.

(...)

Als de verzekerde op de lijfrente ingangsdatum in leven is, keert Royal & SunAlliance de guldenwaarde uit van het aantal toegewezen participaties. Bij overlijden van de verzekerde voor de lijfrenteingangsdatum wordt 90% van de guldenwaarde van het totaal alsdan toegewezen participaties uitgekeerd.
(...)

Beleggen bij wie en in welke vorm dan ook brengt financiële risico's met zich mee. Dat geldt ook voor deze levensverzekering met beleggingsrisico's. Beleggen geeft u kans op een hoger, maar ook op een lager dan gemiddeld rendement. Dit risico is voor u. Naarmate wordt belegd in meer risicovolle beleggingsvormen, zullen de te behalen rendementen onderhevig zijn aan grotere schommelingen en kan dus ook de eindopbrengst meer afwijken van de in de voorbeelden gehanteerde bedragen.
(...)

Deze verzekeringsovereenkomst is een overeenkomst voor de lange termijn. Indien u deze verzekeringsovereenkomst voortijdig beëindigt gedurende de eerste jaren van de looptijd, kunt u beduidend minder ontvangen dan u aan koopsom ingelegd heeft.

Uitkering bij overlijden.

De uitkering bij overlijden bedraagt 90% van de guldenwaarde van het totaal alsdan toegewezen participaties.

Over het verschil tussen de uitkering bij overlijden en de guldenwaarde berekent Royal een zogenaamde negatieve risicopremie. Voor deze risicopremies worden extra participaties toegekend. Deze extra participaties verhogen de uitkering op de einddatum."

1.5. De door [appellant] betaalde koopsom voor deze overeenkomst bedroeg uiteindelijk fl. 314.917,--.

1.6. Voorafgaand aan laatstgenoemde offerte, die soortgelijk was aan die van 28 oktober 1999, heeft Royal op 21 september 2000 aan [appellant] bericht:

"Het lijfrentemaatwerkplan heeft een duidelijk concept. Van de aanvullende koopsom wordt 97,82% gebruikt voor de aankoop van participaties. Met de participaties bouwt u in de loop van de tijd een interessant kapitaal voor later op. Met dit kapitaal kunt u op het door u gewenste tijdstip een aanvullend pensioen aankopen. Overigens zullen wij u jaarlijks gedetailleerd informeren over de feitelijke waarde-ontwikkeling van uw verzekering en een volledige verantwoording geven over de besteding van uw koopsom.

Het lijfrentemaatwerkplan is een volledig flexibele verzekeringsvorm. De wijze waarop de koopsom wordt belegd voor de opbouw van de uitkering op de lijfrente ingangsdatum is geheel afgestemd op uw persoonlijke omstandigheden en wensen van dit moment"

1.7. Bij de beoordeling van de offerte van 8 december 2000 werd [appellant] bijgestaan door mevrouw [adviseur] van Kema Financieel Adviseurs B.V. Deze offerte heeft [appellant] op 14 december 2000 aanvaard (door Royal op 29 december 2000 ontvangen) en heeft geleid tot een aanvullende storting door [appellant] van fl. 311.937,00

1.8. Royal heeft voor beide stortingen uiteindelijk op 22 januari 2001 één polis afgegeven onder polisnummer 3002257, voor een op 1 december 1999 ingaande verzekering die voorzag in een lijfrente-uitkering van fl.

11.250,-- per drie maanden, voor het eerst uit te keren op 15 maart 2001, betreffende de periode 15 december 2000 tot 15 maart 2001, welke lijfrente wordt uitgekeerd zolang de guldenwaarde van de verzekering dit toelaat en mits de verzekerde op de vervaldatum in leven is. De polis eindigde indien geen participaties meer aanwezig zijn, maar in ieder geval op 15 december 2005.

Bij overlijden vòòr 15 december 2005 van [appellant] zou Royal 90% van de guldenwaarden van het aantal dan aanwezige participaties uitkeren.

1.9. Blijkens de polis is de storting voor 100% in het Onderscheidend Mixfonds belegd.

1.10. In artikel 10 van de polisvoorwaarden is bepaald dat Royal de verzekeringnemer jaarlijks zal informeren over de bestaande verzekeringsdekking en de ontwikkeling van de waarde van de verzekering.

