

De bijzondere zorgplicht van verzekeraars

Waren verzekeraars vanuit de bijzondere zorgplicht verplicht om te waarschuwen voor het hefboom-en inteereffect bij het aanbieden van Universal Life beleggingsverzekeringen

Inleiding civielrechtelijke zorgplicht

- De kern van het huidige contractenrecht: *‘de gehoudenheid rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij’* (algemene zorgplicht, waarvan de omvang niet in het algemeen of op voorhand te bepalen is)
- Voor bepaalde groepen dienstverleners gelden *‘zwaardere zorgplichten.’* (bijvoorbeeld: banken, artsen, advocaten, notarissen)
Waarom?
 - Bijzondere vertrouwenspositie verbonden met professionele deskundigheid die bij het publiek doorgaans ontbreekt -> Zwaardere zorgplicht voorziet het recht in een ongelijkheidscompensatie.

Bijzondere zorgplicht banken

- De bijzondere zorgplicht is door de Hoge Raad in eerste instantie tot ontwikkeling gebracht in relatie tot banken.
- Ratio:
 - *compensatie voor ongelijkheid in kennis en kunde;*
 - *maatschappelijke functie van banken en de rol van banken als bij uitstek professioneel en deskundig op het terrein van financiële diensten;*
 - *De zorgplicht strekt ertoe consumenten te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht, informatiescheefheid en het nemen van grote en onverantwoorde financiële risico's.*

Bijzondere zorgplicht

- De bijzondere zorgplicht is steeds ‘algemeen van aard’ en kan in concrete gevallen leiden tot: *informatieplichten, onderzoekplichten, waarschuwingsplichten en soms ook weigerplichten.*
- Dergelijke concrete verplichtingen zijn niet terug te vinden in het Burgerlijk Wetboek, maar vloeien voort uit de normen van het ongeschreven privaatrecht. ((aanvullende werking van de)), redelijkheid en billijkheid)
- De bijzondere zorgplicht geldt zowel in de precontractuele fase als gedurende de looptijd van het contract tussen de klant en de bank.

Waarschuwings- en vergewisplicht

- Uit de bijzondere zorgplicht vloeit veelal de verplichting voort de klant in uitdrukkelijke en in niet voor misverstand vatbare bewoordingen te waarschuwen voor de bijzondere risico's die aan een financieel product of financiële dienst zijn verbonden. (HR 24 dec 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799)
- Onder omstandigheden heeft de bank de plicht om te verifiëren of de klant het echt heeft begrepen. (Vergewisplicht) (beleggingsadvies) (HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914)

Omstandigheden van het geval

Of in een concreet geval sprake is van een zorgplichtschending hangt af van de omstandigheden van het geval. Enkele omstandigheden die daarbij een rol spelen zijn:

- A) De aard van de dienstverlening;
- B) Het kennisniveau en de ervaring van de klant;
- C) Diens inkomens- en vermogenspositie;
- D) De ingewikkeldheid van de rechten en verplichtingen die een bepaalde overeenkomst voor de klant meebrengt;
- E) De risico's en de gevolgen daarvan waaraan de klant blootstaat of bloot komt te staan;
- F) De doelstellingen van de klant en diens risicobereidheid;
- G) het toepasselijk financieel toezichtrecht;

Geldt de bijzondere zorgplicht van banken ook voor verzekeraars?

