

Van woekerpolissen, rechtszekerheid en privaatrechtelijke gevolgen door een Luxemburgse bril

Prof.mr. D. Busch & mr.dr.s. T.M.C. Arons*

HvJ EU 29 april 2015, zaak C-51/13, ECLI:EU:C:2015:286 (*Nationale-Nederlanden Levensverzekering Mij NV/Hubertus Wilhelmus van Leeuwen*)

Inleiding

Met dit arrest, naar aanleiding van een prejudiciële vraag van de Rechtbank Rotterdam, mengt het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof) zich in de juridische afwikkeling van de beleggingsverzekeringen die in de tweede helft van de jaren negentig massaal zijn verkocht. Mede door het barsten van de dotcom-bubbel vanaf de aanvang van het nieuwe millennium bleken de relatieve kosten van dit product hoog te zijn. In de praktijk worden deze producten dan ook woekerpolissen genoemd.

Het gaat om levensverzekeringen waarbij de waardeopbouw op de einddatum van de verzekering niet gewaarborgd is, maar afhangt van de ontwikkeling van de beleggingen. Voorts wordt gedurende de looptijd van de verzekeringsovereenkomst een vast gegarandeerd kapitaal verzekerd dat wordt uitgekeerd indien de verzekeringnemer vóór de einddatum van de overeenkomst komt te overlijden.

Niet vaak haalt een te verwachten arrest uit Luxemburg het tv-programma *Nieuwsuur*.¹ Zelfs het politieke en economisch voor de Eurozone belangrijke arrest dat Draghi zijn belofte 'We will do whatever it takes to preserve the Euro' mag nakomen, heeft niet zo in de belangstelling gestaan.²

Ook de schadeclaimclubs hebben uitgekeken naar deze uitspraak. Stichting Woekerpolisproces kondigde aan klaar te staan om een collectieve claim de deur uit te

sturen. Ook Woekerpolis.nl wachtte de uitspraak van het Hof af, voor het verder gaat met een massaclaime namens enkele tienduizenden woekerpolishouders.

In deze prejudiciële procedure draaide het in essentie om de vraag of het Europees recht zich verzet tegen de door Nederlandse rechters gehanteerde constructie van een bijzondere zorgplicht die is gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid. Deze zorgplicht bestaat dan meestal uit informatie-, waarschuwings- en vergewisplichten van banken, verzekeraars en andere financiële instellingen die zijn gebaseerd op het ongeschreven recht.³ De rechter construeert dan in het concrete geschil dat voor hem ligt een (ongeschreven) norm waaraan de financiële instelling zich in het verleden had behoren te houden.

Feiten

Van Leeuwen heeft in 1999 bij Nationale-Nederlanden een verzekeringsovereenkomst met een beleggingsonderdeel gesloten ('flexibel verzekerd beleggen'). Uit de polis van 29 februari 2000 blijkt dat Nationale-Nederlanden een uitkering van NLG 255.000,- dan wel de waarde, vermeerderd met 10% daarvan, van ten behoeve van Van Leeuwen uitstaande participaties in bepaalde fondsen, verzekert. Van Leeuwen is hierbij zowel de verzekeringnemer als de verzekerde.

* Prof.mr. D. Busch en mr.dr.s. T.M.C. Arons zijn respectievelijk als hoogleraar en universitair docent verbonden aan het Instituut voor Financieel Recht (IFR) van de Radboud Universiteit Nijmegen.

¹ *Nieuwsuur*, 23 april 2015.

² HvJ EU 16 juni 2015, zaak C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400 (*Gauweiler/Deutscher Bundestag*).

³ Zie bijv. HR 3 februari 2012, *NJ* 2012/95; *AA* 2012, p. 752, m.nt. Busch (AA20120752); *JOR* 2012/116, m.nt. Van Baalen (*Coöperatieve Rabobank Vaart en Vecht UA/X*) (zorgplicht bij be-

leggingsadvies), r.o. 3.6.2. Zie voor een completer overzicht van rechtspraak D. Busch, *Vermogensbeheer* (Mon. BW nr. B8), Deventer: Kluwer 2014, nr. 15.1.