1.11. In de brochure van Royal, die aan [appellant] is ter hand gesteld, l staat ondermeer vermeld over het Onderscheidend Mixfonds:

"Dit fonds investeert in een breed scala gerenommeerde internationale aandelenfondsen en euro obligaties, met als doel het op lange termijn realiseren van vermogensgroei. De nadruk ligt op aandelen, maar teneinde de risico's te reduceren wordt tevens geïnvesteerd in obligaties (...)"

en voorts:

"De Royal & SunAlliance maatwerkplannen zijn uiterste flexibel en bieden u de mogelijkheid uw polis op iedere gewenste moment aan te passen aan uw privé-omstandigheden. Premiehoogte, dekkingen en looptijd kunnen tussentijds worden aangepast zonder kosten of andere beperkingen. Behalve flexibel is uw maatwerkplan bij Royal & SunAlliance zeer inzichtelijk. U ontvangt gedetailleerde informatie over de geïnvesteerde bedragen, de verschillende kostencomponenten en de ontwikkeling van de waarde van de verzekering."

1.12. In de loop van 2000 is de obligatiecomponent, die aanvankelijk circa 13 % betrof, uit de fondssamenstelling van het Onderscheidend Mixfonds verwijderd, zonder dat Royal [appellant] daarvan op de hoogte heeft gesteld.

1.13. In totaal heeft Royal terzake van beide stortingen een bedrag van tenminste fl. 69.997,- in rekening gebracht aan kosten.

1.14. Royal is in 2002 gefuseerd met Achmea.

1.15. In een op 17 maart 2003 gedateerd schrijven heeft Achmea voor het eerst [appellant] geïnformeerd over de waarde van zijn polis 30022257. Hieruit bleek dat de [appellant] over 4.515,83787 participaties in het AA Onderscheidend Aandelenfonds beschikte, met een beurswaarde op 31 december 2002 van in totaal € 130.598,00. Over de voorgaande jaren zijn noch door Royal noch door Achmea waardeopgaven verstrekt.

1.16. Aan [appellant] is conform de polis in 2001 en 2002 in totaal een bedrag van fl. 90.000 uitgekeerd, in 2003 nog € 15.315,-, waarna [appellant] de uitkeringen heeft laten beëindigen. In maart 2004 heeft Achmea [appellant] bericht dat de polis eind 2003 nog € 120.706,- waard was.

De beslissing in eerste aanleg.

2. De rechtbank heeft geoordeeld dat Royal behalve als levensverzekeraar, tevens als effecteninstelling is aan te merken. Volgens de rechtbank heeft Royal de op haar rustende zorgplicht geschonden, doordat zij onvoldoende informatie over [appellant] heeft ingewonnen. De rechtbank heeft de totale door [appellant] geleden schade gesteld op het verschil in waarde per 3 april 2003 van zijn participaties in het Onderscheidend Aandelenfonds en de waarde die zijn participaties zouden hebben gehad indien [appellant] in het Onderscheidend Obligatiefonds zou hebben belegd. De rechtbank heeft de schade vastgesteld op € 162.532,52 en geoordeeld dat de eigenschuld van [appellant] op 85% moet worden gesteld. De rechtbank heeft Achmea veroordeeld om 15% van deze schade, neerkomende op € 24.380,00, aan [appellant] te betalen.

De beoordeling van de grieven

3. Het principale appel keert zich in hoofdzaak tegen de vaststelling van de eigen schuld van [appellant]. De berekening van de schade door de rechtbank wordt daarin niet aangevochten. Grief 4 in het principale appel vecht de eigen schuldverdeling als zodanig aan, de overige drie grieven vechten elementen van de redenering van de rechtbank aan die tot de schuldverdeling hebben bijgedragen.

4. In het incidentele appel betoogt Achmea, onder verwijzing naar de noot van de bijzonder hoogleraar prof. dr. W.M.A. Kalkman (wiens leerstoel bekostigd wordt door het Nederlands Verbond van Verzekeraars) onder de uitspraken in eerste aanleg in het blad Pensioenjurisprudentie (2009, nrs. 110 en 112), dat de rechtbank ten onrechte heeft aangenomen dat voor verzekeraars een bijzondere zorgplicht geldt.

5. Het hof zal eerst het incidenteel appel behandelen en de grieven in het principaal appel die betrekking hebben op de omvang van de op Achmea rustende zorgplicht.

6. In grief A betoogt Achmea, onder verwijzing naar de noot van prof. Kalkman, dat een levensverzekeraar qualitate qua, anders dan de rechtbank heeft overwogen, geen effecteninstelling kan zijn.

6.1. Het hof oordeelt dat het product Lijfrentemaakwerkplan dat Royal op de markt heeft gebracht, amper als een levensverzekering valt te kwalificeren.

