

Beleggingspolissen en consumentengedrag: van 'free lunch' naar 'iustum pretium'?

'There Ain't No Such Thing As A Free Lunch.' Een Amerikaanse uitdrukking die ons waarschuwt dat er niet zoiets bestaat als een gratis lunch, behelst een levenswijshouding die waarde bewijst in het consumentenrecht. Er bestaat niet zoiets als een 'gratis' product of dienst, zeker niet wanneer de aanbieder een commerciële partij is. Het uiteindelijke motief zal immers zijn het genereren van omzet en winst. Als producten en diensten als 'gratis' worden aangeboden, moeten consumenten dus op hun hoede zijn. Iemand zal de rekening uiteindelijk betalen, en het is niet uit te sluiten dat het de betreffende consument zelf is die betalen moet.

Dat consumenten op hun hoede moeten zijn, betekent niet dat ze dat ook altijd zijn. Dat is ook niet eenvoudig. Ze zijn dankbaar object van zinsbegoocheling en de afdeling marketing van producenten en handelaars weet dat. Marketing is erop gericht om economisch gedrag te beïnvloeden en, als het even kan, aankoopbeslissingen uit te lokken die men anders niet zou hebben genomen. Er lijken zich ten minste drie vormen van 'free lunch' voor te doen. De eerste is de onschuldige: het gratis aangeboden krijgen van een product om het uit te proberen. Motief van de producent is veelal het introduceren van een nieuw of veranderd product of nieuwe merknaam. Het is een bijzonder indirecte manier van verleiden en als zodanig een relatief onschuldige poging om een positieve associatie met het product te bewerkstelligen. Dat het relatief onschuldig is wil niet zeggen dat het altijd is toegestaan. Tabakswaar mag niet gratis worden uitgedeeld, juist ook om te voorkomen dat die positieve associatie ontstaat.¹ De tweede vorm is al iets lastiger: een 'gratis' product dat als 'tweede product' wordt gekoppeld aan een primair product. Zoekt men een auto die zuinig en betrouwbaar is, dan kan de aanbieding van een gratis DVD-speler waar de verkoper van het minder zuinige en betrouwbare merk mee adverteert, als 'stoorzender' de voorkeuren van de zoekende consument beïnvloeden. Natuurlijk is het gratis tweede product onbelangrijk en zou het de keuze voor een auto in het geheel niet mogen beïnvloeden. Soms doet het tweede product toch juist dat. Aardig om te constateren is dat de Wet Beperking Cadeaustelsel, een paternalistische wet die ervan uitging dat consumenten niet in staat waren om door de gratis lokkertjes heen te kijken, in 1997 werd afgeschaft onder het motto dat consumenten mans genoeg waren om op zichzelf te passen.² Dat zou onder het huidige politieke gesternte vermoedelijk minder snel gebeuren: autonomie is uit, paternalisme is in.

De derde categorie betreft prijsversluiting. Aanbieders hebben er soms belang bij om hun producten en diensten als 'gratis' te presenteren of om de prijs ervan niet te noemen, vaag te houden of slechts bij aandringen te onthullen. Subtiel is bijvoorbeeld de wijze waarop telecom-aanbieders het 'gratis' product tot primair product weten te maken. De 'gratis' mobiele telefoon staat voorop in de advertentie, niet het tweejarige contract met dure belminuten waar het primair om draait.³ Door de werkelijke prijs te versluieren die de consument zal betalen, kan hij tot een aankoop worden bewogen. Versluiting van de prijs neemt vele vormen aan en sommige pogingen zijn eenvoudiger te herkennen dan andere. Bovendien bestaat in verschillende branches regulering die dwingende regels stelt voor de wijze van presentatie van de prijs van het product. Zo moet de consumentenprijs ook de omzetbelasting vermelden, moet de prijs van consumentenkrediet in effectieve rente worden uitgedrukt en moeten levensmiddelen (ook) in een eenheidsprijs worden weergegeven.⁴

Maar die regulering van prijstransparantie is nog niet overall prominent aanwezig. Een bekende, maar voor consumenten moeilijk herkenbare vorm van prijsversluiting speelt bijvoorbeeld in de verzekeringsbranche. Het eerste probleem is dat tussenpersonen ogenschijnlijk 'gratis' advies geven, terwijl zij in werkelijkheid worden betaald via de provisie die zij rechtstreeks van de verzekeraar ontvangen. Een tweede probleem dat bijvoorbeeld bij beleggingspolissen blijkt te spelen is dat consumenten geen inzicht krijgen (althans kregen) in de kostenstructuur. Welk deel wordt belegd, welk deel betreft kosten? En wat zijn die kosten dan (behalve marge)? Consumenten – al dan niet verenigd in de stichtingen Woekerpolis of Verliespolis – beklagen zich onder andere over deze ondoorzichtige kostenstructuur en over de gebrekkige informatie over de beloning van de tussenkomende adviseur.

