

ECLI:NL:GHSHE:2017:4682

Instantie	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak	31-10-2017
Datum publicatie	31-10-2017
Zaaknummer	200.122.452_01
Formele relaties	Tussenuitspraak: ECLI:NL:GHSHE:2015:3897
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Levensverzekering/overlijdensrisicoverzekering in samenhang met beleggingen. Kosten. Richtlijn 93/13 is niet van toepassing, omdat overeenkomst in 1991 is gesloten. Onrechtmatige daad door verzekeraar.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Afdeling civil recht

zaaknummer HD 200.122.452/01

arrest van 31 oktober 2017

in de zaak van

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

tegen

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

als vervolg op het door het hof gewezen tussenarrest van 6 oktober 2015 in het hoger beroep van

het door de rechtbank Oost-Brabant (sector kanton, locatie 's-Hertogenbosch) onder nummer 786984/346 / CV EXPL 11-9476 gewezen vonnis van 26 juli 2012.

5 Het tussenarrest van 6 oktober 2015

Bij genoemd arrest heeft het hof partijen in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over het arrest van 29 april 2015 (ECLI:EU:C:2015:286) van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie) (met betrekking tot de beantwoording van prejudiciële vragen over artikel 31 lid 3 van de Derde levensrichtlijn) (ro. 3.7.4 van het tussenarrest).

6 Het verdere verloop van de procedure

Het verdere verloop van de procedure blijkt uit:

- de memorie na tussenarrest van [appellant] , met productie;
- de memorie na tussenarrest van ASR;
- het pleidooi van 15 december 2016 en de ter gelegenheid daarvan overgelegde pleitnota's.

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

7 De verdere beoordeling

7.1. In deze zaak gaat het om een beleggingsverzekering met als ingangsdatum

1 december 1991. Mede gelet daarop neemt het hof het volgende juridisch kader in aanmerking:

a) Naar het voor 1 januari 1992 geldende recht was een beding dat ertoe strekt dat een deel van de overeenkomst door een partij nader wordt ingevuld - de bindende partijbeslissing - geoorloofd, maar de partij aan wie de beslissing was opgedragen mocht niet naar willekeur beslissen, omdat zij verplicht was de overeenkomst te goeder trouw uit te voeren (HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7078, NJ 1966, 46). De Hoge Raad heeft overwogen "dat artikel 1374 B.W. (hof: het voor 1 januari 1992 geldende Burgerlijk Wetboek, hierna OBW) in zijn derde lid bepalende, dat alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten te goeder trouw worden ten uitvoer gebracht, een regel stelt, waaraan ten grondslag ligt de onderstelde bedoeling van partijen, dat de uitvoering van het overeengekomene zal plaats hebben naar billijkheid en redelijkheid, en de bepaling dan ook strekt om deze bedoeling tot haar recht te doen komen" en dat dit voorschrift was geschonden doordat het hof bij zijn onderzoek van een bindende partijbeslissing (op grond van een beding dat voor zover relevant bepaalde: geschillen betreffende de verzekering, met uitsluiting van elke gerechtelijke bevoegdheid, worden beslist door de raad van commissarissen van de verzekeraar) "zich uitsluitend bepaalde tot dat betreffende de vraag of de Raad (van commissarissen, hof) al dan niet te goeder trouw was bij het geven van de beslissing, doch niet onderzocht noch besliste ten aanzien van de vraag of die beslissing zelve, wat betreft behandeling en inhoud voldeed aan den eisch van redelijkheid en billijkheid, waarnaar de overeenkomst moest worden ten uitvoer gebracht" (arrest van 9 februari 1923, NJ 1923, p. 676, *Artist de Laboureur*).

b) Artikel 6:248 lid 2 BW is op 1 januari 1992 in werking getreden en luidt: "Een tussen partijen als

gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.”

c) Artikel 7:904 lid 1 BW is op 1 september 1993, zonder bijzondere bepalingen van overgangsrecht, in werking getreden en luidt: “Indien de gebondenheid aan de beslissing van een partij of van een derde in verband met inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, is die beslissing vernietigbaar.”

d) Een bindende partijbeslissing wordt getoetst naar het recht dat geldt op het tijdstip waarop de beslissing wordt gegeven.

e) De rechtsvordering tot vergoeding van schade in verband met een beroep op artikel 1374 lid 3 OBW en artikel 6:248 lid 2 BW verjaart, voor zover in dit geding relevant, “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” (artikel 3:310 lid 1 BW in samenhang met artikel 73 Overgangswet nieuw BW).

f) De rechtsvordering tot vernietiging op de voet van artikel 7:904 lid 1 BW verjaart “drie jaren nadat de bevoegdheid om deze vernietigingsgrond in te roepen, aan degene aan wie deze bevoegdheid toekomt, ten dienste is komen te staan” (artikel 3:52 lid 1 onder d BW).

g) Binnen het toepassingsbereik van artikel 7:904 lid 1 BW is een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW uitgesloten (MvA Gewijzigd ontwerp, artikel 7.15.5 (7:904 BW), bladzijde 16: “(D)e bedoeling (heeft) voorgezeten ter wille van de rechtszekerheid het effect van de betreffende strijd met de redelijkheid en billijkheid niet van rechtswege te doen intreden, maar slechts door een tot vernietiging strekkende verklaring of rechterlijke uitspraak.”) Een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW kan, onder omstandigheden, worden geduid als een beroep op artikel 7:904 lid 1 BW (artikel 3:51 lid 1 BW; conclusie advocaat-generaal Keus voor HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0049).

h) Voor zover relevant in dit geding hebben de regels van artikel 1374 lid 3 OBW, artikel 6:248 lid 2 BW en artikel 7:904 lid 1 BW dezelfde strekking, afgezien van het rechtsgevolg van vernietiging in het laatstgenoemde artikel.

i) De regeling van de onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden (afdeling 3, titel 5, Boek 6 BW) is op 1 januari 1992 ingevoerd. Artikel 6:233 BW luidt: “Een beding in algemene voorwaarden is vernietigbaar (...) indien het, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijdse kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij (...).”

j) Artikel 79 van de Overgangswet nieuw BW luidt: “Tenzij anders is bepaald, wordt een rechtshandeling die is verricht voordat de wet daarop van toepassing wordt, niet nietig of vernietigbaar ten gevolge van een omstandigheid die de wet, in tegenstelling tot het tevoren geldende recht, aanmerkt als een grond van nietigheid of vernietigbaarheid.”

Artikel 191 van de Overgangswet nieuw BW luidt:

“1. Afdeling 3 van titel 5 van Boek 6 is op algemene voorwaarden die op het tijdstip van het in werking treden van de wet reeds door een partij in haar overeenkomsten worden gebruikt, van toepassing nadat een jaar na dit tijdstip is verstreken. Gedurende die termijn is de wet evenmin van toepassing op wijzigingen in die voorwaarden na het inwerkingtreden van de wet.