6.2. Immers de verplichting om een tijdelijke lijfrente per kwartaal uit te keren eindigt op het moment dat de beleggingpot leeg is, zodat hierbij geen sprake is van een rentebetaling die op een levens- of sterftkans is gegrond, maar van een beleggingsovereenkomst waarvan de onzekerheid over de duur van de uitkering haar oorzaak vindt in de beurskoersen en de vaardigheden van Royal als belegger.

Datzelfde geldt voor de omvang van de restantuitkering na afloop van de verzekering: [appellant] krijgt in dat geval de beleggingsresultaten minus de inmiddels uitgekeerde termijnbedragen en de ingehouden kosten. Ook bij die uitkering spelen levens- of sterftkansen geen rol.

6.3. In geval van overlijden door [appellant] voordat de pot op is en voordat de verzekering is afgelopen, vervalt het restant van de inleg evenmin geheel aan Royal, maar moet die voor 90% aan zijn erfgenamen worden uitgekeerd. Uitsluitend de 10% die Royal in dat geval mocht behouden - en de daarmee samenhangende negatieve risicopremie als hiervoor geciteerd onder 1.4 - bevatten een levensverzekeringsaspect in de zin dat die negatieve risicopremie op levens- en sterftkansen is gegrond.

6.4. De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat dit hybride product - waarbij het hof in het midden laat in hoeverre het Royal was toegestaan om dergelijke producten op het grensvlak van verzekeren en beleggen aan te bieden gelet op het voor haar geldende toezichtregiem - behalve als levensverzekering ook kwalificeert als een beleggingsproduct, waarmee Royal viel onder de definitie van effecteninstelling als bedoeld in artikel 1 sub d van de inmiddels vervallen Wet toezicht effectenverkeer 1995 (in het vervolg Wte 1995). Dat levensverzekeraars ingevolge de artikelen 7 en 11 van die Wet waren uitgezonderd van de vergunningsplicht ingevolge die wet maakt dat niet anders.

6.5. Het hof merkt nog op dat Achmea in haar memorie van antwoord en haar pleidooi zelf ook de beleggingsaspecten van het Lijfrentemaakwerkplan heeft benadrukt, doordat zij [appellant] heeft verweten dat hij niet dagelijks de koersen van het Onderscheidend Mixfonds in de krant dan wel op het internet heeft gevolgd en niet tijdig bij Achmea aan de bel heeft getrokken teneinde de samenstelling van het beleggingspakket te wijzigen.

6.6. Grief A treft geen doel.

7. De rechtbank heeft in het midden gelaten of de nadere, uit Wte 1995 voortkomende, regelgeving rechtstreeks

op Royal van toepassing was. Het hof oordeelt dat zulks niet rechtstreeks het geval was, gelet op het bepaalde in artikel 7 in samenhang met 11 van de Wte 1995, waaruit volgt dat het Besluit Toezicht effectenverkeer niet op verzekeraars van toepassing is, zodat in het verlengde daarvan ook de op dit Besluit gebaseerde Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1999 (in het vervolg: NR 1999) niet rechtstreeks op Royal van toepassing was.

8. In de grieven B en C betoogt Achmea dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat op Royal een zorgplicht rust en dat, zo er al een zorgplicht van toepassing zou zijn, die in strijd is met het Europese recht, met name met de Derde Richtlijn Levensverzekering zoals uitgelegd in het arrest van het Hof van Justitie EG van 5 maart 2002 inzake Axa/Ochoa (zaaknr. C386/00).

9. Het hof overweegt dat voor Royal, als professionele dienstverlener op het terrein van beleggingen in effecten en aanverwante financiële diensten, jegens [appellant], als particuliere persoon met wie zij een overeenkomst inzake een belegging in aandelen in het kader van een uit te keren lijfrente zal aangaan, een bijzondere zorgplicht geldt die ertoe strekt particuliere wederpartijen te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Deze bijzondere zorgplicht volgt uit hetgeen waartoe de eisen van redelijkheid en billijkheid een effecteninstelling, in aanmerking genomen haar maatschappelijke functie en haar deskundigheid, verplichten in gevallen waarin een persoon haar kenbaar heeft gemaakt een overeenkomst als die inzake het lijfrentemaakwerkplan te willen aangaan en deze instelling daartoe ook een aanbod heeft gedaan. De reikwijdte van deze bijzondere zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de betrokken wederpartij, de ingewikkeldheid van het beleggingsproduct en de daaraan verbonden risico's, en de regelgeving tot nakoming waarvan de effecteninstelling is gehouden, met inbegrip van de voor haar geldende gedragsregels (vgl. HR 5 juni 2009 LJN BH 2811).