Die klachten krijgen nu 'momentum', mede dankzij het televisieprogramma Radar.⁵ In 2006 was er een AFM-rapportage; daarna volgde het advies van de commissie De Ruijter om in de toekomst gestructureerd inzicht in de kostenstructuur en beloning van het intermediair te geven.⁶ In 2008 volgt de '2,5%'-aanbeveling van de Ombudsman Financiële Dienstverlening voor wat betreft lopende beleggingspolissen. In de aanbeveling schetst de ombudsman een genuanceerd beeld van deze problematiek en hoe verzekeraars en consumenten beland zijn op

1. Art. 5 lid 5 Tabakswet.

2. S.C.P. Giesen, in: E.H. Hondius & G.J. Rijken (red.), *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2006, p. 377-378.

3. Overigens zou ik menen dat telecom-aanbieders die mobiele telefoons aanbieden voor '0,00' euro, in strijd met art. 6:193g aanhef en onder t BW handelen.

4. Bijv. art. 30 Wet op het Consumentenkrediet, art. 38 Wet op de Omzetbelasting 1968, de Prijzenwet en het Besluit prijsaanduiding producten.

5. Ik schreef dit medio maart 2008. Geen rekening werd dus gehouden met latere ontwikkelingen.

6. 'Generieke rapportage Rapport Beleggingsverzekeringen' van de AFM resp. 'Advies aan het Verbond van Verzekeraars Commissie transparantie beleggingsverzekeringen'.

het punt waar ze nu staan.⁷ De teneur van de aanbeveling is dat iedereen schuld heeft aan het gebrek aan prijstransparantie: verzekeraars hebben schuld omdat zij onheldere en gebrekkige informatie hebben gegeven, consumenten hebben schuld omdat zij eigenlijk beter moesten weten en zich beter hadden moeten informeren, de politiek (inclusief AFM) heeft schuld omdat zij in vroeger tijden de informatievoorziening ruim voldoende vond en zij pas nu meent dat de verzekeringsindustrie tekort schiet.⁸ En verzekeringstussenpersonen zijn evenzeer schuldig omdat zij niet in het belang van de consument maar in het belang van hun eigen, soms excessieve beloning adviseerden.

De analyse van de ombudsman is duidelijk. Hij komt tot concrete aanbevelingen voor het maximaliseren van kosten van overeenkomsten die in het verleden zijn gesloten. Hij stelt daarbij dat het niet juist zou zijn om alleen verzekeraars verantwoordelijk te houden voor de ontstane situatie:

'De eigen verantwoordelijkheid van de consument, de hiervoor geduide verantwoordelijkheid van het intermediair dat in deze procedure niet heeft geparticipeerd, en het hiervoor geduide beleid en regelgeving van overheid en politiek, alsmede het besef dat het niet vanzelfsprekend is de maatschappelijke inzichten van heden onverkort te laten gelden voor het verleden met een verstrekkende terugwerkende kracht, vragen om de matigende werking van de redelijkheid en de billijkheid.'

Het advies van de ombudsman gaat dus uit van het idee dat de pijn tussen verzekeraars en consumenten moet worden verdeeld en dat de positie van het intermediair bedrijf los gezien moet worden van de oplossing tussen verzekeraars en consumenten. Misschien is dat in politiek opzicht een route weg uit het moeras (hoewel het ook de indruk kan wekken dat hier een straatje schoongeveegd wordt), maar of het juridisch zo werkt is de vraag. Hoewel men eenvoudig kan stellen dat mijn analyse van dit dossier niet objectief kan zijn – ook ik heb een aantal van deze producten gekocht – denk ik toch te kunnen stellen dat consumenten hier voor wat betreft de prijsversluiting de minst schuldige partij zijn. Natuurlijk is het waar dat consumenten niet hebben doorgevraagd, zich niet hebben afgevraagd wie die aardige verzekeringsadviseur die graag bij de mensen thuis komt, nu uiteindelijk betaalt, de polisvoorwaarden niet goed hebben gelezen, en niet hebben berekend of de inleg maal het voorgespiegelde rendement wel de eindbedragen in de rechterkolom kon opleveren. Maar het is nu juist deze laksheid aan consumentenzijde die marketeers dankbaar hebben benut. Het is bekend dat consumenten minder zoeken en minder onderzoeken als zij moeite hebben met het verwerken van de informatie