- Busch: *Ofschoon de Hoge Raad zich hierover nog niet heeft kunnen uitlaten, lijkt het niet uitgesloten dat verzekeraars bij de aanbidding van beleggingsverzekeringen (in de volksmond ook wel ‘woekerpolissen’ genoemd) onderworpen zijn aan informatie- en/of waarschuwingplichten die verder reiken dan de destijds geldende toezichtrechtelijke gedragsregels.* (NJB 2020/424, de toekomst van de bijzondere zorgplicht in de financiële sector)
- Tjong Tjin Tai & M.F.M. van den Berg: *Bij ‘klassieke’ verzekeringen gaat het om een vaste, toegezegde uitkering, waarmee zekerheid wordt geboden in geval van een schadeval. Het risico ligt in die gevallen bij de verzekeraar. Wat dat betreft zou dus kunnen worden gezegd dat de rol van verzekeraars bij het aanbieden van beleggingsverzekeringen is opgeschoven van zuivere verzekeraar naar een verzekeraar die ook beleggingsdiensten verleent.* (Financiële zorgplichten van de verzekeraar bij het aanbieden van beleggingsproducten, AV&S 2009/23.)
- Ribbers, Van Strien & Jitan: *Op de verzekeraar als financiële dienstverlener rusten zorgplichten. Deze vloeien bijvoorbeeld voort uit de redelijkheid en billijkheid die de verhouding tussen contractspartijen beheerst en uit de maatschappelijke positie van de verzekeraar. Uit deze zorgplicht kunnen onderzoekverplichtingen, verplichtingen tot informatieverstrekking en waarschuwingsverplichtingen voortvloeien. Vraag is tot hoever deze zorgplichten strekken bij het aanbieden van beleggingsverzekeringen.* (De beleggingsverzekering, in Verzekeringsrecht Recht & Praktijk 2023).
- Hartlief: *Of de bijzondere zorgplicht, zoals uw Raad die voor banken heeft ontwikkeld en die ook op andere professionele kredietverstrekkers van toepassing is, nu wel of niet ook voor verzekeraars geldt, aangenomen mag worden dat verzekeraars zorg moeten dragen voor een dusdanige informatieverstrekking ten behoeve van (potentiële) verzekeringnemers dat zij over voldoende kennis en inzicht beschikken om zelfstandig een verantwoorde keuze te maken bij de aanschaf van een verzekeringsproduct. Doen levensverzekeraars dit niet, dan bestaat het risico dat zij jegens de verzekeringnemer tekortschieten in hun zorgplicht en schadeplichtig zijn.* (14 oktober 2021, ECLI:NL:PHR:2021:973)

De Universal life beleggingsverzekering (UVL)



De hoogte van de overlijdensrisicopremie bij UVL beleggingsverzekeringen

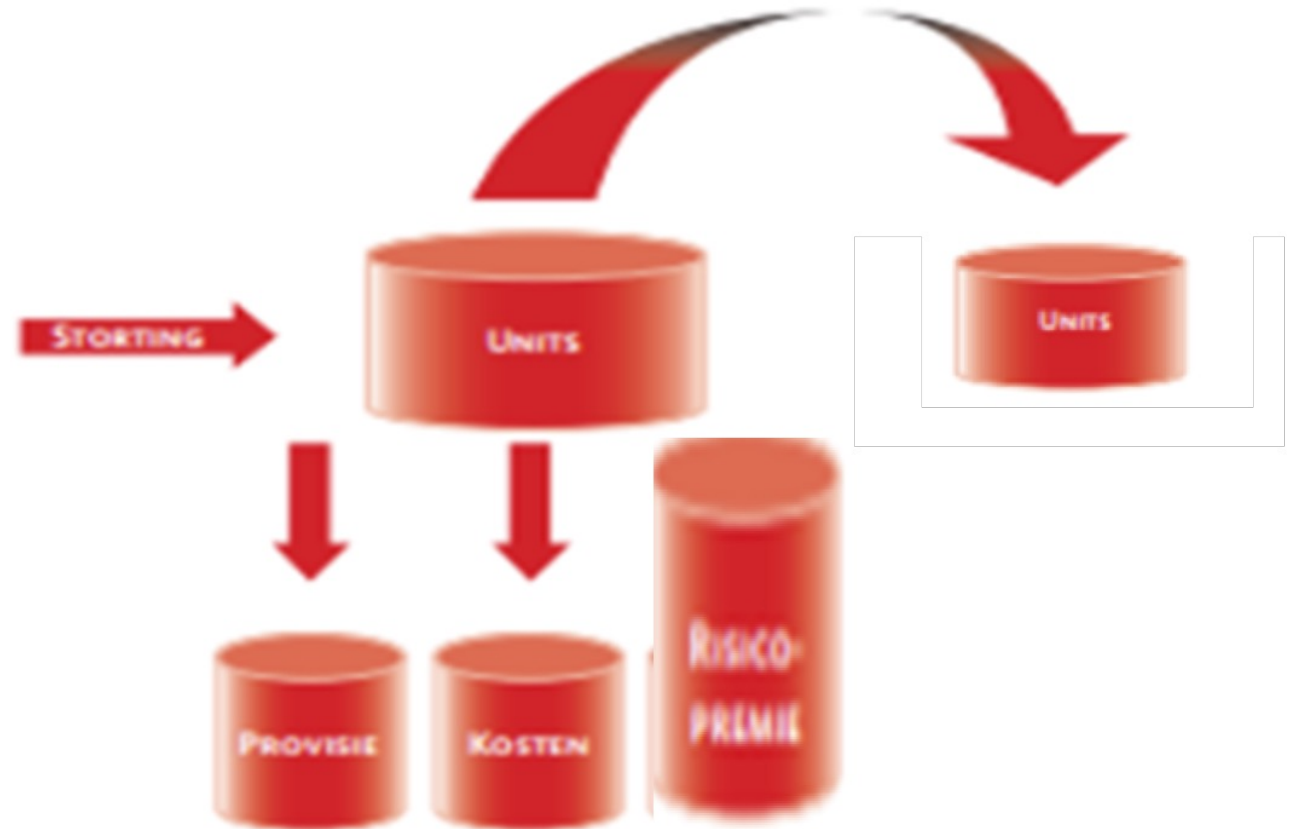
- Dekking = vast bedrag bij voortijdig overlijden
- Hoogte overlijdensrisicopremie=