Voor het geval Van Leeuwen vóór 1 december 2033 mocht komen te overlijden, voorziet de overeenkomst in twee uitkeringsopties. Uitkering A bestaat uit een gegarandeerd vast bedrag van NLG 255.000,-. Uitkering B bestaat uit de (variabele) totale waarde van zijn participaties in beleggingsfondsen (gebaseerd op de waarde van die participaties) op de datum van overlijden, vermeerderd met 10 % van dat bedrag. Indien uitkering B bij overlijden hoger is dan uitkering A, wordt het hogere bedrag aan de begunstigden van de levensverzekering van Van Leeuwen uitgekeerd. Uitkering A vormt dus een minimumbedrag dat wordt uitgekeerd in geval van overlijden vóór 1 december 2033.⁴

De 'bruto premie' bestond uit een eenmalige betaling van NLG 8.800,- en vanaf de ingangsdatum, 1 mei 1999, een maandelijks periodiek van NLG 200,-. Deze bruto premie wordt belegd in door de verzekeringnemer gekozen beleggingsfondsen. Op de aldus bepaalde waarde worden periodiek kosten in mindering gebracht, evenals risicopremies voor de ingebouwde overlijdensrisicodekking. Deze laatste premies zijn dus geen apart in rekening gebrachte premies, maar maken, evenals genoemde kosten, integraal onderdeel uit van de bruto premie.

Voordat Van Leeuwen deze verzekeringsovereenkomst met Nationale-Nederlanden sloot is hem een 'voorstel voor flexibel verzekerd beleggen' verstrekt. Dit voorstel bevatte een drietal scenario's op basis van verschillende rendementen en beheerskosten van 0,3 %. Onder het kopje 'productrendement' stond het volgende: '[h]et verschil tussen het fondsrendement en het productrendement is afhankelijk van de verzekerde risico's, de verschuldigde kosten alsmede van eventueel aanvullende dekkingen'.

Juridisch kader

Artikel 31 van de Derde Levensrichtlijn⁵ (inmiddels ingetrokken en vervangen door recentere versies⁶) speelt in dit geschil een cruciale rol en luidt als volgt:

¹ Vóór de sluiting van de verzekeringsovereenkomst dienen aan de verzekeringnemer ten minste de in bijlage II, onder A, vermelde gegevens te worden medegedeeld.

² De verzekeringnemer dient gedurende de gehele looptijd van de overeenkomst te worden ingelicht over elke wijziging van de in bijlage II, onder B, vermelde gegevens.

³ De Lid-Staat van de verbintenis mag van de verzekeringsondernemingen niet verlangen dat zij aanvullende gegevens naast de in bijlage II vermelde gegevens verstrekken, tenzij deze nodig zijn voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de wezenlijke bestanddelen van de verbintenis.

⁴ De toepassingsvoorschriften betreffende dit artikel en bijlage II worden door de Lid-Staat van de verbintenis vastgesteld.⁷

De verplichting om de informatie zoals opgenomen in bijlage II van de Derde Levensrichtlijn aan de verzekeringnemer te verstrekken, is in Nederland destijds geïm-

plementeerd in artikel 2 Regeling informatieverstrekking aan verzekeraars 1998 (RIAV 1998). Afgaand op de tekst van RIAV 1998 heeft Nederland destijds geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om aanvullende informatieplichten op te leggen op grond van artikel 31 lid 3 Derde Levensrichtlijn.

Het staat vast dat Nationale-Nederlanden de verzekeringnemer conform artikel 2 lid 2 onder q en r RIAV 1998 informatie heeft verstrekt over de invloed van de kosten en de risicopremies op het rendement. De verzekeringnemer had evenwel geen overzicht van of inzicht in de concrete en/of absolute kosten en risicopremies en de opbouw ervan ontvangen. Op grond van RIAV 1998 was dat ook niet verplicht. Kortom, het staat vast dat Nationale-Nederlanden alle informatie aan de verzekeringnemer heeft verstrekt die zij op grond van RIAV 1998 moest verstrekken.

De Rechtbank Rotterdam oordeelde in haar tussenvonnis niettemin als volgt over het feit dat Nationale-Nederlanden geen overzicht van of inzicht in de concrete en/of absolute kosten en risicopremies en de opbouw ervan heeft verstrekt aan de verzekeringnemer:

'Nationale-Nederlanden heeft voldaan aan de eisen als bedoeld in artikel 2, tweede lid onder q en r van de RIAV 1998, doch jegens Van Leeuwen de open normen (waaronder in deze procedure begrepen dienen te worden de algemene en/of bijzondere zorgplicht van Nationale-Nederlanden jegens Van Leeuwen in het kader van hun contractuele verhouding, de precontractuele goede trouw en/of eisen van redelijkheid en billijkheid) geschonden door te volstaan met informatie over de invloed van kosten en risicopremies op het rendement.'⁷

Volgens Nationale-Nederlanden kan niet van haar worden verlangd dat zij aanvullende informatie verstrekt op grond van open en/of ongeschreven regels.