10. In deze zaak zijn drie aspecten van de zorgplicht in het geding:

- de informatieverstrekking van Royal over het door haar aangeboden product;
- de vraag of Royal ook informatie over [appellant] had moeten inwinnen teneinde te bezien of het aangeboden product wel geschikt voor hem was;
- de plicht om [appellant] te waarschuwen over de negatieve resultaten van zijn beleggingen nadat de overeenkomsten waren afgesloten en nadat de beleggingsmix was aangepast.

11. De inhoud van de zorgplicht, voor zover het de informatie betreft die Royal diende te verstrekken aan [appellant] alvorens een overeenkomst aan te gaan, wordt met name ingekleurd door de Regeling informatieverstrekking aan verzekeringnemers van 14 juli 1998 (Stcrt. 134, het vervolg: Riav 1998). De rechtbank heeft geoordeeld dat Royal aan de verplichting om informatie te verstrekken heeft voldaan. In de Riav 1998 zijn onder artikel 2, voor zover relevant, de navolgende verplichtingen voor verzekeraars opgenomen om de verzekerde schriftelijk in kennis te stellen van:

sub e: indien een uitkering wordt uitgedrukt in waarden of in aandelen of andersoortige eenheden van een fonds, de aard van die waarden onderscheidenlijk de aard van de waarden waarin het fonds belegt;

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

sub r: indien van toepassing, de kosten die naast de bruto-premie in rekening worden gebracht;

sub s: indien van toepassing, het aan de overeenkomst verboden beleggingsrisico en de mate waarin dit risico ten laste is van de verzekeringnemer.

12. Voor zover grief B er over klaagt dat de rechtbank te hoge eisen heeft gesteld aan de informatieverstrekking, is niet duidelijk waar de grief betrekking op heeft en kan zij niet slagen, nog daargelaten dat niet valt in te zien wat het belang van de grief is nu de rechtbank heeft geoordeeld dat Achmea op dit onderdeel aan haar verplichtingen zou hebben voldaan.

13. Het spiegelbeeld van deze grief is grief II in het principaal appel, waarin [appellant] erover klaagt dat de rechtbank ten onrechte heeft vastgesteld dat Royal de op haar rustende informatieverplichtingen is nagekomen. [appellant] stelt dat de informatie die Royal heeft verstrekt tekort zou schieten op de navolgende onderdelen.

14. Als eerste bezwaar voert [appellant] aan dat de feitelijk verstrekte informatie over het onderscheidend mixfonds waarin zou worden belegd is veel te summier is (memorie van grieven punt 15 en 16).

Het hof kwalificeert dit als een klacht dat niet aan artikel 2 sub e van het Riav 1998 is voldaan.

Volgens [appellant] is over het onderscheidend mixfonds waarin uiteindelijk is belegd, niet meer meegedeeld dan de volgende tekst in de aan hem door Royal ter hand gestelde brochure:

"Dit fonds investeert in een breed scala gerenommeerde internationale aandelenfondsen en euro-obligaties, met als doel het op lange termijn realiseren van vermogensgroei. De nadruk ligt op aandelen, maar teneinde risico's te realiseren, wordt geïnvesteerd in obligaties."

Achmea heeft zulks niet weersproken.

14.1. Het hof oordeelt dat deze informatie zo algemeen en nietszeggend is dat niet is voldaan aan de eisen van de op zich niet bijzonder hoge drempel van artikel 2 onderdeel e van de Riav 1998. Elk inzicht in de portefeuille

waarin wordt belegd, ontbreekt.

15. [appellant] heeft er voorts over geklaagd (memorie van grieven punt 119 en 20) dat Royal onvoldoende heeft gewaarschuwd voor de risico's die waren verbonden aan het beleggen. Het hof kwalificeert dit als een beroep op artikel 2 sub s van de Riav 1998. Volgens [appellant] is de waarschuwing in de offerte, hiervoor onder 1.3 onvoldoende duidelijk. Achmea bestrijdt zulks.

15.1. Het hof oordeelt dat Royal op zich heeft gewaarschuwd dat aan beleggingen risico's zijn verbonden en dat die risico's voor rekening van [appellant] komen.

Evenwel heeft [appellant] het gelijk aan zijn zijde dat Royal weliswaar voor risico's verbonden aan beleggingen waarschuwt, doch dat uitsluitend koppelt aan een lager dan een gemiddeld rendement. In zowel de offerte van 1999 als 2000 heeft Royal uitsluitend verwezen naar de netto groei van de waarde van de beleggingen bij percentages van 8%, 9%, 3,2% en 7% groei. De mogelijkheid van een negatief groeipercentage ontbreekt in deze voorbeelden. Een en ander is te meer navrant nu Achmea [appellant] verwijt dat hij de tweede storting, naar aanleiding van de offerte van 8 december, heeft gedaan bij dalende aandelenkoersen en dat hij had moeten weten dat aandelen ook verlies op kunnen leveren. Achmea heeft zelf, waar dat wel van haar verwacht had mogen worden, niet aangegeven waarom zij het verliesscenario in haar offerte van 8 december 2000 geheel onbesproken heeft gelaten.