Het verschil tussen (a) de verzekerde uitkering bij voortijdig overlijden en (b) de waarde die de uitstaande beleggingen op dat moment hebben

- Het verschil tussen (a) en (b) = het risicokapitaal
- Communicerende vaten= lager de waarde van de beleggingen, hoe hoger het risicokapitaal en vice versa

Bijzondere risico: Negatieve hefboom- en inteereffect

- Door tegenvallende rendementen is het risicokapitaal hoger dan was verwacht, daardoor moet meer OVR-premie worden betaald. Daarmee wordt ingeteerd op de opgebouwde waarde, waardoor de waarde van de beleggingsverzekering harder zakt.
- De kans op een negatieve hefboom-en inteereffect wordt vergroot indien ook andere factoren, naast tegenvallende beleggingsresultaten, tot verhoging van de overlijdensrisicopremie leiden. Dit is bijv. het geval indien de verzekerde ouder wordt. Hoe hoger de leeftijd, des te groter de kans op overlijden en dus des te hoger de ovr-premie.



Rust op de verzekeraar die beleggingsverzekeringen (UVL) aanbiedt de bijzondere zorgplicht om te waarschuwen voor het hefboom- en inteereffect?

- Concreet gaat het om de vraag of hier sprake is van een algemeen beleggingsrisico waarvoor de verzekeraar niet hoeft te waarschuwen of dat sprake is van een bijzondere risico waar de verzekeraar uit hoofde van de bijzondere zorgplicht over moet waarschuwen.
- Verzekeraars stellen zich kort samengevat meestal op het standpunt dat A) zij uit hoofde van destijds geldende sectorspecifieke regelgeving niet behoefde te waarschuwen voor het risico van het hefboom- en inteereffect en B) dat indien zij hadden voldaan aan de sectorspecifieke regelgeving, zij daarmee ook hadden voldaan aan de privaatrechtelijke verplichtingen.