Prejudiciële vragen

De rechtbank stelt aan het Hof de volgende 2 prejudiciële vragen:

1 Verzet het recht van de Europese Unie en in het bijzonder artikel 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 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 artikel 2, tweede lid, 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?

⁴ Zie conclusie A-G Sharpston, 12 juni 2014, zaak C-51/13, ECLI:EU:C:2014:1921, ov. 15.

⁵ Richtlijn 92/96/EEG, *PbEU* L 360, 9 december

1992, p. 1-27.

⁶ Zie de onderhavige uitspraak, r.o. 3.

⁷ Rechtbank Rotterdam 28 november 2012,

ECLI:NL:RBROT:2012:BY5159, r.o. 2.9.

Beantwoording prejudiciële vragen

Eerste vraag

18 Met haar eerste vraag wenst de verwijzende rechterlijke instantie in hoofdzaak te vernemen of artikel 31, lid 3, van de derde levensrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het 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.

19 Blijkens punt 23 van de considerans van de derde levensrichtlijn beoogt deze laatste onder meer de minimumvoorschriften te coördineren, zodat de consument duidelijke en nauwkeurige informatie ontvangt over de wezenlijke kenmerken van de hem aangeboden verzekeringsproducten. In hetzelfde punt wordt overwogen dat de consument, om in het kader van een eengemaakte verzekeringsmarkt ten volle te profiteren van een grotere en meer gediversifieerde keuze uit overeenkomsten en van een toegenomen concurrentie, moet beschikken over de nodige gegevens voor de keuze van de overeenkomst die het beste bij zijn behoeften past.

20 Daartoe schrijft artikel 31 van de richtlijn in het eerste lid voor dat vóór de sluiting van de verzekeringsovereenkomst aan de verzekeringnemer ten minste de in bijlage II, onder A, vermelde gegevens moeten worden meegedeeld, en dient volgens het tweede lid van hetzelfde artikel de verzekeringnemer gedurende de gehele looptijd van de overeenkomst te worden ingelicht over elke wijziging van de in punt B van deze bijlage vermelde gegevens. Artikel 31, lid 3, van de derde levensrichtlijn, de enige bepaling waarop het verzoek om een prejudiciële beslissing betrekking heeft, bepaalt dat de lidstaat van de verbintenis van de verzekeringsondernemingen niet mag verlangen dat zij aanvullende gegevens naast de in bijlage II vermelde gegevens verstrekken, tenzij deze nodig zijn voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de wezenlijke bestanddelen van de verbintenis die hij is aangegaan.

21 In dit verband heeft het Hof geoordeeld dat uit de bewoordingen zelf van artikel 31, lid 3, van de derde levensrichtlijn, van bijlage II hierbij en van punt 23 van de considerans ervan blijkt dat de aanvullende gegevens die de lidstaten overeenkomstig dit artikel verplicht kunnen stellen, duidelijk en nauwkeurig moeten zijn en nodig dienen te zijn voor een goed begrip van de wezenlijke bestanddelen van de aan de verzekeringnemer aangeboden verzekeringsproducten (arrest Axa Royale Belge, C-386/00, EU:C:2002:136, punt 24).

22 De verstrekking van aanvullende informatie kan dus slechts verplicht worden gesteld voor zover zij noodzakelijk is ter bereiking van het doel, de verzekeringnemer van informatie te voorzien, en voor zover de vereiste informatie voldoende duidelijk en nauwkeurig is om dat doel te bereiken en dus, onder meer, de verzekeraar een voldoende niveau van rechtszekerheid te waarborgen (zie in die zin arrest Parlement/Raad, C-48/14, EU:C:2015:91, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zoals de advocaat-generaal in punt 60 van haar conclusie opmerkt kan het, indien de gegevens algemeen en vaag zijn, niet om gegevens gaan die 'nodig' zijn in de zin van artikel 31, lid 3, van de derde levensrichtlijn.

23 De wetgever van de Unie heeft dus willen aangeven, welke aanvullende informatie de lidstaten in het belang van de consument voor de verzekeraar verplicht kunnen stellen opdat de consument volledig profijt kan trekken van de keuze aan verzekeringsproducten die in het kader van een interne markt voor verzekeringen worden aangeboden, maar in artikel 31, lid 3, van die richtlijn wordt daarentegen niet bepaald hoe en binnen welke grenzen de lidstaten dat recht kunnen uitoefenen.