2. In afwijking van artikel 79 kan een beding in algemene voorwaarden (...) na het verstrijken van het in lid 1 bedoelde tijdvak overeenkomstig afdeling 3 van titel 5 van Boek 6 worden vernietigd; deze vernietiging heeft evenwel geen werking over het tijdvak voordat die afdeling van toepassing is geworden, tenzij het beding toen reeds vernietigbaar of nietig was.”

k) Richtlijn 93/13/EEG van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten is van toepassing op overeenkomsten die na 31 december 1994 zijn gesloten (artikel 10 lid 1 tweede alinea van de Richtlijn), waarbij het tijdvak waarin die overeenkomst vervolgens gevolgen teweegbrengt niet ter zake doet (HvJ 3 juli 2014, C-92/14, inzake Tudoran c.s. tegen SC Suport Colect SRL, ECLI:EU:C:2014:2051) (zie ook het tussenarrest van 6 oktober 2015, hierna tussenarrest, r.o. 3.7.6) .

l) In onder meer artikel 6:233 BW is Richtlijn 93/13 in Nederland geïmplementeerd.

m) De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1866, ro. 3.7, overwogen: "De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274 onder meer geoordeeld dat de appelrechter gehouden is om, binnen de grenzen van de rechtsstrijd, ambtshalve te beoordelen of een beding in de zin van de Richtlijn [Richtlijn 93/13, hof] oneerlijk is. Indien de rechter over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt om te vermoeden dat een overeenkomst onder het bereik van de Richtlijn valt en een beding bevat dat oneerlijk is, dient hij daarnaar onderzoek te doen, ook indien daarop gerichte stellingen niet aan de vordering of een verweer ten grondslag zijn gelegd."

n) Richtlijn 92/96/EEG van de Raad van de Europese Unie (hierna: de Derde levensrichtlijn) en de Regeling informatieverstrekking aan verzekeringnemers 1994 (Stcrt. 1994, nr. 97, hierna: Riav 1994) zijn na 1991 in werking getreden.

o) Artikel 6:162 BW is op 1 januari 1992 in werking getreden en heeft, voor zover relevant in dit geding, dezelfde strekking als artikel 1401 OBW, dat ten tijde van het sluiten van de overeenkomst tussen partijen werking had.

p) De rechter vult op de voet van artikel 25 Rv ambtshalve de rechtsgronden aan. Indien een voldoende feitelijke grondslag is aangereikt, is het hof gehouden ambtshalve en onafhankelijk van enige door partijen aangehangen rechtsbeschouwing te onderzoeken of de door eiser (in dit geval [appellant]) tijdens het geding aan zijn vordering ten grondslag gelegde feiten die vordering kunnen dragen (arresten van de Hoge Raad van 1 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2183, NJ 1997, 117, ro. 1.2, 15 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6625, NJ 2002, 228, ro. 3.3 en 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2655, NJ 1998, 625, ro. 3.2).

7.2. Het juridisch kader leidt tot de volgende conclusies:

a) Richtlijn 93/13 is niet van toepassing op de overeenkomst tussen partijen, die al in 1991, en wel op 1 december 1991 (tussenarrest, r.o. 3.1. sub g) is gesloten.

b) Daarom is er in dit geding ook geen ruimte voor ambtshalve toetsing aan Richtlijn 93/13 in de zin van het voornoemde arrest van de Hoge Raad van 10 juli 2015 (tussenarrest, r.o. 3.7.6).

c) De Derde levensrichtlijn en de Riav 1994 zijn op de rechtsverhouding tussen partijen niet van toepassing, nu de overeenkomst tussen partijen al in 1991 is gesloten. Voor zover genoemde regelingen al hebben beoogd de informatieplicht van verzekeraars als ASR richting consumenten te beperken, kunnen deze beperkingen als zodanig aan [appellant] niet worden tegengeworpen.

d) [appellant] heeft zich in eerste aanleg beroepen op artikel 1374 lid 3 OBW en artikel 6:248 lid 2 BW (conclusie van repliek, 21-22, 29). [appellant] heeft, nadat het gevorderde in het bestreden vonnis was afgewezen, in zijn memorie van grieven niet voldoende duidelijk gemaakt dat hij deze bepalingen nog steeds aan het gevorderde ten grondslag wenst te leggen of dat hij (aan de hand van deze bepalingen) bepaalde bindende partijbeslissingen wenst te bestrijden. [appellant] heeft niet naar voren gebracht dat ASR bepaalde kosten heeft vastgesteld of opgelegd en dat hij het daarmee niet eens is omdat de kosten te hoog zijn. [appellant] heeft in het geheel niets naar voren gebracht over artikel 7:904 lid 1 BW en de door ASR in het kader van de beleggingsverzekering gemaakte keuzes. [appellant] heeft op dit punt ook geen grief geformuleerd die erop neerkomt dat de kantonrechter zijn vorderingen op deze grondslag had moeten toewijzen.

e) Het betoog van [appellant] in hoger beroep is toegespitst op de informatievoorziening bij het aangaan van de overeenkomst en de door hem gestelde informatieplichten. Dit betoog moet in aansluiting op het debat tussen partijen worden beoordeeld in het licht van artikel 1401 OBW.

f) Partijen hebben gelet op beslissingen hierna geen belang bij een ambtshalve aanvulling van rechtsgronden op de voet van artikel 25 Rv.

7.3. ASR heeft zich beroepen op verval van de vorderingen (klachtplicht), verjaring en "aanvaarding" of rechtsverwerking (memorie van antwoord, 4.4 tot en met 4.16; conclusie van antwoord, 8.9 tot

en met 8.19).

- 7.4. Geen grief is gericht tegen de beslissing van de kantonrechter dat "de vorderingen gestoeld op de stelling dat deze kosten (de poliskosten, hof) niet overeengekomen en dus niet verschuldigd waren, dan wel dat het in rekening brengen van deze kosten een toerekenbare tekortkoming en/of een onrechtmatige daad van ASR zouden opleveren, ruimschoots verjaard zijn" en dat de poliskosten dan ook deel uitmaken van de overeenkomst (bestreden vonnis, r.o. 4.3.5.3; memorie van antwoord, 4.5). Het hof dient dan ook uit te gaan van de juistheid van deze beslissing. Dat betekent dat het hof ervan moet uitgaan dat de rechtsvorderingen van [appellant] zijn verjaard voor zover deze zien op de poliskosten, en dat zijn vorderingen in zoverre dan ook niet toewijsbaar zijn.
- 7.5. Met betrekking tot de overige kosten overweegt het hof als volgt.
- 7.6. Het betoog van ASR komt er op neer dat de klachttermijn en de verjaringstermijn steeds zijn gaan lopen vanaf het verstrekken van de jaaroverzichten en dat deze termijnen zijn verstreken (memorie van antwoord, 4.9, 4.13-14). Uit de omstandigheid dat [appellant] de jaaroverzichten zonder bezwaar heeft behouden en de premie heeft betaald, leidt ASR af dat hij de gewraakte kosten heeft aanvaard en het recht heeft verwerkt daar alsnog bezwaar tegen te maken (memorie van antwoord, 4.15).
- [appellant] brengt hiertegen in dat aan hem de gevolgen van de kosten voor het rendement alsmede de risico's voor de beleggingen en de onjuiste voorlichting door ASR in dat verband pas in het eerste kwartaal van 2011, na overleg met de claimorganisatie waarbij hij zich heeft aangesloten, duidelijk zijn geworden (conclusie van repliek, 188; pleitnota mr. Maliepaard 24 juni 2014, 49 tot en met 56, 65; inleidende dagvaarding, 10 en 11).
- 7.7. Het beroep van ASR op verjaring en de vermeende aanvaarding of rechtsverwerking door [appellant] faalt voor zover het gaat om andere kosten dan de poliskosten. Uit de reguliere uitvoering van de polis (incasso van premies, administratieve mutaties, verstrekking van de jaaroverzichten) kan zonder nadere toelichting en bij gebreke van voldoende duidelijke aan [appellant] gerichte uitleg destijds over de inhoud en implicaties van de verschillende bedingen - ASR heeft niet aangevoerd dat dit bij de totstandkoming van de overeenkomst is geschied - niet worden afgeleid dat [appellant] bekend was met zijn vordering of met het door hem gestelde nadeel en de aansprakelijke persoon ASR (3:309 BW en 3:310 BW), of dat [appellant] de gestelde fouten van ASR heeft aanvaard of dat [appellant] zijn rechten in dit verband heeft verwerkt. De gestelde fouten betreffen immers niet uitsluitend het bedrag van de kosten maar het gehele samenstel van de bedingen die hierna aan de orde komen, de ongunstige gevolgen van deze bedingen voor [appellant] en de ongeoorloofde en onevenredige aard en strekking van deze bedingen. ASR heeft voor het overige geen concrete feiten gesteld waaruit volgt dat een in deze relevante termijn vóór begin 2011 is gaan lopen. De inleidende dagvaarding is in oktober 2011 uitgebracht. Daarmee faalt het beroep op verjaring, aanvaarding en rechtsverwerking met betrekking tot de andere kosten dan de poliskosten.
- 7.8. Bij deze stand van zaken kan ook niet worden gezegd dat [appellant] niet heeft geprotesteerd binnen bekwame tijd nadat hij het gestelde gebrek in de prestatie heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken. Voor het antwoord op de vraag of tijdig in de zin van artikel 6:89 BW is geprotesteerd, moet acht worden geslagen op alle relevante omstandigheden van het geval, waaronder het nadeel als gevolg van het verstrijken van de tijd totdat tegen de afwijking is geprotesteerd, en in elk geval ook op de waarneembaarheid van de afwijking, de deskundigheid van partijen, de onderlinge verhouding van partijen, de aanwezige juridische kennis en de behoefte aan voorafgaand deskundig advies (arrest van de Hoge Raad van 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9615, r.o. 3.4). Het gestelde gebrek betreft niet uitsluitend het bedrag van de kosten maar het gehele samenstel van de bedingen die hierna aan de orde komen, de ongunstige gevolgen van deze bedingen voor [appellant] en de ongeoorloofde en onevenredige aard en