Relevante wet- en regelgeving

- De publiekrechtelijke sectorspecifieke informatieplichten voor levensverzekeraars vindt zijn oorsprong in Europese regelgeving (Derde Levensrichtlijn, 21 november 1992)
- Het betreft hier minimumnormen (informatieplichten)
- De consument moet kunnen beschikken over duidelijke en nauwkeurige informatie over de wezenlijke kenmerken van de verzekering.
- De richtlijn is in Nederland geïmplementeerd via artikel 51 van de Wet toezicht verzekeringsondernemingen 1993 (Wtv) en via de Wtv zijn de informatieplichten uit de Derde Levensrichtlijn terechtgekomen in de Regeling Informatieverstrekking verzekeringnemers (Riav 1994/ later Riav 1998)

De rechtbank Rotterdam stelt in 2012 prejudiciële vragen aan het Europees Hof van Justitie

Prejudiciële vragen NN/ van Leeuwen HvJ EU:

1. Verzet het recht van de Europese Unie en in het bijzonder art. 31 lid 3 van de Derde Levensrichtlijn zich ertegen dat levensverzekeraars op grond van open en/of ongeschreven regels van Nederlands recht, zoals de redelijkheid en billijkheid die de (pre)contractuele verhouding tussen een levensverzekeraar en een aspirant-verzekeringnemer beheersen en/of een algemene en/of een bijzondere zorgplicht, verplicht zijn om verzekeringnemers meer gegevens te verstrekken omtrent kosten en risicopremies van de verzekering dan in 1999 werd voorgeschreven door de Nederlandse bepalingen waarmee de Derde Levensrichtlijn (in het bijzonder art. 2 lid 2 onder q en r van de RIAV 1998) werd geïmplementeerd?
2. Doet bij de beantwoording van vraag 1 ter zake wat, naar Nederlands recht, het gevolg is c.q. kan zijn van het niet verstrekken van die gegevens?

Antwoorden HvJ NN/ van Leeuwen

- 1. Op de eerste vraag moet bijgevolg worden geantwoord dat art. 31 lid 3 Derde Levensrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het niet eraan in de weg staat dat een verzekeraar op grond van algemene beginselen van intern recht, zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde ‘open en/of ongeschreven regels’, gehouden is de verzekeringnemer bepaalde informatie te verstrekken in aanvulling op die vermeld in bijlage II bij die richtlijn, mits – het is aan de verwijzende rechterlijke instantie om dit te verifiëren – de verlangde informatie duidelijk en nauwkeurig is en noodzakelijk voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de wezenlijke bestanddelen van de verbintenis en zij voldoende rechtszekerheid waarborgt.
- 2. Uit het antwoord op de eerste vraag volgt dat hetgeen naar nationaal recht het gevolg is van het niet verstrekken van die informatie in beginsel irrelevant is voor de vraag of de informatieplicht in overeenstemming is met art. 31 lid 3 van de richtlijn.

29 april 2015, ECLI:EU:C:2015:286, r.o. 34 en 36.

Rechtszekerheid

- Aan de voorwaarde 'rechtszekerheid' is voldaan indien de levensverzekeraar met een voldoende mate van voorspelbaarheid kan vaststellen welke aanvullende informatie hij dient te verstrekken en de verzekeringnemer kan verwachten

Tussenconclusie

- Het Europees recht in het bijzonder artikel 31 lid 3 van de Derde Levensrichtlijn, verzet zich er niet tegen dat een verzekeraar uit hoofde van open/en of ongeschreven regels gehouden is om bepaalde informatie te verstrekken in aanvulling op hetgeen is vermeld in bijlage II bij de richtlijn mits:
- De verlangde informatie duidelijk en nauwkeurig is + noodzakelijk is voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de wezenlijke bestanddelen van de verbintenis en voldoende rechtszekerheid waarborgt.

Rechters zitten niet op een lijn: Hefboom- en inteereffect algemeen beleggingsrisico of een bijzonder risico?