over het complexe product en als er een invloedrijke verkoper in het spel is. Dat tussenpersonen juridisch gezien niet verkoper voor de verzekeraar zijn, moge zo zijn, maar de hoogte van hun beloning en de onzichtbare inning daarvan maakt dat zij dat de facto wél zijn.⁹ Bovendien kan de consument die maandelijks een relatief kleine inleg doet het product opvatten als een kleine investering, zodat zijn neiging om te zoeken nog verder afneemt. Daar komt nog bij dat de bemiddelingskosten van de aankoop van het product aanzienlijk zijn en de incasso van die kosten niet rechtstreeks door de tussenpersoon bij de consument plaatsvindt zodat deze gesterkt wordt in zijn naïeve idee dat hier van een 'free lunch' sprake is.

Bovendien maakt de onzichtbaarheid van kostenstructuur en bemiddeling juist beleggingsverzekeringen kwetsbaar voor kritiek, omdat het sowieso niet eenvoudig is om vast te stellen waar deze recht op geeft. Zet men 100 euro per maand op een bankrekening tegen een bepaalde rente, dan weet men waar men aan toe is. Men kan dan ook eenvoudig bevroeden dat de bank met dat spaargeld nóg meer verdient. Koopt men voor 100 euro aandelen, dan betaalt men zichtbaar aankoop-, verkoop- en bewaarkosten. Ook zichtbaar dus. Maar legt men 100 euro in een beleggingsverzekering, dan kon men tot voor kort niet weten dat een percentage X aan verzekeraarskosten (marge) en tussenpersoon ingehouden wordt en dat alleen het restbedrag wordt belegd.

Dat transparantie juist bij beleggingsverzekeringen belangrijk is, volgt naar mijn idee uit het contrast met een reis die men boekt bij een reisbureau. De beloning die het reisbureau van de organisator ontvangt is ook niet of slechts met moeite te achterhalen. Maar de consument is daar minder in geïnteresseerd omdat de *prijs en prestatie* betrekkelijk eenvoudige parameters zijn. Bij een geboekte reis weet men wat men betaalt én waar men recht op heeft. Bij beleggingsverzekeringen is dat anders. Stel dat een consument een reis boekt voor een bepaald bedrag en hem wordt verteld dat hij wellicht in een vijfsterrenhotel terecht zal komen, maar dat dit afhangt van het rendement dat de reisorganisator in de tussentijd zal realiseren met beleggingen die hij met de reissom zal doen. Dan is het toch niet verwonderlijk dat de consument stelt onvoldoende informatie over de prijsvoorwaarden te hebben gekregen als vervolgens blijkt dat een aanzienlijk deel van de reissom is opgegaan aan de beloning van de organisator en aan provisie van het reisbureau, zodat het vijfsterrenhotel niet meer tot de mogelijkheden behoort?

Bij de beleggingsverzekering was eigenlijk de enige echte duidelijkheid de omvang van de termijnbetaling. Al het andere was mistig. In feite is dan toch eigenlijk helemaal geen prijs met de consument afgesproken voor kosten en bemiddeling? Ligt het dan niet veeleer voor de hand om gezien het 'uberrimae fidei' karakter van de polis alleen

7. De aanbeveling van de ombudsman is te vinden op <www.kifid.nl>.

8. In dit opzicht laat de beleggingspolissenproblematiek zich als longtail-schade categoriseren waarin het politiek en juridisch denken over aanvaardbaarheid van de betreffende risico's gaandeweg verandert, en daarmee is zij tot op zekere hoogte vergelijkbaar met de DES-, asbest- en aandelenleaseproblematiek.