24 Dienaangaande zij in herinnering gebracht dat de lidstaten de verzekeraar niet hoeven te verplichten, aanvullende informatie te verstrekken naast de in bijlage II, A, bij de derde levensrichtlijn ge-

noemde informatie die de verzekeringnemer op grond van artikel 31, lid 1, van die richtlijn moet worden verstrekt, maar dat het derde lid van dat artikel de lidstaten een mogelijkheid biedt waar deze al dan niet gebruik van kunnen maken.

25 Bovendien volgt uit artikel 31, lid 4, van de derde levensrichtlijn dat de lidstaat van de verbintenis de toepassingsvoorschriften betreffende de verplichting tot verstrekking van aanvullende informatie als voorzien in de nationale wetgeving vaststelt.

26 De derde levensrichtlijn brengt een minimumharmonisatie tot stand voor wat betreft de aan de verzekeringnemer te verstrekken informatie, maar artikel 31, lid 3, ervan preciseert niettemin aangaande de in punt 24 van het onderhavige arrest bedoelde mogelijkheid dat die informatie moet dienen voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de wezenlijke bestanddelen van de verbintenis. Voorts beperkt deze bepaling de aanvullende gegevens die de lidstaat van de verbintenis voor de verzekeraar verplicht kan stellen tot hetgeen ter bereiking van dat doel noodzakelijk is.

27 Het is derhalve aan de betrokken lidstaat, afhankelijk van de kenmerken van zijn rechtsorde en de specifieke situatie waarvoor hij regels wenst uit te vaardigen, de rechtsgrondslag van de verplichting tot het verstrekken van aanvullende informatie te bepalen ten einde zowel een daadwerkelijk begrip door de verzekeringnemer van de belangrijkste kenmerken van de verzekeringsproducten die hem worden aangeboden als een toereikend niveau van rechtszekerheid te waarborgen.

28 De rechtsgrondslag van een dergelijke verplichting tot het verstrekken van aanvullende informatie, meer in het bijzonder de vraag of die verplichting voortvloeit uit algemene beginselen van intern recht, zoals de 'open en/of ongeschreven regels' waarop de verwijzende rechterlijke instantie doelt, is in beginsel irrelevant voor de vraag of deze strookt met de richtlijn, mits die verplichting voldoet aan de vereisten van artikel 31, lid 3, van de derde levensrichtlijn vermeld in de punten 21 en 27 van het onderhavige arrest.

29 Hieruit volgt dat de rechtsgrondslag op basis waarvan de betrokken lidstaat gebruik wil maken van de mogelijkheid die artikel 31, lid 3, van de derde levensrichtlijn biedt, overeenkomstig het beginsel van rechtszekerheid de verzekeraar in staat moet stellen met een voldoende mate van voorspelbaarheid vast te stellen welke aanvullende informatie hij dient te verstrekken en de verzekeringnemer kan verwachten.

30 Bij de beoordeling welke vereisten moeten worden gesteld met betrekking tot de voorspelbaarheid van een dergelijke verplichting tot het verstrekken van aanvullende informatie, kan de nationale rechterlijke instantie in de beschouwing betrekken dat het aan de verzekeraar is, de aard en de kenmerkende eigenschappen van de door hem aangeboden verzekeringsproducten te bepalen, en dat deze dan ook in beginsel zou moeten kunnen vaststellen welke kenmerkende eigenschappen van die producten rechtvaardigen dat de verzekeringnemer aanvullende informatie moet worden verstrekt.

31 In casu moet worden opgemerkt dat de toepassing van de RIAV 1998 volgens de toelichting bij deze regeling onder meer wordt beheerst door nationaal burgerlijk recht, waarbij 'bijvoorbeeld ook de eisen van redelijkheid en billijkheid' als bedoeld in artikel 2 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek gelden.

32 De verwijzende rechterlijke instantie heeft het Hof echter geen gedetailleerde gegevens verschaft over de precieze aard naar Nederlands recht van de verplichting tot het verstrekken van aanvullende informatie, en evenmin over de rol en de exacte draagwijdte in het nationale recht van de 'open en/of ongeschreven regels' van Nederlands recht, maar enkel melding gemaakt van de zorgplicht van de verzekeraar, de precontractuele goede trouw en de redelijkheid en billijkheid die aan de sluiting van verzekeringsovereenkomsten ten grondslag moeten liggen.

33 Het is hoe dan ook aan de verwijzende rechterlijke instantie om te beoordelen of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde 'open en/of ongeschreven regels' aan de vereisten van artikel 31, lid 3, van de derde levensrichtlijn voldoen.

34 Op de eerste vraag moet bijgevolg worden geantwoord dat artikel 31, lid 3, van de 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.