- Rechtbank Rotterdam heeft meerdere malen geoordeeld dat het hefboom- en inteereffect is aan te merken als een (gewoon) beleggingsrisico. Volgens de rechtbank moest het voldoende duidelijk zijn geweest dat de waarde van de beleggingen zou kunnen dalen. Een logisch gevolg daarvan is dat de OVR-premie dan zou stijgen.
- Volgens de rechtbank Rotterdam is het hefboom- en inteereffect aldus geen bijzonder risico waar de verzekeraar haar (aspirant-)verzekeringnemers specifiek voor had moeten waarschuwen.
- (ECLI:NL:ROT:2017:5654, ECLI:NL:ROT:2017:5687)

Wel een bijzonder risico

- Rechtbank Gelderland oordeelt dat op de verzekeraar een bijzondere zorgplicht rust, die vergelijkbaar is met de bancaire zorgplicht.
- Complexe financiële producten, die verzekeraar als professionele en bij uitstek deskundige verzekeraar aanbood aan consumenten.
- Het beleggingselement is een belangrijk onderdeel van de producten.
- De gemiddelde consument, dus gemiddeld geïnformeerd, omzichtig en oplettend, kan in beginsel als niet deskundig op het terrein van beleggingen worden aangemerkt.
- In zijn algemeenheid en gezien met de kennis en inzichten van nu, rust om die reden op de verzekeraar, als professionele en bij uitstek deskundige aanbieder op het terrein van beleggingsverzekeringen, heden ten dage een *bijzondere zorgplicht* die ertoe strekt de gemiddelde consument te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Het gegeven dat de producten ook een verzekeringselement hebben doet niet af aan deze conclusie. (juist de combinatie van elementen draagt bij aan de complexiteit van het product)
- Kort samengevat: Als bijzonder deskundig te achten aanbieder van beleggingsverzekeringen rust op de verzekeraar de verplichting om ten aanzien van de complexe producten die aan een breed publiek zijn aangeboden, zich adequaat de belangen van de verzekeringnemers aan te trekken door – indien aan de orde – voldoende duidelijk te waarschuwen over de aan de producten verbonden specifieke risico's. Daarbij is tevens van belang de maatschappelijke functie die de verzekeraar heeft.
- Deze waarschuwingsplicht dient ertoe de verzekeringnemer onmiskenbaar duidelijk te maken dat de betreffende overeenkomst tot gevolg kan hebben dat dat specifieke risico zich openbaart.
- De rechtbank beoordeelt of ten aanzien van de specifieke risico's een aanvullende waarschuwingsplicht bestaat, met inachtneming van de vereisten van het Van Leeuwen Arrest.

Vervolg rechtbank Gelderland

- Was de verzekeraar gehouden bij de aanbieder van de beleggingsverzekering te waarschuwen voor het hefboom- en inteereffect op grond van de op haar rustende bijzondere zorgplicht?
- De rechtbank is van oordeel dat het hefboom- en inteereffect niet kan worden gekwalificeerd als een algemeen (bekend) beleggingsrisico, maar dat het een verborgen, aan de kenmerken van de producten inherent bijzonder risico is.
- Bij tegenvallende rendementen wordt er door middel van het hefboom- en inteereffect een versterkte negatieve werking op de vermogensopbouw uitgeoefend. Als dit effect kan aanzienlijk zijn, er kan zelfs op de hele waarde worden ingeteerd, waardoor de verzekering vervalt.
- De rechtbank toetst aan de Van Leeuwen vereisten en oordeelt dat aan die voorwaarden wordt voldaan. Volgens de rechtbank had de verzekeraar de volgende informatieve tekst kunnen verstrekken:

Omdat de premie voor de overlijdensrisicoverzekering hoger wordt door een negatieve ontwikkeling van de beleggingen en zo leidt tot meer onttrekkingen en minder vermogensgroei, versterken deze effecten elkaar. Tegenvallende rendementen werken zo versterkt door op de prestatie van de beleggingsverzekering, waarbij er geen uitkering kan plaatsvinden als de waarde tussentijds nihil zou worden.

- De verlangde informatie is duidelijk en nauwkeurig te bepalen en voldoende voorspelbaar, omdat de verzekeraar zelf de aard en de kenmerkende eigenschappen van de door haar aangeboden producten heeft bepaald. Het hefboom-en inteereffect moet gelden als een aan de verzekeraar bekend kenmerk van de producten.