strekking van deze bedingen. [appellant] is consument, hij is niet deskundig en hij mocht verwachten dat zijn deskundige wederpartij - ASR - hem zou inlichten over eventuele gebreken. Niets is gesteld waaruit volgt dat [appellant] op de hoogte was van de (informatie)verplichtingen van ASR en gereede aanleiding had te veronderstellen dat ASR in de nakoming van die verplichtingen kon zijn tekortgeschoten (arrest van de Hoge Raad van 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, r.o. 4.3.1-4.3.2). De omstandigheid dat [appellant] op enig moment bekend was met de "hoge kosten" in algemene zin (en het door hem geleden nadeel) is in dat kader onvoldoende. Van [appellant] kon dan ook, anders dan ASR stelt (conclusie van dupliek, 6.15), niet worden verlangd dat hij onderzoek zou doen naar eventuele gebreken. Gelet op alle omstandigheden van het geval blijkt uit niets dat [appellant] ruim voor het uitbrengen van de inleidende dagvaarding het gestelde gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken. Ook indien ASR, zoals zij stelt maar niet voldoende feitelijk heeft onderbouwd, is geschaad doordat [appellant] voor het eerst in 2011 heeft geklaagd, is er gelet op al het voorgaande geen ruimte voor een ander oordeel. Deze schade is alsdan het gevolg van de handelwijze van ASR, die [appellant] geen uitleg heeft gegeven over het product en [appellant] ook niet heeft ingelicht over de gestelde gebreken. Het beroep van ASR op het verval van de vorderingen slaagt dan ook niet.

7.9. Het gaat in het geschil tussen partijen om de bedingen waarin de volgende kosten zijn geregeld (inleidende dagvaarding, 30; conclusie van antwoord, 4.7; conclusie van dupliek, 4.5; memorie van grieven, 4; memorie van antwoord 4.71-4.98 pleitnota ASR 2014, 5):

- A) beheerskosten
- B) premie overlijdensrisico
- C) poliskosten
- D) kosten "verschil verkoop/biedkoers"
- E) administratiekosten
- F) kosten koopsom.

[appellant] gebruikt andere namen voor deze kosten, die hij ontleent aan de nieuwe en de oude terminologie op de door ASR verstrekte jaaroverzichten, maar dit laat onverlet dat hij deze kosten op het oog heeft.

Anders dan [appellant] betoogt (conclusie van repliek, 79 en verder, 90, 99 tot en met 104 en 153; memorie van grieven, grief 3, 31-43; reactie ASR conclusie van dupliek, 4.1 tot en met 4.9; memorie van antwoord, 4.19 tot en met 4.26 en 4.46 tot en met 4.61), zijn deze bedingen - mede gezien de toen onder het oude recht geldende regels - naar het oordeel van het hof rechtsgeldig overeengekomen. [appellant] heeft het aanvraagformulier ingediend en ASR heeft het polisblad, vergezeld van de algemene voorwaarden waarin deze bedingen zijn opgenomen, aan [appellant] toegezonden (tussenarrest, ro. 3.1 onder d en e). Het hof neemt tot uitgangspunt dat aan het bedingen van de toepasselijkheid van algemene voorwaarden geen andere eisen behoren te worden gesteld dan in het algemeen gelden voor de totstandkoming van een overeenkomst en dat de omstandigheid, dat toepasselijkheid van algemene voorwaarden op een bepaalde wijze is overeengekomen, niet uitsluit dat er zich onder die voorwaarden bepalingen bevinden van een zodanige inhoud dat de toestemming van de wederpartij niet kan worden geacht op toepasselijkverklaring ook daarvan gericht te zijn geweest (HR 20 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4267, NJ 1982, 517, Holleman/De Klerk). [appellant] heeft geen feiten en omstandigheden naar voren gebracht waaruit volgt dat zijn wil niet geacht kan worden gericht te zijn geweest op aanvaarding van de AV '91 als zodanig dan wel specifieke bedingen in die AV '91. De omstandigheid dat het bedrag van de periodiek te betalen kosten die uit de bedingen voortvloeien niet is vermeld op het polisblad of in de algemene voorwaarden is onvoldoende. Partijen mogen overeenkomen dat de kosten nader worden vastgesteld door ASR en dat hebben zij hier gedaan, zoals hierna zal worden overwogen.

7.10. ASR heeft, naar het oordeel van het hof terecht, betoogd dat partijen bij het aangaan van de polis de nadere vaststelling van bepaalde kosten (7.9 hiervoor) aan haar hebben overgelaten

(memorie van antwoord, 4.39 tot en met 4.44; conclusie van antwoord, 4.6 onder 8 en 4.7). [appellant] mocht de desbetreffende bedingen, gezien de tekst ervan in samenhang met de aard van het product en het stelsel van de algemene voorwaarden, bij het aangaan van de polis redelijkerwijs niet anders opvatten. De desbetreffende bedingen moeten dan ook worden aangemerkt als een vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 7:900 lid 2 BW. Deze bedingen, die strekken tot een bindende partijbeslissing ter invulling van hetgeen tussen partijen is overeengekomen, zijn naar het thans geldende recht en waren ook naar het voorheen geldende recht (1991) geoorloofd (zie bijvoorbeeld het arrest van de Hoge Raad van 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, ro. 4.2.2 en 4.2.3, de voor dat arrest genomen conclusie van de advocaat-generaal onder 5.22.2 en de in noten 44 en 45 vermelde jurisprudentie, en het arrest van de Hoge Raad van 29 november 1957, NJ 1958, 52, bladzijde 163 en 166). Het verweer van ASR (bijvoorbeeld conclusie van dupliek, 5.14; memorie van antwoord, 4.39-4.44) dat de polis op dit punt kan worden vergeleken met een overeenkomst van koop waarbij de prijs niet is bepaald (7:4 BW) of met een overeenkomst van opdracht waarbij de hoogte van het loon niet is bepaald (7:405 lid 2 BW), waardoor [appellant] (de door ASR met inachtneming van de door haar gewoonlijk bedongen kosten in te vullen) redelijke kosten verschuldigd is, gaat echter niet op. De hoogte van de kosten is in de overeenkomst bepaald doordat de beslissing hierover, aan de hand van in de algemene voorwaarden vermelde voorschriften, aan ASR is opgedragen. Uit de desbetreffende bedingen volgt dat "de maatschappij" (ASR) van tijd tot tijd berekeningen uitvoert en de hoogte van de kosten vaststelt en dat een maximumvergoeding geldt voor de beheerskosten en de aanvullende administratiekosten (respectievelijk maximaal 1,5%, maximaal 2%, maximaal 4%). Een door een berekening gemaakte keuze is dan ook noodzakelijk en deze beslissing is in de overeenkomst aan ASR opgedragen. Verder gaat ASR er zelf van uit, zoals hiervoor is overwogen, dat de vaststelling van de kosten aan haar is "overgelaten" en "dat een afspraak waarbij de koopprijsvaststelling aan een derde of aan de verkoper zelf wordt overgelaten geldig is" (memorie van antwoord, 4.39, 4.42). Zij heeft ter gelegenheid van het pleidooi in 2014 (pleitnota, bladzijde 5) opgemerkt dat het percentage van de aanvullende administratiekosten tot een maximum van 4% "naar believen van de maatschappij" werd vastgesteld. Dit standpunt impliceert een opdracht in de overeenkomst en een zekere vrijheid voor ASR bij de vaststelling van de kosten en is niet te rijmen met de rechtsfiguur van een koop of een opdracht waarbij de prijs dan wel het loon niet is bepaald (7:4 BW of 7:405 lid 2 BW).