15.2. Het hof oordeelt dan ook dat deze waarschuwing, nu daarin het woord verlies niet voorkomt, niet voldoet aan de verplichting van artikel 2 sub s van het Riav 1998.

16. Verder heeft [appellant] erover geklaagd (memorie van grieven punt 11) dat Royal niet duidelijk is geweest over de in rekening gebrachte kosten. Het hof kwalificeert dit als een beroep op artikel 2 sub r van de Riav 1998. Achmea voert aan dat de kosten wel in de offerte vermeld stonden.

16.1. Het hof oordeelt dat in de offerte van 28 oktober 1999 ten aanzien van de kosten slechts is opgenomen: "Het fondsrendement is gebaseerd op de koersen van de Royal & SunAlliance fondsen, zoals deze in de media worden gepubliceerd. Bij de bepaling van die koersen zijn de kosten voor het fondsbeheer van 0,75% per jaar al verrekend. Bij de genoemde voorbeeldbedragen is met alle kosten, inclusief f 200,00 poliskosten rekening gehouden".

De offerte van 8 december 2000 bevat een soortgelijke passage.

Uit het bij de offerte gevoegde overzicht - waaruit blijkt dat de waarde van de polis bij een verondersteld rendement van 8% niet met 8% stijgt - kan wellicht met enig rekenwerk worden afgeleid wat derhalve de kosten zijn die Royal in rekening brengt.

Het hof oordeelt dat deze verholen wijze waarop de kosten zijn meegedeeld, niet voldoet aan het bepaalde in artikel 2 sub r van de Riav 1998. Het hof wijst er daartoe op dat de toelichting op dit artikel vermeld: "het betreft hier niet slechts de kostensoorten, maar ook een kwantitatieve weergave van de kosten."

Een duidelijke kwantitatieve weergave ontbreekt.

17. Het hof komt dan ook tot het oordeel dat Royal niet aan de op haar rustende informatieverplichtingen betreffende haar product heeft voldaan en dat grief II slaagt. In hoeverre dit [appellant] zal baten, zal uit het vervolg blijken.

18. Achmea heeft een beroep gedaan op een eventueel tekortschieten aan de zijde van de door [appellant] ingeschakelde tussenpersonen. Het hof zal daarop onder 32 terugkomen.

19. Achmea heeft betoogd dat zij als levensverzekeraar was vrijgesteld van de verplichting om informatie in te winnen over [appellant] en diens beleggingsdoelstellingen.

19.1. Het hof oordeelt dat het "ken-uw-klant-beginsel" als een van de belangrijkste onderdelen van de algemene zorgplicht voor effecteninstellingen in het begin van de jaren '90 algemeen aanvaard is, niet alleen in Nederland, maar ook in de meeste andere Europese landen. Achmea heeft in zoverre het gelijk aan haar zijde dat de formele uitwerking van dit beginsel in de NR1999 voor haar als levensverzekeraar niet gold, doch dit houdt geenszins in dat zij dit ken-uw-klant-beginsel geheel aan haar laars mocht lappen en uitsluitend haar eigen gewin voorop mocht stellen. De achtergrond van de uitzonderingspositie van levensverzekeraars bij de Wte is niet geweest dat de wetgever verzekeraars heeft willen bevoordelen, maar dat de wetgever er - ten onrechte - van uitging dat verzekeraars geen beleggingsdiensten of beleggingsactiviteiten verrichten voor rekening en risico van de verzekeringnemer, gelijk ook prof. Kalkman heeft betoogd in zijn door Achmea aangehaalde noot. Indien een verzekeraar zoals in dit geval een product aanbiedt dat in hoofdzaak bestaat uit beleggingsactiviteiten voor rekening en risico van de cliënt - waarbij de cliënt van Achmea ook het verwijt krijgt dat hij zelf beter op de koersen had moeten letten - dan acht het hof, anders dan Achmea heeft betoogd, geen beletselen aanwezig om te oordelen dat de normen zoals die voor andere effecteninstellingen in 1999 en 2000 golden, materieel ook voor een levensverzekeraar als in casu Royal van toepassing zijn.