(Rechtbank Gelderland 24 juni 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3039) Aldus ook (Rechtbank Noord-Holland 20 december 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:10528)

Commissie van Beroep Kifid

- De commissie van Beroep Kifid oordeelt in de richtinggevende uitspraken beleggingsverzekeringen dat voor verzekeraars géén verplichting bestaat om (aspirant-)verzekeringnemers (nadere) informatie te verschaffen over het hefboom- en inteereffect;
- Wel dient de verzekeraar te wijzen op het bijzondere risico, indien dit bijzondere risico in een concreet geval aanwezig is, dat bij tegenvallende waardeontwikkeling, niet alleen de uitkering bij leven tegenvalt of zelfs nihil is, maar ook dat de verzekering voor de einddatum vervalt, waardoor bij vroegtijdig overlijden (vrijwel) geen uitkering wordt gedaan.
- CvB 2017-023A, 2017-035, 2017-037 en CvB 2018-019

Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad

- Het Gerechtshof Den Haag heeft bij arrest van 23 februari 2021 de volgende prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad:
 1. Brengt naleving door een verzekeraar van de in de Derde Levensrichtlijn en in de nationale uitwerkingen daarvan in RIAV 1994 en RIAV 1998 neergelegde (toezichtrechtelijke) informatieplichten mee dat deze verzekeraar in het algemeen (specifieke op een bepaald persoon betrekking hebbende bijzonderheden daargelaten die er in deze 3:305a BW-procedure niet toe doen) daarmee (ook) aan zijn (privaatrechtelijke) verplichtingen heeft voldaan die onder meer voortvloeien uit Europese privaatrechtelijke (open) normen zoals met name de Richtlijn oneerlijke bedingen 93/13 en de daarin neergelegde transparantie-eis en aan nationale privaatrechtelijke (open) normen, zoals wilsovereenstemming, onredelijk bezwarende bedingen in de zin van artikel 6:233 e.v. BW, de geïmplementeerde transparantie-eis in artikel 6:238 lid 1 BW, de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 BW) en de (contractuele of buitencontractuele) zorgplicht van de verzekeraar jegens de verzekeringnemer?
- Kort samengevat: Als de verzekeraar heeft voldaan aan de toezichtrechtelijke informatieplichten, heeft de verzekeraar dan ook voldaan aan de privaatrechtelijke verplichtingen, waaronder de civiel rechtelijke zorgplicht.
- Als het antwoord op deze vraag ontkennend luidt, moeten de aanvullende informatieverplichtingen dan voldoen aan de criteria uit het Van Leeuwen Arrest.

De Hoge Raad beantwoordt de vragen

- De Hoge Raad heeft op 11 februari 2022 zijn prejudiciële beslissing gegeven. Het antwoord op de eerste prejudiciële vraag luidt ontkennend en het antwoord op de tweede prejudiciële vraag bevestigend. Dat betekent dat naar maatstaven van burgerlijk recht aanvullende informatieverplichtingen kunnen rusten op de verzekeraar, als is voldaan aan de eisen uit het arrest NN-Van Leeuwen
- Hoge Raad 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:166, r.o. 3.8.

Gerechtshof Den Haag na prejudiciële beslissing van de Hoge Raad

- Nadat de Hoge Raad de prejudiciële vragen heeft beantwoord heeft het hof Den Haag arrest gewezen. Daaruit blijkt –kort samengevat–

Op de verzekeraar rustte op grond van (de aanvullende werking van) de redelijkheid en billijkheid de verplichting om de consument over het hefboom- en inteereffect te informeren en hem daarvoor te waarschuwen. Deze verplichting doet aan de vereisten van artikel 31 lid 3 (DLR)

1)zij heeft betrekking op gegevens die duidelijk en nauwkeurig zijn, namelijk het aangeven van het risico op een hefboom- en inteereffect;

2)zij is noodzakelijk voor een goed begrip van de wezenlijke bestanddelen van de beleggingsverzekering;

3) de rechtszekerheid is gewaarborgd omdat de verzekeraar met voldoende mate van zekerheid kon voorspellen welke aanvullende informatie zij diende te verstrekken, omdat de verzekeraar de aard en de kenmerkende eigenschappen van haar product kende en dus wist dat een specifieke eigenschap van de Universal life verzekering was dat een hefboom- en inteereffect kon optreden.