- 7.11. Een beding, waarbij de bevoegdheid de door de wederpartij verschuldigde kosten te berekenen en vast te stellen wordt opgedragen aan de gebruiker van algemene voorwaarden, is naar het oordeel van het hof, ook in de context van een gemengde beleggingsverzekering die wordt aangeboden aan consumenten, niet zonder meer ongeoorloofd. [appellant] heeft gesteld dat ASR hem eind 1991 bij de totstandkoming van de overeenkomst niet naar behoren heeft geïnformeerd en dat ASR aldus onrechtmatig heeft gehandeld.

In dit geval zijn naar het oordeel van het hof voor de beoordeling van de vordering van [appellant] de volgende omstandigheden relevant.

A) [appellant] heeft zich bij het aangaan van de overeenkomst ertoe verbonden gedurende 72 jaar geld aan ASR toe te vertrouwen met het oog op bewaring, beheer en uiteindelijk een uitkering aan [de dochter van appellant] (de dochter van [appellant]). [de dochter van appellant] kon aanspraak maken op uitkering van de waarde van de beleggingen op de afgesproken einddatum. Indien zij eerder zou overlijden, zou de waarde van de beleggingen worden uitgekeerd met een minimum van fl. 36.360,-. Verder was er de mogelijkheid tussentijds de vrij beschikbare waarde op te nemen (tussenarrest, 3.1 c).

B) Dit impliceert een fiduciaire verantwoordelijkheid aan de zijde van ASR. ASR was gehouden stipt en nauwgezet haar overeengekomen taak te vervullen, de belangen van [de dochter van appellant] (en [appellant]) : hij betaalde de premie en kon zichzelf in de plaats van [de dochter van appellant] stellen als begunstigde, zoals hij later heeft gedaan) voor ogen te houden en over de

verrichte werkzaamheden verantwoording af te leggen.

C) De beslissing over de kosten is opgedragen aan de partij die de fiduciaire taak heeft (ASR, niet aan een onafhankelijke derde/deskundige). De door [appellant] ingelegde gelden zijn (onder meer) belegd in aan ASR gelieerde fondsen (inleidende dagvaarding, 44).

D) ASR was bij het aangaan van de overeenkomst kennelijk voornemens de door haar vastgestelde kosten door inhouding/verrekening te incasseren en zij heeft dit ook steeds gedaan. Het overeengekomen stelsel brengt mee dat [appellant] geen enkele handeling specifiek in verband met de kosten en de betaling heeft verricht, zodat bij het aangaan van de overeenkomst te voorzien was dat de kosten hem niet zouden opvallen. Dit geldt te meer nu bij het aangaan van de overeenkomst

(i) in het format van het aan [appellant] te verstrekken overzicht de nadruk werd gelegd op het beleggingsresultaat ("waarde stijging/daling": de laatste regel van het overzicht),

(ii) ASR voornemens was het overzicht eens per jaar te verstrekken,

(iii) duidelijk was dat het ging om beperkte bedragen:

- € 40,84 poliskosten per jaar, derhalve minder dan € 3,50 per maand;

- € 157,15, € 156,47 of € 157,83 verschil verkoop/biedkoers per jaar in de periode van de initiële investeringen (€ 157,15 per jaar in de eerste 3 jaar; € 156,47 in het 4e jaar en € 157,83 in het 5e jaar), derhalve ongeveer € 13 per maand;

- € 8,17 verschil verkoop/biedkoers per jaar in de periode na de initiële investeringen, derhalve minder dan € 0,70 per maand (inleidende dagvaarding, producties 8 en 9; conclusie van antwoord, productie 9; tussenarrest, 3.1 l);

(iv) de duidelijk medegedeelde poliskosten van fl. 7,50 voor de eerste maand (polisblad, inleidende dagvaarding, productie 3, bladzijde 3; pleitnota 2014, 7) gering zijn en niet duidelijk is dat elke maand dezelfde kosten in rekening zouden worden gebracht, waardoor [appellant] uit de vermelding op het polisblad de werkelijke omvang van de kosten niet kon afleiden; en

(v) ASR initieel niet voornemens was bepaalde substantiële kosten op de jaarlijks te verstrekken overzichten te vermelden, zoals later is gebleken uit de vanaf 2008 aan [appellant] verstrekte overzichten overeenkomstig het model De Ruiter waarop, anders dan voorheen, die kosten wel stonden vermeld (inleidende dagvaarding, 37-40, productie 10; conclusie van antwoord, 4.15-4.16, productie 10; tussenarrest 3.1 m-o).

E) De kosten stonden kennelijk al bij het aangaan van de overeenkomst vast (binnen een bepaalde bandbreedte). Dit volgt uit het gegeven dat ASR jarenlang (nagenoeg) hetzelfde vaste bedrag voor poliskosten, kosten investering koopsom en "verschil verkoop/biedkoers" in rekening heeft gebracht (conclusie van antwoord, 4.14). Van een later tot stand te brengen beslissing door ASR, afhankelijk van omstandigheden op het moment van de beslissing, was in zoverre geen sprake.

F) Tegenover de door ASR vastgestelde en in rekening gebrachte kosten heeft ASR zich bij het aangaan van de overeenkomst, voor zover kan worden afgeleid uit de stellingen van partijen, niet verbonden tot een aanmerkelijke tegenprestatie, anders dan het fondsbeheer en de dekking (overlijdensrisico), waarvoor beheerskosten en premie werden betaald. Uit de stellingen van partijen kan niet worden afgeleid dat ASR zich bij het aangaan van de overeenkomst tegenover alle andere vergoedingen (poliskosten, aanvullende administratiekosten, "verschil verkoop/biedkoers") heeft verbonden tot meer of andere prestaties dan het structureren van het product, het accepteren van de klant, het in stand houden van de administratie, het verstrekken van het jaaroverzicht, het betalen van verkoopprovisie aan de tussenpersoon en het uitvoeren van berekeningen met het oog op de vaststelling van de kosten. Bij gebreke van een toelichting (ASR is in het geheel niet ingegaan op de verbintenissen die zij op dit terrein, dus overigens, bij het aangaan van de overeenkomst op zich heeft genomen) kan niet worden aangenomen dat de uit deze verbintenissen voortvloeiende werkzaamheden naar objectieve maatstaven in de markt een hogere vergoeding kunnen rechtvaardigen dan een (zeer) gering deel van het op te bouwen

vermogen over de gehele looptijd van het product.