20. Het hof kan het betoog dat de Derde Europese richtlijn Levensverzekering (92/96 EG) en de daaraan door het hof van justitie gegeven uitleg in het arrest AXA/Ochoa zich tegen de gelding van het ken-uw-klant-beginsel voor Royal verzet niet onderschrijven.

De derde richtlijn ziet op de vorming van een gemeenschappelijke Europese markt voor levensverzekeringen en ziet nadrukkelijk niet op het recht dat op de inhoud van de verzekeringsovereenkomst betrekking heeft. Artikel 31 van deze richtlijn, waarop Achmea zich beroept, heeft betrekking op nationale regelingen die voorschrijven welke informatie de levensverzekeraar aan cliënten dient te verstrekken, en niet op door deze in te winnen informatie. Deze richtlijn heeft voorts het karakter van een minimumharmonisatie, waarbij in artikel 31, derde lid, van die richtlijn, zoals ook door het Hof van Justitie EG in het aangehaalde arrest wordt overwogen, is bepaald dat de lidstaat van de verbintenis van de verzekeringsonderneming niet mag verlangen dat zij naast de in de bijlage vermelde gegevens, aanvullende gegevens verstrekken, tenzij deze nodig zijn voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de wezenlijke bestanddelen van de verbintenis. Het Hof van Justitie heeft daaraan toegevoegd dat artikel 31 ertoe strekt de verzekeringnemer de nodige inlichtingen te verstrekken om de overeenkomst te kiezen die het best bij zijn behoeften past, om zo ten volle te profiteren van de ruimere keuzen aan overeenkomsten en van de toegenomen concurrentie in het kader van een ééngemaakte verzekeringsmarkt.

21. Zelfs als deze bepaling al zo zou moeten worden uitgelegd dat onder te verstrekken informatie ook begrepen moet worden door de verzekeraar in te winnen informatie - hetgeen het hof niet aanneemt - dan oordeelt het hof dat de informatie die Royal had moeten inwinnen omtrent de beleggingsdoelstellingen van haar toen nog potentiële cliënt [appellant], ertoe strekken om de verzekeringnemer beter te kunnen voorlichten over de door hem te maken keuzes en daarmee de verzekeringnemer de wezenlijke bestanddelen van de verbintenis beter te kunnen laten begrijpen.

22. Voor zover Achmea in de toelichting op grief C betoogt dat het ken-uw-klant-beginsel gelet op haar hoedanigheid van levensverzekeraar niet op haar van toepassing was, faalt de grief.

23. Achmea heeft voorts betoogd dat het door haar aangeboden product kant-en-klaar was en noch ingewikkeld noch risicovol, zodat de aard van het product meebracht dat zij haar klant niet in beeld behoefde te brengen.

23.1. Het hof kan dit betoog van Achmea in het geheel niet volgen. Het door Royal aangeboden product heeft lijfrentemaatwerkplan (cursivering hof) hetgeen bepaald niet suggereert dat het om een kant-en-klaar product gaat. Het hof verwijst naar de onder 1.6 geciteerde brief, waarin Royal schrijft: "Het lijfrentemaatwerkplan is een volledig flexibele verzekeringsvorm. De wijze waarop de koopsom wordt belegd voor de opbouw van de uitkering op de lijfrente ingangsdatum is geheel afgestemd op uw persoonlijke omstandigheden en wensen van dit moment".

23.2. Achmea heeft niet toegelicht hoe een lijfrentemaatwerkplan, dat is afgestemd op de persoonlijke omstandigheden en wensen, kan worden opgesteld zonder dat Royal op de hoogte hoefde te zijn van die omstandigheden en wensen van [appellant].

De feiten hebben gelogenstraft dat het product niet risicovol was; het hof oordeelt althans een product waarbij van de ingelegde som na drie jaar ongeveer de helft is verdampt als risicovol.

24. Ook dit onderdeel van grief C is geen ander lot beschoren dan de overige onderdelen.

25. In de toelichting op grief III betoogt [appellant] met recht dat Royal, indien zij had doorgevraagd bij [appellant], nimmer dit product aan [appellant] had mogen aanbieden zonder extra waarschuwingen.

25.1. Het hof oordeelt met de rechtbank dat Royal uit het feit dat twee aflopende kapitaalverzekeringen als financiering werden aangeboden door een tandarts die tegen de AOW-gerechtigde leeftijd liep, voor Royal minst genomen een aanwijzing moest opleveren dat het hier om een pensioenvoorziening ging. Daarbij rijst de vraag of de combinatie van het direct aanspreken van dit kapitaal voor een maandelijkse uitkering zich wel verdraagt met de in de offerte van 28 oktober 1999 opgenomen tekst dat de overeenkomst bedoeld was voor de langere termijn.