Gerechtshof Den Haag 26 september 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:1854.

CvB Kifid 2024-0029

- CvB handhaaft beoordelingskader t.a.v hefboom- en inteereffect
- Overweging 5.18: *Wanneer bij aanvang van de verzekering het niet denkbeeldige risico voordoet dat de verzekeraar bij overlijden van de verzekerde tijdens de looptijd van de verzekering geen uitkering hoeft te doen, omdat de verzekering op dat moment al is geëindigd wegens onvoldoende waarde om het bedrag aan overlijdensrisicopremie en kosten aan het beleggingsdepot te kunnen onttrekken, is de verzekeraar verplicht de verzekeringnemer vóór of bij het sluiten van een beleggingsverzekering te wijzen op dit bijzondere risico (CvB 2017-023a)*
- Overweging 5.20: *Gelet op deze door de verzekeraar verstrekte cijfers is het aannemelijk dat bij aanvang van de verzekering voorzienbaar was dat bij een lager fondsrendement, er een aanzienlijk risico bestond dat de verzekering als gevolg van het hefboom- en inteereffect van het Universal-Leven product, voortijdig op nihil zou eindigen. Naar het oordeel van de Commissie van Beroep had het op de weg van de verzekeraar gelegen om de consument hierop voorafgaand aan het sluiten van de verzekering (expliciet) te wijzen.*
- Overweging 5.22: *Het gegeven dat de verzekeraar over het bijzondere risico onvoldoende informatie heeft verstrekt, leidt tot het oordeel dat de verzekeraar zijn zorgplicht heeft geschonden. Op grond daarvan is de verzekeraar schadeplichtig jegens de consument.*

Bijzondere of algemene zorgplicht?

- Rust er op verzekeraars nu wel of niet de bijzondere zorgplicht, vergelijkbaar met de bijzondere bancaire zorgplicht, waardoor verzekeraars verplicht zijn te waarschuwen voor het hefboom- en inteereffect?
- Rb Gelderland en Noord Holland: Ja.
- Gerechtshof Den Haag: Uit het arrest na de prejudiciële beslissing, maak ik op dat het hof Den Haag de waarschuwingsplicht baseert op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Het hof heeft het echter niet concreet over de bijzondere zorgplicht.
- De CvB Kifid neemt geen waarschuwingsplicht aan voor het hefboom- en inteereffect, tenzij het bijzondere risico bestaat. Dan is de verzekeraar verplicht over het bijzondere risico te informeren, op grond van de zorgplicht. (De CvB heeft het ook niet concreet over de bijzondere zorgplicht)
- Een vraag met een vraag beantwoorden: Wat maakt het eigenlijk uit of het een bijzondere dan wel algemene zorgplicht wordt genoemd? Gaat het niet telkens om de concrete invulling van de zorgplicht en de concrete verplichtingen die voortvloeien uit die zorgplicht? Ik ben van mening dat de uitspraken van de rechtbank Gelderland/Noord-Holland en het arrest van het Hof Den Haag praktisch gezien hetzelfde gevolg heeft t.a.v. waarschuwingsplicht voor het hefboom- en inteereffect.

Overige bronnen:

- *Tjong Tjin Tai, Zorgplichten van de verzekeraar bij beleggingsverzekeringen, preadvies voor Vereniging voor Verzekeringwetenschap 17 april 2009*
- *Nelemans & Hendrikse, De toepasselijkheid van buitencontractuele zorgvuldigheidsnormen in het financieel contractenrecht, Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht 2020-4*
- *Van de Meerakker, Financieel consumentenrecht: de casuïstische zorgplicht van de hypotheekadviseur in Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken 2021-2*
- *Bush, De complexe verhouding tussen publiek- en privaatrecht in de financiële sector – doorwerking in drievoud, NTBR 2023/23*