G) De - reeds bij het aangaan van de overeenkomst (binnen een bepaalde bandbreedte) vaststaande - kosten (poliskosten, "verschil verkoop/biedkoers" en, in de eerste 5 jaar, kosten "investering koopsom") zijn in verhouding tot de inleg (fl. 30,= per maand plus fl. 6.840,= per jaar in de eerste vijf jaar) hoog. ASR noemt ook "administratiekosten" of "aanvullende administratiekosten" (memorie van antwoord, 4.93 tot en met 4.98) maar deze kosten worden niet apart gespecificeerd op de jaaroverzichten en behoren kennelijk tot andere categorieën kosten die hierna aan de orde komen. ASR meldt op de overgelegde jaaroverzichten kosten - per jaar na de eerste vijf jaar - van € 49,01 (€ 8,17 en € 40,84, verschil verkoop/biedkoers en poliskosten, producties 8 en 9 inleidende dagvaarding) en later in de orde van grootte van € 68,= (ongeveer € 55,= kosten verzekeringsmaatschappij, ongeveer € 13,= kosten verzekeringsadviseur; inleidende dagvaarding, producties 10 tot en met 13; conclusie van antwoord, producties 10 en 14 (niet toegelicht is waarom kosten verzekeringsmaatschappij van ongeveer € 110,= staan op het overzicht van 2010, productie 13 bij inleidende dagvaarding)). Het gaat in de looptijd van het product steeds om dezelfde kosten: alle kosten zijn steeds in elk jaar in rekening gebracht (conclusie van antwoord, 4.16, 6.29). Indien € 68,= bij benadering juist zou zijn, betaalt [appellant] over de laatste 67 jaar van de looptijd van het product ongeveer € 4.556,= (fl. 10.036) aan dergelijke kosten. [appellant] betaalt daarnaast in de eerste 5 jaar van de looptijd van het product elk jaar poliskosten (€ 40,84), kosten verschil verkoop/biedkoers (€ 156,47) en kosten investering koopsom (€ 124,15) (zie de jaaroverzichten, productie 8 bij conclusie van antwoord). Deze kosten in de eerste 5 jaar bedragen derhalve in totaal: € 321,46 per jaar x 5 = € 1.607,30. De totale poliskosten, kosten "verschil verkoop/biedkoers" en kosten investering koopsom voor de gehele looptijd van het product zijn dan ook ongeveer € 4.556,= + € 1.607,30 = € 6.163,30, gelijk aan ongeveer 22,5% van de totale inleg (fl. 6.840 x 5 = fl. 34.200 + fl. 30 x 12 maanden = fl. 360 x 72 jaar = fl. 25.920; fl. 34.200 + fl. 25.920 = fl. 60.120; fl. 13.577 / fl. 60.120 = 22,5%). Daarbij komen nog de substantiële kosten voor het fondsbeheer en de premies voor het overlijdensrisico.

H) Deze kosten (poliskosten, "verschil verkoop/biedkoers", (aanvullende) administratiekosten en, in de eerste 5 jaar, kosten "investering koopsom") vallen uiteraard in het niet bij de aan [appellant] voorgehouden uitkering op de einddatum (fl. 171,5 miljoen) "bij 13,00% prognose". ASR gaat ervan uit dat 13% een voorbeeld was dat naar historische maatstaven (20e eeuw; periode 1980 tot en met 2000) verantwoord was maar geheel los stond van de concrete voorgenomen beleggingen (die nog door [appellant] moesten worden geselecteerd) en de concrete te verwachten resultaten (conclusie van antwoord, 4.4, 6.45; memorie van antwoord, 2.7). [appellant] bestrijdt niet dat het ging om een voorbeeld ter illustratie. De toekomst is uiteraard ongewis en ASR behoort als verzekeraar en vermogensbeheerder te weten dat bij beleggingen op langere termijn veel afhangt van het tijdstip waarop de beleggingen worden aangekocht. ASR heeft in dit geding duidelijk gemaakt dat zij bij het structureren van het product heeft gekeken naar "de basis waarop zij deze verzekering aanbood" en dat het haar daarbij ging om de optelsom van de haar toekomstige kosten, niet om de exacte wijze waarop deze kosten werden verwerkt in de algemene voorwaarden (memorie van antwoord, 9.9). ASR had dan ook bij het structureren van het product, waarin de vaste aan ASR toekomstige kosten een wezenlijke rol speelden, bedacht moeten zijn op de mogelijkheid van een lager rendement en op de mogelijkheid dat de aan ASR toekomstige kosten in dat scenario niet in verhouding zouden kunnen staan tot het rendement dat [appellant] zou kunnen ontvangen.

I) Eind 2010 (19 jaar na aanvang van het product) was de opgebouwde waarde € 28.139,98 (waarbij de inleg € 18.623 was: fl. 30 x 12 x 19 + fl. 6.840 x 5; rendement van 2,2% per jaar, inleidende dagvaarding, 43, productie 13). Bij deze stand van zaken en gezien de mogelijkheid van een soortgelijke ontwikkeling gedurende het resterende deel van de oorspronkelijke looptijd van 72 jaar vormen de onderhavige kosten een aanzienlijk deel van het op te bouwen vermogen.

J) Bij het voorgaande komt nog dat de bij het aangaan van de overeenkomst verstrekte informatie

over de "13,00% prognose" onjuist en misleidend was (inleidende dagvaarding, 41, 63, 85 en 86; productie 1; conclusie van antwoord, 6.29, 7.3; conclusie van dupliek, 5.31; memorie van grieven, 70; memorie van antwoord, 4.64). Uit deze prognose en de toelichting (productie 1 bij inleidende dagvaarding, bladzijde 3) is immers niet af te leiden dat bij de prognose de beheerskosten buiten beschouwing zijn gelaten, waardoor een hoger rendement (14,5% of 15%) vereist is om het geprognosticeerde resultaat te bereiken.

7.12. De bedingen over de beheerskosten luiden als volgt: "Op de waarde van ieder fonds kunnen beheerskosten in mindering worden gebracht tot maximaal 1,5% per jaar." (algemene voorwaarden AV '91, Sectie C 6 a 1, bladzijde 6, productie 4 inleidende dagvaarding) en "Voor polissen met belegging in een Silver Star fonds kunnen jaarlijks beheerskosten in rekening worden gebracht tot maximaal 2% van de waarde van de bij de polis behorende units in dat fonds." (Sectie E 2, bladzijde 10). [appellant] mocht deze bedingen bij het aangaan van de overeenkomst redelijkerwijs niet anders opvatten dan als opdracht aan ASR (dan wel de fondsbeheerder) de beheerskosten periodiek te berekenen, vast te stellen en te incasseren. Immers, de beheerskosten zijn afhankelijk van het nader in te vullen tarief ("maximaal" 1,5% dan wel 2%) en van het vermogen dat van tijd tot tijd in beheer is. Dergelijke bedingen zijn, ter voorkoming van onzekerheid of geschil over hetgeen rechtens tussen partijen geldt, geoorloofd (nieuw recht: artikel 7:900 lid 2 BW, zie bijvoorbeeld het arrest van de Hoge Raad van 29 april 2016 hiervoor; partijen hebben terecht niet betoogd dat een dergelijk beding naar het voorheen geldende recht niet geoorloofd zou zijn).

De bedingen over de beheerskosten zijn niet onduidelijk of misleidend. ASR heeft met betrekking tot deze bedingen niet onrechtmatig gehandeld. Voor [appellant] was bij het aangaan van de overeenkomst in redelijkheid duidelijk welke werkzaamheden voor hem zouden worden uitgevoerd (fondsbeheer) en welke vergoeding hij daarvoor zou moeten betalen (het door ASR of de fondsbeheerder nader vast te stellen percentage, maximaal 1,5% dan wel 2% van het beheerde vermogen). Uit de stellingen van partijen volgt dat de beheerskosten bij het aangaan van de overeenkomst niet bekend waren nu deze kosten afhankelijk zijn van het vermogen dat van tijd tot tijd in beheer is. Daarom is een beding als het onderhavige gangbaar en geschikt voor deze kosten (conclusie van dupliek, 5.6 tot en met 5.12). Niet in geschil is dat de fondsbeheerder werkzaamheden heeft verricht voor het beheer van de door [appellant] ingelegde bedragen, dat deze werkzaamheden in redelijkheid noodzakelijk waren voor dat beheer en dat [appellant] profijt heeft gehad van het beheer (in die zin dat het vermogen daadwerkelijk is belegd; koersverliezen laten dit oordeel onverlet). Zonder nadere toelichting van de zijde van [appellant] - die ontbreekt - kan niet worden aangenomen dat de in rekening gebrachte beheerskosten (maximaal 1,5% dan wel 2% van het beheerde vermogen) buiten de bandbreedte vallen van gangbare en redelijke vergoedingen voor soortgelijke werkzaamheden. Het verwijt van [appellant], dat fondsen in fondsen beleggen, waardoor hogere beheerskosten in rekening worden gebracht (dan 1,5% of 2%), is tegenover de betwisting door ASR onvoldoende toegelicht (memorie van grieven, 41; memorie van antwoord, 4.57 en verder). ASR erkent dat fondsen in fondsen beleggen, maar zij heeft gemotiveerd uitgelegd dat de totale kosten niet hoger zijn dan het overeengekomen maximum.