Voorts is navrant dat Royal in haar offerte van 8 december 2000 met geen woord rept over de op dat moment volgens haar zelf dalende aandelenkoersen, terwijl zij wel [appellant] een verwijt maakt dat hij die koersen onvoldoende in de gaten heeft gehouden.

26. De grieven I en III in het principaal appel hebben betrekking op de zorgplicht nadat de overeenkomsten tot stand waren gebracht.

Grief I heeft primair betrekking op hiervoor de onder 1.3 geciteerde passage die wel voorkwam in de niet-aanvaarde offertes, maar ontbrak in de offertes op grond waarvan de overeenkomst tot stand is gekomen.

26.1. Het hof deelt het oordeel van de rechtbank dat het primair aan [appellant] was om zich ervan te vergewissen dat deze voor hem belangrijke service ook deel uitmaakte van de door hem aanvaarde offerte en dat het ontbreken van deze service in de uiteindelijke overeenkomst voor Achmea op zich geen tekortkoming op levert.

26.2. De grief faalt dan ook in zoverre

27. Wel moet [appellant] worden nagegeven dat Royal de indruk heeft gewekt dat zij hem veel zorg uit handen zou nemen. Vast staat dat Royal c.q. Achmea zelfs de minimale informatieverplichting die Royal wel had geoffreerd, gedurende de eerste jaren waarin de overeenkomst liep niet is nagekomen. Immers Achmea heeft eerst in 2003 een waardeoverzicht aan [appellant] verzonden, terwijl zij met hem uitdrukkelijk was

overeengekomen dat dit jaarlijks zou geschieden.

Voorts staat vast dat Royal eigenmachtig de obligatiecomponent uit het mixfonds heeft verwijderd, zonder [appellant] daarvan op de hoogte te stellen, terwijl artikel 7 van de toepasselijke polisvoorwaarden stipuleert dat de verzekeringnemer bepaalt in welke fondsen belegd wordt.

27.1. De grieven I en III slagen voor zover daarin wordt betoogd dat Achmea haar contractuele zorgplichten na het sluiten van de overeenkomst niet is nagekomen.

28. Het hof constateert, als tussenconclusie, dat Royal/Achmea op alle drie hiervoor onder 10 onderscheiden onderdelen van de zorgplicht in ernstige mate tekort is geschoten.

29. De rechtbank heeft de totale omvang van de door [appellant] geleden schade begroot op € 162.532,52 zijnde het verschil tussen het beleggingsresultaat indien [appellant] in het obligatiefonds van Royal had belegd in plaats van het Onderscheidend Mixfonds. Deze berekening is door geen van beide partijen aangevochten.

30. In grief D in het incidenteel appel verzet Achmea zich wel tegen het door de rechtbank aangenomen causaal verband tussen de schending van de zorgplicht en de schade als hiervoor uiteengezet. De rechtbank heeft dit verband aangenomen en geoordeeld dat als [appellant] goed zou zijn voorgelicht, hij naar alle waarschijnlijkheid voor het Onderscheidend Obligatiefonds zou hebben gekozen.

Het hof oordeelt dat de argumenten die Achmea tegen dit oordeel aanvoert, geen doel treffen.

In de eerste plaats wijst Achmea op het feit dat [appellant] werd bijgestaan door adviseurs. Het hof kwalificeert dit verweer als een eigenschuldverweer, waarop het hof hierna onder 32 terugkomt, en niet als een verweer dat het causale verband als zodanig aantast.

In de tweede plaats voert Achmea aan dat [appellant] de tweede storting "gewoon" heeft laten doorgaan.

Daargelaten dat het hof hiervoor onder 15.1 en 15.2 al heeft overwogen dat Royal bij de voorlichting rond die tweede storting zelf ernstig is tekort geschoten, is ook dit in wezen een eigenschuldverweer dat het causaal verband als zodanig niet aantast.

31. Grief D in incidenteel appel treft dan ook geen doel.

32. Grief IV in het principaal appel betreft de eigen schuld van [appellant].

Behoudens de eigen gedragingen van [appellant], waar het hof in het voorgaande reeds iets over heeft overwogen, speelt in dezen met name de positie van de door [appellant] ingeschakelde tussenpersonen [adviseur] en [adviseur] (KEMA) een rol.

Achmea heeft gesteld dat de verwijten die [appellant] haar maakt, in feite zijn tussenpersonen betreft en dat de fouten van de tussenpersonen in de relatie tussen hem en Achmea, aan [appellant] moeten worden toegerekend als eigen schuld.