Tweede vraag

35 Met haar tweede vraag wenst de verwijzende rechterlijke instantie te vernemen of hetgeen naar nationaal recht het gevolg is van het niet verstrekken van de aanvullende informatie in de zin van artikel 31, lid 3, van de derde levensrichtlijn van belang is voor de beantwoording van de eerste vraag.

36 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 artikel 31, lid 3, van de richtlijn.

Noot

Aanvullende informatieplichten op grond van de redelijkheid en billijkheid?

1 De eerste prejudiciële vraag wordt bevestigend beantwoord. Kortom, de civiele rechter mag via de band van de redelijkheid en billijkheid ex artikel 6:2 lid 1 BW en/of artikel 6:248 lid 1 BW informatieplichten opleggen in aanvulling op de informatieplichten uit RIAV 1998, mits (het is aan de verwijzende rechter om dit te verifiëren) aan een drietal *cumulatieve* voorwaarden is voldaan:

- 1 de verlangde informatie moet duidelijk en nauwkeurig zijn;
- 2 de verlangde informatie moet noodzakelijk zijn voor een goed begrip door de verzekeringnemer van de wezenlijke bestanddelen van de verbintenis;
- 3 de rechtszekerheid voor de verzekeraar is voldoende gewaarborgd (r.o. 21, 29 t/m 31, 33)

2 De eerste twee voorwaarden volgen uit de bewoordingen van artikel 31 lid 3 Derde Levensrichtlijn, van Bijlage II en punt 23 van de considerans van de Derde Levensrichtlijn (r.o. 21). De derde voorwaarde brengt het Europese rechtszekerheidsbeginsel tot uitdrukking. Het Hof overweegt dat de rechtsgrondslag op basis waarvan een lidstaat gebruik wil maken van de optie ex artikel 31 lid 3 Derde Levensrichtlijn de verzekeraar in staat moet stellen met een voldoende mate van voorspelbaarheid vast te stellen welke aanvullende informatie hij dient te verstrekken en welke de verzekeringnemer kan verwachten (r.o. 29). Een aanvullende informatieplicht gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid ex artikel 6:2 BW lijkt

daar op het eerste gezicht niet aan te voldoen, omdat deze norm uiterst vaag is en daarmee weinig tot geen voorspelbare waarde heeft. Dat lijkt goed nieuws voor Nationale-Nederlanden.

3 Maar vervolgens presenteert het Hof een tweetal overwegingen die juist gunstig zijn voor de verzekeringnemer en ongunstig voor Nationale-Nederlanden. Het Hof overweegt dat de nationale rechter bij de beantwoording van de vraag of aan het rechtszekerheidsbeginsel is voldaan *kan* (niet: moet) betrekken dat het aan de verzekeraar is om de aard en de kenmerkende eigenschappen van de door hem aangeboden verzekeringsproducten te bepalen, en dat hij dan ook in beginsel zou moeten kunnen vaststellen welke kenmerkende eigenschappen van die producten rechtvaardigen dat de verzekeringnemer aanvullende informatie moet worden verstrekt (r.o. 30). Kortom, de bal wordt teruggespeeld naar de verzekeraar. Hij weet zelf het best welke informatie hij aan zijn klanten moet verstrekken om te zorgen dat zij het verzekeringsproduct ook begrijpen. Wellicht heeft hierbij meegespeeld dat het volgens het Hof eigenlijk evident is dat de verzekeringnemer een overzicht van of inzicht in de concrete en/of absolute kosten en risicopremies en de opbouw ervan moet ontvangen om de werking van het product te kunnen begrijpen, dat de verzekeraar zelf had moeten bedenken deze informatie aan de verzekeringnemer te verstrekken. In aanvulling hierop merkt het Hof nog op dat de toepassing van de RIAV 1998 volgens de toelichting bij deze regeling onder meer wordt beheerst door nationaal burgerlijk recht, waarbij 'bijvoorbeeld ook de eisen van de redelijkheid en billijkheid' als bedoeld in artikel 6:2 BW gelden (r.o. 31). Kortom, het Hof is kennelijk van mening dat Nationale-Nederlanden had moeten en kunnen weten dat haar verantwoordelijkheid niet begon en eindigde bij een letterlijke naleving van RIAV 1998.

Mogen civiele rechters strenger zijn dan MiFID?

4 Uit de uitspraak lijkt te volgen dat het Europese recht blind is voor het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht waar het gaat om de implementatie van Europese rechtsnormen (r.o. 28). Het Hof heeft er immers geen problemen mee dat richtlijnen door een combinatie van publiek- en privaatrecht worden geïmplementeerd in de nationale rechtsorde. Bijlage II van de Derde Levensrichtlijn is in Nederland geïmplementeerd via RIAV 1998 (publiekrecht), terwijl de lidstaatoptie om aanvullende informatie te verstrekken mag worden geïmplementeerd via de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:2 BW (privaatrecht), mits aan een drietal voorwaarden wordt voldaan (zie nr. 1 t/m 3 hierboven).