7.13. Het beding over de premie voor overlijdensrisico luidt als volgt: "Naast de poliskosten zijn er kosten verschuldigd voor alle uitkeringen. Deze kosten worden aan het begin van iedere maand verrekend door proportioneel royement van cumulerende units tegen biedkoers van het (de) betrokken fonds(en). Een eventueel tekort wordt verrekend door proportioneel royement van basis units van betrokken fonds(en)." "Tevens worden bij overige overlijdensuitkeringen - indien deze, verhoogd met het equivalent van de verzekerde rente(n), groter zijn dan de waarde van de bij de polis behorende units op basis van de biedkoers - over het verschil kosten in rekening gebracht volgens het tarief zoals vastgelegd in appendix 1." (AV '91 Sectie E 1 en 4, bladzijde 10). In Appendix 1 bij deze algemene voorwaarden is een tabel opgenomen waarin de "kosten per maand per f 100.000 overlijdenskapitaal" worden weergegeven, afhankelijk van leeftijd en geslacht van de verzekerde, oplopend vanaf f 8 tot f 2.330.

7.14. [appellant] mocht ook dit beding redelijkerwijs bij het aangaan van de overeenkomst niet anders opvatten dan als een opdracht aan ASR om periodiek het opgebouwde vermogen (in de fondsen) in ogenschouw te nemen (hoe meer vermogen, hoe minder dekking aanvullend vereist was) en aan de hand daarvan en van de voornoemde tabel de premie te berekenen, vast te stellen en te incasseren. Dit beding is niet onduidelijk of misleidend. ASR heeft met betrekking tot deze bedingen niet onrechtmatig gehandeld. De werkwijze van ASR bij het uitvoeren van de opdracht is in zoverre weliswaar slechts op hoofdlijnen beschreven, waarbij vragen kunnen rijzen over details, maar dit is niet ongeoorloofd. De strekking van het beding is immers dat dergelijke details aan ASR worden overgelaten. Voor [appellant] was bij het aangaan van de overeenkomst in redelijkheid duidelijk welk product hij kreeg (dekking overlijdensrisico) en welke vergoeding hij daarvoor zou moeten betalen (premie afhankelijk van het opgebouwde vermogen en Appendix 1) (memorie van antwoord, 4.82 tot en met 4.89). Uit de stellingen van partijen volgt dat de premie bij het aangaan van de overeenkomst niet bekend was nu de premie afhankelijk is van het vermogen dat van tijd tot tijd in beheer is (het kapitaal waarvoor bij overlijden dekking wordt gegeven is lager indien het beheerde vermogen hoger is). Daarom is een beding als het onderhavige gangbaar en geschikt voor deze premie (conclusie van dupliek, 5.16). De tarieven zijn gelet op de tabel in Appendix 1 steeds duidelijk geweest. [appellant] heeft niet gesteld dat ASR heeft verzuimd de grondslag van de tabel in Appendix 1 in samenhang met het opgebouwde vermogen toe te passen. [appellant] heeft niet voldoende concreet gemotiveerd dat deze premie exorbitant is en buiten de gangbare bandbreedte voor soortgelijke producten valt.

7.15. ASR heeft ook met betrekking tot de bepalingen die het door [appellant] beschreven "hefboom- en inteereffect" opleveren, naar het oordeel van het hof niet onrechtmatig gehandeld. Voor [appellant] was bij het aangaan van de overeenkomst gelet op de AV '91 voldoende duidelijk dat de waarde van de beleggingen zou kunnen dalen en dat de premie voor het overlijdensrisico in dat geval zou stijgen (inleidende dagvaarding, 74 tot en met 78; memorie van grieven, 58; memorie van antwoord, 7.3). Dit is het wezenlijke kenmerk van een gemengde beleggingsverzekering waarvoor [appellant] heeft gekozen. ASR heeft gemotiveerd aangevoerd dat het door [appellant] gewraakte "hefboom- en inteereffect" zich bij [appellant] in het geheel niet voordoet, omdat [appellant] in de eerste 5 jaar van de looptijd van het product aanzienlijke koopsommen heeft gestort, waardoor snel voldoende vermogen werd opgebouwd om de overlijdensrisicopremies tot een gering bedrag of tot nihil te reduceren (memorie van antwoord, 7.6, 7.15, 7.36 tot en met 7.39). ASR heeft ook toegelicht dat, gezien de maandelijks inleg en de maandelijks geïncasseerde kosten, bij dalende koersen meer units kunnen worden aangekocht, zodat [appellant] meer profijt heeft van het daaropvolgende herstel (conclusie van antwoord, 6.66; conclusie van repliek, 132 en verder; memorie van antwoord, 5.36 en verder). [appellant] heeft dan ook volgens ASR geen noemenswaardig nadeel van de omstandigheid dat units ook bij dalende koersen worden verkocht om de kosten te betalen. Tegenover deze gemotiveerde toelichting van ASR heeft [appellant] onvoldoende concrete feiten gesteld om aan te kunnen nemen dat bij hem sprake is (of zal zijn) van nadeel op dit terrein. Zijn opmerking dat dit effect een relevant risico is "dat voortvloeit uit de structurering van het product" (pleitnota 24 juni 2014, 19 tot en met 25) is daartoe onvoldoende.

7.16. Het beding over de poliskosten luidt als volgt: "Naast de poliskosten zijn er kosten verschuldigd voor alle dekkingen." (AV '91 Sectie E 1, bladzijde 9).

Het beding over de kosten investering koopsom (kosten koopsom, memorie van antwoord, 4.72 en 4.73) luidt als volgt: "Aan (aanvullende) koopsommen worden, na verrekening van 4% kosten, direct cumulerende units toegewezen." (AV '91 Sectie C 2, bladzijde 6).

Het beding over de aanvullende administratiekosten en over de kosten "verschil verkoop/biedkoers" luidt als volgt: "De afgiftekoers van iedere cumulerende unit zal door de maatschappij worden bepaald en zal niet groter zijn dan de maximumwaarde van het desbetreffende fonds, gedeeld door het aantal op het fonds betrekking hebbende units, vermenigvuldigd met de factor 100/95. Afronding vindt plaats naar boven tot maximaal 1%. (...) De biedkoers van iedere cumulerende unit zal door de maatschappij worden bepaald en zal niet

minder zijn dan de minimumwaarde van het desbetreffende fonds, gedeeld door het aantal op het fonds betrekking hebbende units. Afronding vindt plaats naar beneden tot maximaal 1%. (...) De afgifte- en biedkoersen van iedere basisunit zijn afgeleid van hun laatste berekende koersen, de evenredige verandering in de desbetreffende koersen van de cumulerende unit in hetzelfde fonds, alsmede aanvullende administratiekosten tegen een tarief van maximaal 4% op jaarbasis." (AV '91 Sectie C 6 a 5 en 8, bladzijde 4).

- 7.17. [appellant] mocht bij het aangaan van de overeenkomst ook deze bedingen redelijkerwijs niet anders opvatten dan als opdracht aan ASR om de hoogte van bepaalde kosten vast te stellen. Ook deze bedingen moeten dan ook worden aangemerkt als vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 7:900 lid 2 BW.