33. Het hof overweegt dat, naar de heersende jurisprudentie, indien de assurantietussenpersoon bij de uitoefening van zijn taak een fout maakt, de gevolgen hiervan in beginsel berusten bij degene in wiens opdracht hij daarbij heeft gehandeld. Bij de zelfstandig tussenpersoon is dat de verzekeringnemer in wiens opdracht of met wiens volmacht hij heeft gehandeld, of de verzekeraar voor zover hij ten behoeve van deze handelingen heeft verricht.

34. Wat de precieze rol van de beide tussenpersonen in deze procedure is geweest, is tot op heden evenwel onderbelicht gebleven.

Vaststaat dat [adviseur] de vaste tussenpersoon van [appellant] was; voor zover zij fouten zou hebben gemaakt doordat zij te weinig zou hebben gevraagd, levert dat een tekortkoming op die als eigen schuld aan [appellant] kan worden toegerekend. Aan de andere kant heeft Achmea ten pleidooie benadrukt dat zij geen direct writer is en dat zij uitsluitend werkt met een netwerk van door haar geselecteerde tussenpersonen, die in zoverre mogelijk zijn aan te merken als hulppersoon van Royal/Achmea. Bij [adviseur], die als cliëntenremisier - die immers in een bemiddelingsrelatie met zowel de potentiële opdrachtgever als de effecteninstelling staat - is voor deze veronderstelling des te meer reden.

Hoewel Achmea - op wie de bewijslast voor de eigen schuld aan de zijde van [appellant] - ten onrechte heeft volstaan met een ongespecificeerd bewijsaanbod, zal het hof haar toch toestaan door middel van bewijs aan te tonen dat de beide tussenpersonen in hun hoedanigheid van opdrachtnemer van [appellant], zijn tekortgeschoten in hun zorgplicht jegens [appellant] en/of door [appellant] verstrekte informatie ten onrechte niet aan Achmea hebben doorgegeven. Het hof zal de verdere beoordeling van de eigen schuld tot na deze bewijslevering aanhouden.

Tussenconclusie

35. De grieven in het incidenteel appel falen. Dit houdt in dat het hof Achmea tenminste aansprakelijk acht voor 15% van de schade die [appellant] heeft geleden.

35.1. Het hof heeft op meer punten een schending van de zorgplicht door Achmea vastgesteld dan de rechtbank. Het hof zal de mate van eigen schuld nader vaststellen nadat de bewijslevering heeft plaatsgevonden ten aanzien van de rol van de in deze zaak ingeschakelde tussenpersonen, waarbij - zonder op die bewijslevering vooruit te lopen - de kans dat het hof tot een zo hoge mate van eigen schuld zal oordelen als de rechtbank heeft gedaan, als niet heel groot moet worden ingeschat.

35.2. Het hof geeft partijen in overweging om te bezien of op basis van dit arrest een minnelijke regeling tot stand kan komen zonder dat nadere bewijslevering nodig is.

De beslissing
Het gerechtshof:

draagt Achmea op te bewijzen feiten en omstandigheden waaruit volgt dat C. [adviseur] en R. [adviseur] (Kema Financieel Adviseurs B.V.) in hun hoedanigheid van opdrachtnemer van [appellant], zijn tekortgeschoten in hun zorgplicht jegens [appellant] en/of door [appellant] verstrekte informatie ten onrechte niet aan Achmea hebben doorgegeven;

bepaalt voor zover Achmea het bewijs zou willen leveren door middel van getuigen dat het verhoor zal plaatsvinden in het Paleis van Justitie, Wilhelminaplein 1 te Leeuwarden, op een nog nader te bepalen dag en uur voor mr. J.H. Kuiper, hiertoe tot raadsheer commissaris benoemd;

verwijst de zaak naar de rolzitting van dinsdag 8 juni 2010 voor opgave van de verhinderdata van partijen zelf, hun raadslieden en de getuige(n), voor de periode van drie maanden na bovengenoemde rolzitting, waarna de raadsheer-commissaris dag en uur van het getuigenverhoor zal vaststellen;

verstaat dat de advocaat van Achmea uiterlijk twee weken voor het getuigenverhoor zal plaatsvinden een kopie van het volledige procesdossier ter griffie van het hof doet bezorgen, bij gebreke waarvan de advocaat van [appellant] alsnog de gelegenheid heeft uiterlijk één week voor de vastgestelde datum een kopie van de processtukken over te leggen;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Aldus gewezen door mrs. Kuiper, voorzitter, Verschuur en Wind, raden, en uitgesproken door de rolraadsheer ter openbare terechtzitting van dit hof van dinsdag 11 mei 2010 in bijzijn van de griffier.