5 Als het inderdaad zo is dat het Europese recht blind is voor het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht, dan heeft dit ook een belangrijke impact op de beantwoording van de vraag of civiele rechters strenger mogen zijn dan de normen uit de Markets in Financial Instruments Directive

(MiFID).⁸ MiFID voorziet grotendeels in maximumharmonisatie.⁹ Als het Europese recht echt blind is voor het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht waar het gaat om de implementatie van Europese rechtsnormen, dan geldt de maximumharmonisatie ook voor civiele rechters. Zij kunnen dan geen strengere zorgplichten opleggen dan de normen die voortvloeien uit MiFID. In de eerdere *Genil*-uitspraak over het civiel effect van MiFID merkt het Hof weliswaar op dat het bij gebreke van een Unieregeling aan de lidstaten zelf is om te bepalen wat de civielrechtelijke gevolgen zijn van een schending van MiFID (mits het voor zover hier relevant maar niet onmogelijk of uiterst moeilijk is om geleden schade vergoed te krijgen¹⁰), maar dat ziet op de sanctie en niet op de normstelling zelf.¹¹ Als men niet bereid is de hier geschetste redenering te volgen, en men toch vindt dat de civiele rechter strenger mag zijn dan MiFID, dan volgt uit de onderhavige uitspraak in ieder geval dat de rechtszekerheid een belangrijk element is dat de civiele rechter moet meewegen in zijn beslissing of hij strenger mag zijn dan MiFID (zie nr. 1 t/m 3 hierboven).

6 Op het bovenstaande kan men de volgende nuancering aanbrengen. MiFID bevat zelf ook open normen. Een belangrijke open norm is dat (bank)beleggingsondernemingen zich op loyale, billijke en professionele wijze moeten inzetten voor de belangen van de cliënt (algemene loyaliteitsverplichting).¹² Die verplichting wordt in MiFID weliswaar uitgewerkt in meer concrete normen (o.a. ken-uw-client regels, informatieplichten), maar de algemene norm valt niet samen met die uitwerking. Via de algemene loyaliteitsverplichting is er dus enige ruimte voor aanvullende zorgplichten. Van deze ruimte zou de civiele rechter gebruik kunnen maken. Hierdoor is hij strikt genomen niet strenger dan MiFID, omdat hij ruimte benut die MiFID zelf biedt. De vraag is alleen hoeveel ruimte de

open norm precies biedt, mede in het licht van het Europese rechtszekerheidsbeginsel. Een voorbeeld. MiFID bepaalt dat waarschuwingen in gestandaardiseerde vorm mogen worden verstrekt.¹³ Een benadering waarin de civiele rechter via de band van de bijzondere zorgplicht voorschrijft dat in uitdrukkelijke en niet voor misverstand vatbare bewoordingen moet worden gewaarschuwd, en de bank zich er vervolgens van moet vergewissen dat de particuliere belegger zich daadwerkelijk bewust is van deze risico's, lijkt verder te gaan dan een standaard waarschuwing,¹⁴ al zal een standaard waarschuwing uiteraard ook voldoende duidelijk moeten zijn. Mag een civiele rechter nu als volgt redeneren? De bank heeft voldaan aan zijn plicht om in gestandaardiseerde vorm te waarschuwen voor de risico's van het product en voldoet daarmee aan zijn concrete informatieplicht zoals deze voortvloeit uit MiFID. Maar op grond van de algemene loyaliteitsverplichting had de bank niettemin ook in uitdrukkelijke en niet voor misverstand vatbare bewoordingen moeten waarschuwen voor de risico's en de bank had zich er vervolgens van moet vergewissen dat de particuliere belegger zich daadwerkelijk bewust is van deze risico's. Mitsdien heeft de bank de algemene loyaliteitsplicht uit MiFID geschonden en moet de bank de hierdoor geleden schade vergoeden aan de belegger. Geredeneerd vanuit het Europese rechtszekerheidsbeginsel kan men bij deze redenering kanttekeningen plaatsen. Tegelijkertijd bewijst de onderhavige uitspraak dat het Hof bereid is om soepel om te springen met het rechtszekerheidsbeginsel en het niet schuwt acrobatische toeren uit te halen omwille van een rechtvaardige uitspraak. Het is zo bezien dus nog maar de vraag of het Hof nationale civiele rechters echt zal verbieden via de band van de algemene loyaliteitsplicht uit MiFID van banken te vergen dat zij geïndividualiseerd in plaats van gestandaardiseerd waarschuwen voor de risico's.