Uit de stellingen van ASR volgt dat de poliskosten, de kosten investering koopsom en de kosten "verschil verkoop/biedkoers" bij het aangaan van de overeenkomst reeds door ASR waren vastgesteld voor de looptijd van de overeenkomst als integraal onderdeel van het product (memorie van antwoord, 4.72 tot en met 4.98, 9.9). ASR heeft jaarlijks (nagenoeg) hetzelfde bedrag aan poliskosten, kosten investering koopsom en kosten "verschil verkoop/biedkoers" in rekening gebracht (zie de jaaroverzichten, producties 8 tot en met 13 bij inleidende dagvaarding, producties 9 en 10 bij conclusie van antwoord). Voor de aanvullende administratiekosten geldt, gelet op het beding over deze kosten, hetzelfde. Uit de aangereikte gegevens (productie 16, memorie van antwoord) volgt dat niet elk jaar hetzelfde vaste bedrag voor "administratiekosten" in rekening is gebracht, maar dat neemt niet weg dat de "aanvullende administratiekosten", begroot als een vast percentage van de kosten "verschil verkoop/biedkoers" (ASR heeft niet gesteld dat ooit een ander percentage is gehanteerd dan het maximale percentage van 4%), een vast en bij het aangaan van de overeenkomst bekend bedrag zijn.

ASR wist of behoorde te weten bij het aangaan van de overeenkomst, gezien de hoogte van de reeds vaststaande kosten (7.11 hiervoor), dat [appellant], indien hij op de hoogte zou zijn van de omvang van de kosten, niet bereid zou zijn daarmee in te stemmen (memorie van grieven, 67). ASR wist of behoorde te weten bij het aangaan van de overeenkomst dat [appellant] door het gebruik van deze (verhulde) bedingen in de algemene voorwaarden zou worden bewogen tot acceptatie van voor hem zeer nadelige voorwaarden (de hoge, ASR reeds bekende vaststaande kosten) terwijl hij de omvang van de kosten volgende uit die bedingen, gelet op de inhoud van de bedingen (een opdracht aan ASR om de hoogte van de kosten vast te stellen), de cumulatieve impact van de bedingen, de ingewikkelde formulering van de bedingen en de gespreide wijze waarop de bedingen in de AV '91 worden gepresenteerd, niet kon begrijpen (7.11 hiervoor). ASR heeft het product vooraf, voor het aangaan van de overeenkomst, gestructureerd, waardoor zij al bij het aangaan van de overeenkomst volledig (of nagenoeg volledig) zicht had op de gevolgen daarvan voor haar en, naar moest worden verwacht, voor [appellant] (vgl. haar pleitnota 2016, 9; memorie van antwoord, 9.9). ASR heeft per saldo, door de initieel door haar gekozen aanpak en haar bedoelingen en gedragingen met de verborgen kosten, haar fiduciaire verantwoordelijkheid als eerder genoemd beschaamd. ASR heeft dan ook met betrekking tot de bedingen waarbij de beslissing over de poliskosten, de aanvullende administratiekosten en de kosten "verschil verkoop/biedkoers" aan haar is opgedragen, door te handelen zoals zij heeft gedaan, onder de hiervoor onder 7.11 genoemde omstandigheden, in onderlinge samenhang gezien, jegens [appellant] gehandeld in strijd met de (precontractuele) goede trouw c.q. in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Aldus heeft ASR onrechtmatig jegens [appellant] gehandeld.

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

7.18. ASR voert nog tot verweer aan dat de consument, die overweegt een levensverzekering te kopen, alleen houvast heeft aan informatie over de door hem te betalen maandelijkse premie en het beoogde eindkapitaal, zoals ASR bij het aangaan van de overeenkomst heeft verstrekt, overeenkomstig het systeem van een "universal life" verzekering. Het voorbeeldrendement van 13% per jaar was volgens ASR tegen deze achtergrond voldoende duidelijk (de door [appellant] gewraakte kosten waren daarin verwerkt, met uitzondering van de kosten van beheer; conclusie van antwoord, 5.11 tot en met 5.16, 6.25 en 6.29; conclusie van dupliek, 5.20) en de overige verstrekte informatie was volgens ASR ook duidelijk en begrijpelijk. [appellant] had eventuele vragen aan zijn tussenpersoon kunnen en moeten stellen, aldus ASR (conclusie van antwoord, 6.70, 8.34). Voor zover hierover al anders zou moeten worden geoordeeld, levert de compensatieregeling volgens haar een toereikende correctie op.

Deze verweren stuiten af op het hiervoor gegeven oordeel dat ASR met betrekking tot de bedingen over de poliskosten, de kosten investering koopsom, de aanvullende administratiekosten en de kosten "verschil verkoop/biedkoers" onrechtmatig heeft gehandeld en op de daaraan ten grondslag gelegde redengeving. De perceptie aan de zijde van ASR en andere verzekeraars, in overleg met de minister en consumentenorganisaties, dat de cliënt niet meer informatie nodig had dan de door hem te betalen maandpremie en het beoogde eindkapitaal, rechtvaardigt onder de hiervoor onder 7.11 omschreven omstandigheden niet het aangaan van deze bedingen door ASR in haar concrete rechtsverhouding met [appellant]. De door ASR gestelde keuzes van de verzekeraars, de minister en de consumentenorganisaties laten de verantwoordelijkheid van ASR in haar concrete rechtsverhouding met [appellant] onverlet. Uit deze keuzes volgt niet dat het de verzekeraar vrij staat haar klanten ernstig te benadelen. Daarnaast is dit betoog van ASR gebaseerd op de Derde levensrichtlijn en de Riav 1994, die in 1991 ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst niet van toepassing waren. De onbalans als gecreëerd door de hier aan de orde zijnde bedingen wordt door de door ASR gestelde mogelijkheid van het stellen van vragen aan de tussenpersoon niet veranderd of hersteld, terwijl gesteld noch gebleken is dat de daadwerkelijke onderhandelingen over de bedingen of AV '91 mogelijk waren.

ASR heeft niet (gemotiveerd) betwist dat de tussenpersoon nagenoeg niets voor [appellant] heeft gedaan anders dan het invullen van het aanvraagformulier en dat de tussenpersoon na het aangaan van de overeenkomst een zeer hoge door ASR te betalen provisie tegemoet mocht zien. [appellant] stelt onweersproken dat de werking van de AV '91 aan hem niet is uitgelegd. Bovendien heeft ASR geen concrete feiten aangevoerd waaruit kan volgen dat [appellant] een reële gelegenheid heeft gehad om vragen te stellen aan de tussenpersoon of dat de tussenpersoon in de gegeven omstandigheden bereid was adequaat de belangen van [appellant] te behartigen (conclusie van antwoord, 4.2 en 4.3; conclusie van dupliek, 6.27; memorie van antwoord, 8.10). Uit niets blijkt dat ASR inspanningen heeft verricht om de tussenpersoon in staat te stellen naar behoren te adviseren (bijvoorbeeld trainingen en/of een informatieblad met een begrijpelijke presentatie van de hoofdlijnen en de structuur van het product; memorie van antwoord, 3.6). ASR heeft in het geheel niet uitgelegd wat zij heeft gedaan om de aard en strekking van de bedingen aan de tussenpersoon of [appellant] uit te leggen. Niet valt in te zien dat iemand anders dan ASR (die het product heeft gecreëerd) naar behoren uitleg over het product zou kunnen geven.

7.19. Het voorgaande betekent dat ASR met betrekking tot de bedingen over de poliskosten, de kosten investering koopsom, de aanvullende administratiekosten en de kosten "verschil verkoop/biedkoers" onrechtmatig heeft gehandeld en dat ASR gehouden is de schade die daardoor is geleden te vergoeden. Deze schade kan naar het oordeel van het hof worden begroot op het bedrag van de kosten en inhoudingen op de voet van deze bedingen, met dien verstande dat het gevorderde voor zover het gaat om de poliskosten niet voor toewijzing in aanmerking komt in het licht van de beslissing hiervoor over verjaring (rechtsoverweging 7.4). Hierbij neemt het hof in aanmerking dat [appellant] geen vergoeding heeft ontvangen of zal ontvangen op grond van de compensatieregeling (tussenarrest, 3.1 onder r). ASR zal dan ook worden veroordeeld deze kosten en inhoudingen bij wijze van schadevergoeding aan [appellant] terug te

geven.