9. Vergelijk overigens A.J.C.C.M. Loonen, *Een kwestie van vertrouwen – het effect van de zorgplicht op de Nederlandse beleggingsadvisering* (diss. Amsterdam UvA), Zeist: Kerckebosch 2006, p. 380 e.v., die concludeert dat beleggingsadviseurs tot verkoper gemaakt zouden moeten worden. Die conclusie zou wellicht kunnen worden doorgetrokken naar assurantietussenpersonen die hun cliënten niet rechtstreeks de kosten van advies in rekening brengen.

de redelijke kosten toewijsbaar te achten? Zo bezien is de door de ombudsman gekozen lijn – afgezien van de gekozen percentages – in lijn met de *iustum pretium* leer.¹⁰ Wat betreft de tussenpersonen nog dit. Het was al langer bekend dat hun beloning weinig transparant was, maar het gaat mij te ver om te stellen – zoals de ombudsman dat lijkt te doen – dat dit niet aan verzekeraars is toe te rekenen en dat dit een zaak is tussen consumenten en tussenpersonen. Ik betwijfel of een individuele consument die destijds beleggingsverzekeringen had willen vergelijken op de aftrek van kosten en bemiddeling, die informatie werkelijk boven tafel had kunnen krijgen. Verzekeraars noch tussenpersonen waren geneigd om deze te geven. Het waren bovendien verzekeraars die de provisie betaalden om hun marktaandeel te behouden c.q. te vergroten. Tussenpersonen waren en zijn soms gewoon front office van de verzekeraar.

Tegen die achtergrond is het is dan nogal 'gratuite' om als verweer tegen – wat ik zou willen noemen – de beschuldiging dat een volledige industrietak onvoldoende duidelijke mededelingen heeft gedaan over de prijs van hun dienstverlening aan te voeren dat de klanten maar beter hadden moeten onderzoeken.¹¹ Mijn indruk is dat consumenten in dit dossier betrekkelijk ongeorganiseerd zijn gebleven en dat hun individuele informatie- en kennisachterstand pas recentelijk is ingelopen na opbouwende druk door media, massaschade-advocatuur en politiek. Het patroon van de aandelenlease-affaire lijkt zich dus te herhalen.

Terug naar de kern: als in een individueel dossier een beroep op dwaling tegen een verzekeraar wordt toegestaan, dan is dat omdat de verzekeraar en/of assurantietussenpersoon onvoldoende duidelijkheid hebben verschaft. De consument lijkt mij dan buiten de onderlinge verdeling van de pijn tussen verzekeraars en intermediair te staan, tenzij de schending van de mededelingsplicht van een van hen aan de consument moet worden toegerekend. Hetzelfde zou gelden als verzekeraar en intermediair hoofdelijk aansprakelijk zouden zijn voor het veroorzaken van schade bij de consument (wederom: tenzij de fout van een van hen moet worden toegerekend aan de consument). Blijft dat principe niet overeind als sprake is van een collectieve afwikkeling van 'het beleggingsdossier'? Ik zie dat aspect niet uitgediept in de aanbeveling van de ombudsman.

Ter afsluiting nog dit. Het voorgaande is niet meer dan een eerste verkenning van een complex juridisch vraagstuk. De ene beleggingsverzekering is bovendien niet de andere. Er zal preciezer nagegaan moeten worden welke informatie aan welke cliënt had moeten worden gegeven bij de betreffende polisvorm en welke prijs – gegeven de informatietekorten – een 'iustum pretium' oplevert. Dat er door de aanbeveling van de commissie-De Ruijter de afgelopen maanden bij consumenten brieven in de bus zijn gevallen die onaangenaam verrassende informatie gaven over kosten en provisie, is onvoldoende voor een beroep op dwaling of wanprestatie. De vraag is bijvoor-

beeld of zij hadden kunnen en moeten weten dat '*There Ain't No Such Thing As A Free Lunch.*' Betwijfeld kan intussen worden of deze levenswijsheden voorrang heeft boven een ongeschreven contractenrechtelijke plicht tot het doen van transparante mededelingen. Dus: op naar een 'iustum pretium' voor een 'free lunch'?

Prof. mr. W.H. van Boom

10. Vgl. ook art. 7:4 BW: een koopovereenkomst zonder prijsafsprake verplicht tot betaling door de koper van een redelijke prijs.

11. Een adviserende tussenpersoon is eigenlijk alleen écht onafhankelijk als zijn beloning rechtstreeks door de consument aan hem wordt betaald ongeacht de aankoopbeslissing van de consument. Vgl. J.M. Barendrecht, *NJB* 1999, p. 1361 e.v., die bij beloning door provisie van de verzekeraar spreekt van een toegestane vorm van omkoping.