8 (Bank)beleggingsondernemingen en gereglemeerde markten worden sinds 1 januari 2007 op indringende wijze gereguleerd door MiFID en de daaraan gekoppelde MiFID-uitvoeringsrichtlijn en de MiFID-uitvoeringsverordening. Zie Richtlijn 2004/39/EG, *PbEU* L 145, 30 april 2004, p. 1-47 (MiFID); Richtlijn 2006/73/EG, *PbEU* L 241, 2 september 2006, p. 26-58 (MiFID-uitvoeringsrichtlijn); Verordening (EG) nr. 1287/2006, *PbEU* L 241, 2 september 2006, p. 1-25 (MiFID-uitvoeringsverordening). In Nederland zijn MiFID en de MiFID-uitvoeringsrichtlijn geïmplementeerd in de Wet op het financieel toezicht (Wft) en een aantal uitvoeringsregelingen, zoals het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen (Bgfo). De MiFID-uitvoeringsverordening is rechtstreeks toepasselijk en mag volgens Europees recht zelfs niet worden omgezet in nationaal recht. Per 3 januari 2017 wordt het MiFID-regime vervangen door MiFID II, bestaande uit onder meer een richtlijn (MiFID II), de *Markets in Financial Instruments Regulation* (MiFIR) en een indrukwekkende hoeveelheid uitvoeringsmaatregelen. Zie Richtlijn 2014/65/EU, *PbEU* L 173, 15 mei 2014, p. 349-496 (MiFID II); Verordening (EU) nr. 600/2014, *PbEU* L 173, 15 mei 2014, p. 84-148 (MiFIR). De uitvoeringsmaatregelen zijn op het moment van schrijven van deze annotatie nog niet vastgesteld. Zie nader over MiFID en MiFID II: D. Busch, *MiFID II/MiFIR – Nieuwe regels voor*

beleggingsondernemingen en financiële markten (Preadvies Vereniging voor Financieel Recht 2015) (VHI-serie), Deventer: Kluwer 2015 (met verdere verwijzingen).

9 Dit geldt ook voor MiFID II.

10 Onder MiFID II is deze uitwerking van het effectiviteitsbeginsel expliciet gecodificeerd in art. 69 lid 2, *in fine*, MiFID II: 'De lidstaten zien erop toe dat er mechanismen zijn ingesteld waarmee er krachtens de nationale wetgeving voor wordt gezorgd dat compensatie wordt betaald of andere herstelmaatregel wordt ondernomen voor financieel verlies of andere geleden schade als gevolg van een inbreuk op deze richtlijn of [MiFIR]'.

11 HvJ EU 30 mei 2013, zaak C-604/11, AA 2013, p. 663, m.nt. Busch (AA20130663); *JOR* 2013/274, m.nt. Busch (*Genil 48 SL e.a./Bankinter SA e.a.*).

12 Art. 19 lid 1 MiFID; art. 24 lid 1 MiFID II. In Nederland geïmplementeerd in art. 4:90 lid 1 Wft.

13 Art. 19 lid 3, *in fine*, MiFID, in Nederland geïmplementeerd in art. 4:20 lid 6 Wft. NB: onder MiFID II wordt dit een lidstaattoptie: de lidstaten kunnen toestaan dat de informatie in gestandaardiseerde vorm wordt verstrekt., zie art. 24 lid 5, *in fine*, MiFID II. Kortom, als een lidstaat dit niet toestaat, lijkt het erop dat de informatie steeds in gepersonaliseerde vorm moet worden verstrekt. Afgaand op het concept van de Wet implementatie richtlijn markten voor financiële instrumenten,

dat op 5 juni 2015 ter consultatie is voorgelegd aan de markt (Consultatiedocument MiFID II, gepubliceerd op www.internetconsultatie.nl/mifidii), wordt deze lidstaattoptie in Nederland (impliciet) uitgeoefend. In art. 4:20 lid 6 Wft is opgenomen dat informatie in gestandaardiseerde vorm mag worden verstrekt. Die bepaling wordt in het Consultatiedocument MiFID II niet gewijzigd terwijl ook de concept-toelichting (eveneens gepubliceerd op www.internetconsultatie.nl/mifidii) over dit punt zwijgt. Het blijft in Nederland dus mogelijk om informatie in gestandaardiseerde vorm te verstrekken. In althans enkele andere lidstaten zal dat ongetwijfeld anders zijn. Als de lidstaten unaniem van mening waren geweest dat informatie in gestandaardiseerde vorm kan worden verstrekt, was een lidstaattoptie onnodig geweest om tot een vergelijk te komen.