Het hof neemt bij de begroting van de schade ook het volgende in aanmerking.

[appellant] heeft de beheerskosten en de premie voor overlijdensrisico moeten voldoen waardoor - anders dan ASR aanvoert - geen sprake is van een gratis product. ASR heeft niets concreets naar voren gebracht over de (extra of bijzondere) verbintenissen die zij bij het aangaan van de overeenkomst op zich heeft genomen tegenover de desbetreffende kosten (behalve enkele werkzaamheden; zie 7.11 hiervoor). De daar beschreven verbintenissen kunnen slechts een geringe vergoeding rechtvaardigen en zouden ook zeer wel geheel of in aanmerkelijke mate kunnen worden gedekt door de beheerskosten en de premies voor overlijdensrisico (ook voor het fondsbeheer en de levensverzekering is een administratie vereist en moeten overzichten of vergelijkbare stukken aan klanten worden verstrekt). Bij gebreke van een nadere toelichting - die ASR in het geheel niet heeft verschaft - is er geen ruimte voor een correctie in het voordeel van ASR, in het licht van de op haar rustende verbintenissen, de door haar verrichte werkzaamheden en het profijt van [appellant] .

7.20. [appellant] heeft terecht aanspraak gemaakt op de wettelijke rente. De vordering met betrekking tot de wettelijke rente zal dan ook worden toegewezen.

7.21. Gelet op al het voorgaande heeft [appellant] geen belang bij een nadere beoordeling van zijn vorderingen op de grondslag van dwaling (inleidende dagvaarding, 94), misleiding (inleidende dagvaarding, 94 tot en met 96; conclusie van antwoord, 4.20, 8.35 tot en met 8.38) en wanprestatie. Dit geldt ook voor zijn incidentele vordering bij memorie van grieven (gebaseerd op artikel 843a Rv).

Indien het beroep van [appellant] op dwaling, misleiding en wanprestatie zou slagen, kan gelet op al het voorgaande niet worden aangenomen dat dit zou leiden tot een andere (eind)beslissing. Het door [appellant] geleden nadeel (art. 3:53 lid 2, 6:210 lid 2, 6:230 lid 1 BW) wordt naar het oordeel van het hof op passende wijze geadresseerd in de beslissing die hierna wordt gegeven. De beslissing komt erop neer dat, naast een verklaring voor recht van dezelfde strekking, ASR de in de beslissing genoemde kosten en inhoudingen aan [appellant] teruggeeft, te vermeerderen met de wettelijke rente. [appellant] heeft niet voldoende uitgelegd dat en waarom hij door de handelwijze van ASR meer nadeel heeft geleden dan zal worden vergoed aan de hand van de teruggave van de in de beslissing genoemde kosten en inhoudingen, te vermeerderen met de wettelijke rente. De wettelijke rente biedt bovendien een gefixeerde schadevergoeding (6:119 BW), zodat er daarnaast geen plaats is voor het gevorderde misgelopen rendement over de inleg. Het primair gevorderde onder II, dat strekt tot vergoeding van gederfd rendement van 5% voor de koopsomstortingen en 3,5% voor de maandbetalingen, zal worden afgewezen.

7.22. Uit al het voorgaande volgt dat [appellant] de gelegenheid moet hebben desgewenst de polis kosteloos te beëindigen en de in de polis opgebouwde waarde onverwijld te ontvangen. Een andere handelwijze van ASR zou - gelet op al het voorgaande en de buitengewoon lange looptijd van 72 jaar - naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. ASR heeft, naar het hof begrijpt, bovendien aangeboden de polis kosteloos te beëindigen en de opgebouwde waarde onverwijld uit te keren, zoals [appellant] verlangt (conclusie van antwoord, 3.14, 8.39; conclusie van repliek, 15; conclusie van dupliek, 5.58). Het primair gevorderde onder III (tussenarrest bladzijde 8) zal dan ook worden toegewezen, met dien verstande dat de kosten die op grond van al het voorgaande tot de datum van beëindiging verschuldigd zijn (zoals beheerskosten en overlijdensrisicopremie) mogen worden verrekend. Voor zover [appellant] vordert dat dergelijke kosten niet mogen worden verrekend, zal de vordering worden afgewezen.

7.23. De grieven slagen. Een nadere beoordeling daarvan is naast hetgeen reeds is overwogen, niet nodig. Het bestreden vonnis moet worden vernietigd en het door [appellant] gevorderde (tussenarrest, bladzijde 8) moet worden toegewezen als volgt:

- het hof verklaart voor recht dat ASR met betrekking tot de bedingen over de kosten investering

koopsom, de aanvullende administratiekosten en de kosten "verschil verkoop/biedkoers" onrechtmatig jegens [appellant] heeft gehandeld;

- het hof veroordeelt ASR de kosten en inhoudingen op de grondslag van deze bedingen aan [appellant] terug te geven, te vermeerderen met rente steeds vanaf de datum der respectieve inhouding;

- het hof veroordeelt ASR om mee te werken aan beëindiging van de polis binnen 2 weken na de datum van dit arrest, zonder dat aan [appellant] kosten voor de beëindiging in rekening worden gebracht.

Het meer of anders gevorderde zal worden afgewezen.

7.24. ASR zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten in beide instanties worden veroordeeld, tot op heden aan de zijde van [appellant] begroot – uitgaande van het naar schatting betrokken bedrag aan hoofdsom - op € 161,81 voor verschotten (€ 90,81 exploit dagvaarding, € 71,- griffierecht) en € 768,- voor salaris advocaat (2 punten, tarief I € 384,-) in eerste aanleg en op € 389,64 voor verschotten (€ 90,64 exploit dagvaarding, € 299,- griffierecht) en € 1.896,- voor salaris advocaat (6 punten: memorie van grieven 1, pleidooi 2, memorie na tussenarrest 1/2, pleidooi 2; tarief I € 632,- maximaal 3 punten) in hoger beroep. De gevorderde wettelijke rente over de proceskosten zal worden toegewezen met inachtneming van het volgende. Met het oog op de redelijke termijn voor nakoming als bedoeld in artikel 6:82 lid 1 BW, zal het hof de gevorderde wettelijke rente over de proceskosten eerst vanaf veertien dagen na de dag van deze uitspraak toewijzen.

7.25. De veroordelingen zullen tenslotte - zoals door [appellant] verzocht - uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

8 De uitspraak

Het hof:

8.1. vernietigt het vonnis waarvan beroep;

en opnieuw rechtdoende:

8.2. verklaart voor recht dat ASR met betrekking tot de bedingen over de kosten investering koopsom, de aanvullende administratiekosten en de kosten "verschil verkoop/biedkoers" onrechtmatig jegens [appellant] heeft gehandeld;

8.3. veroordeelt ASR de kosten en inhoudingen op de grondslag van deze bedingen aan [appellant] terug te geven, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van de inhouding tot de dag der voldoening;

8.4. veroordeelt ASR om mee te werken aan beëindiging van de polis binnen 2 weken na de datum van dit arrest, zonder dat aan [appellant] kosten voor de beëindiging in rekening worden gebracht;

8.5. veroordeelt ASR in de proceskosten in beide instanties, tot op heden aan de zijde van [appellant] begroot op € 161,81 voor verschotten en € 768,- voor salaris advocaat in eerste aanleg en op € 389,64 voor verschotten en € 1.896,- voor salaris advocaat in hoger beroep, inclusief de nakosten van € 131,- indien dit arrest niet wordt betekend dan wel € 199,- indien dit arrest wordt betekend, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf twee weken na de datum van dit arrest tot de dag

der voldoening;

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

8.7. wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. R.R.M. de Moor, D.A.E.M. Hulskes en L.S. Frakes en in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 31 oktober 2017.

griffier rolraadsheer