14 Zie voor deze benadering in relatie tot particuliere beleggers: HR 3 februari 2012, *NJ* 2012/95; AA 2012, p. 752, m.nt. Busch (AA20120752); *JOR* 2012/116, m.nt. Van Baalen (*Coöperatieve Rabobank Vaart en Vecht UA/X*) (zorgplicht bij beleggingsadvies), r.o. 3.6.2. Deze (en andere) rechtspraak van de Hoge Raad over waarschuwingsplichten heeft overigens zonder uitzondering betrekking op het pre-MiFID tijdperk. Of de Hoge Raad deze lijn onder vigeur van MiFID zal doortrekken moet nog blijken.

Ambtshalve toetsing aan MiFID ten aanzien van particuliere beleggers?

7 Tot slot een naar onze mening intrigerende vraag die van belang is voor de intensiteit van de doorwerking van MiFID in het privaatrecht. Op dit moment is het nog zo dat de procederende partijen bij gebrek aan kennis vaak geen beroep doen op een schending van MiFID-(gedrags)regels.¹⁵

Is de civiele rechter verplicht om ambtshalve te toetsen of de MiFID-(gedrags)regels zijn geschonden? Wij zouden dat zeker niet willen uitsluiten. Uit vaste rechtspraak van het Hof blijkt dat de nationale rechter met betrekking tot onredelijk bezwarende bedingen in overeenkomsten tussen ondernemers en consumenten op grond van het Europese effectiviteitsbeginsel *ambtshalve* moet beoordelen of een beding 'oneerlijk' is in de zin van Richtlijn 93/13/EEG. Ook kan het Hof de civiele rechter opdragen ambtshalve te onderzoeken of de regeling van toepassing is.¹⁶ Het Hof lijkt de bescherming door te trekken over het hele terrein van

consumentenbeschermende richtlijnen. Recentelijk heeft het Hof een ambtshalve toetsing aan de richtlijn consumentenkoop aangenomen.¹⁷ In ieder geval de MiFID-gedragsregels zijn onzes inziens aan te merken als consumentenbeschermende bepalingen voor zover zij moeten worden nageleefd tegenover particuliere beleggers.¹⁸

Slot

8 Uit het bovenstaande mag blijken dat het besproken arrest belangwekkend is, niet alleen in relatie tot woekerpolissen, maar ook voor de beantwoording van de vraag of civiele rechters strenger mogen zijn dan MiFID. Een definitief antwoord op die laatste vraag zal evenwel pas voorhanden zijn als het Hof zich er expliciet over heeft kunnen uitlaten. Hetzelfde geldt voor de vraag of een civiele rechter ambtshalve moet toetsen of de MiFID-(gedrags)regels zijn geschonden. Wordt vervolgd. ■

15 De gedragsregels gaan over de manier waarop beleggingsondernemingen hun klanten moeten behandelen (loyaliteitsplicht, informatieplicht, ken-uw-cliënt regels etc.).

16 Deze richtlijn is in Nederland geïmplementeerd in Boek 6, Titel 5, Afdeling 3 (algemene voorwaarden). Zie HvJ EG 26 oktober 2006, zaak C-168/05, NJ 2007/201 m.nt. M.R. Mok (*Mostaza Claro*); HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-243/08, NJ 2009/395

m.nt. M.R. Mok (*Pannon*); HvJ EG 6 oktober 2009, zaak C-40/08, NJ 2010/11 (*Asturcom*); HvJ EU 30 mei 2013, NJ 2013/487 m.nt. M.R. Mok (*Asbeek Brusse en De Man Garabito*). Zie ook (onder verwijzing naar o.a. *Asbeek Brusse*) HR 13 september 2013, RvdW 2013/1060; AA 2014, p. 358, m.nt. W.H. van Boom (AA20140358); HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1866 (*X/Dexia Nederland*). Zie nader Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Mon.

BW nr. B55), Deventer: Kluwer 2010, nr. 44a (met verdere verwijzingen).

17 Zie daarover A.S. Hartkamp, 'Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht. Een nieuw hoofdstuk: de richtlijn consumentenkoop', AA 2015, p. 222 (AA20150222).

18 Een van de kerndoelstellingen van MiFID is het bieden van een hoog niveau van beleggersbescherming. Zie ov. (2) MiFID; ov. (70) MiFID II.