

Datum uitspraak: 26-07-2011

Datum publicatie: 26-07-2011

Rechtsgebied: Civiël overig

Soort procedure: Hoger beroep

Inhoudsindicatie: Collectieve actie van stichting bestaande uit deelnemers aan Koersplan, een spaarkasovereenkomst, waarbij de deelnemers een periode inleg betaalden, die werd gestort in een gezamenlijke spaarkas waarmee werd belegd. Geen wilsovereenstemming tussen Spaarbeleg, thans Aegon, en de deelnemers over de hoogte van de overlijdensrisicopremie die deel uitmaakte van de overeenkomst. Invulling van die leemte in de overeenkomst door bepaling van een redelijke premie, met als uitgangspunt een Aanbeveling van de Ombudsman Financiële Dienstverlening. Misleidende informatie in de contractdocumentatie over de hoogte van de overlijdensrisicopremie en het te bereiken eindkapitaal.

---

Uitspraak

GERECHTSHOF AMSTERDAM

Nevenzittingsplaats Arnhem

Sector civiel recht

zaaknummers gerechtshof 200.043.825 en 200.047.090

(zaaknummer / rolnummer rechtbank 202784 / HA ZA 05-2186)

arrest van de eerste civiele kamer van 26 juli 2011

in de gevoegde zaken

met zaaknummer 200.043.825

inzake:

de naamloze vennootschap

Aegon Spaarkas N.V.,

(verder ook te noemen: Aegon),

gevestigd te 's-Gravenhage,

appellante in principaal hoger beroep,

geïntimeerde in incidenteel hoger beroep,

advocaat: mr. W.H. van Baren,

tegen:

de stichting

Stichting Koersplandewegkwijt,

(verder ook te noemen de Stichting),

gevestigd te Eindhoven,  
geïntimeerde in principaal hoger beroep,  
appellante in incidenteel hoger beroep,  
advocaat: mr. E. Lutjens,

en met zaaknummer 200.047.090

inzake:

1. de stichting

Stichting Koersplandewegkwijt,  
gevestigd te Eindhoven,

2. [geïntimeerde sub 2],  
(verder ook te noemen: [geïntimeerde sub 2]),  
wonende te [woonplaats],

3. [geïntimeerde sub 3],  
(verder ook te noemen: [geïntimeerde sub 3]),  
wonende te [woonplaats],

4. [geïntimeerde sub 4],  
(verder ook te noemen: [geïntimeerde sub 4]),  
wonende te [woonplaats],

appellanten in het principaal hoger beroep,  
geïntimeerden in het incidenteel hoger beroep,  
advocaat: mr. E. Lutjens,

tegen:

de naamloze vennootschap

Aegon Spaarkas N.V.,  
gevestigd te 's-Gravenhage,  
geïntimeerde in het principaal hoger beroep,  
appellante in incidenteel hoger beroep,  
advocaat: mrs. W.H. van Baren.

1. Eerder verloop van het geding in hoger beroep

in beide zaken:

Het hof verwijst naar het arrest in het incident tot voeging van 2 februari 2010 waarin de beide zaken gevoegd zijn.

2. Verder verloop van het geding in hoger beroep

in de zaak met zaaknummer 200.043.825:

2.1 Aegon heeft bij exploitatie van 10 en 11 augustus 2009 de Stichting aangezegd van de vonnissen van de rechtbank Utrecht van 6 juni 2007, 6 augustus 2008 en 13 mei 2009 in hoger beroep te komen, met dagvaarding van de Stichting voor dit hof.

2.2 Bij memorie van grieven heeft Aegon twee grieven onderverdeeld in een aantal subgrieven tegen de vonnissen van 6 juni 2007 en 13 mei 2009 aangevoerd en toegelicht, heeft zij bewijs aangeboden en een aantal nieuwe producties in het geding gebracht. Aegon heeft gevorderd dat het hof bij arrest, voor zover mogelijk bij uitvoerbaar bij voorraad, de bestreden vonnissen zal vernietigen en, opnieuw recht doende:

- a) de Stichting alsnog in haar vorderingen niet-ontvankelijk zal verklaren, althans haar deze zal ontzeggen;
- b) de Stichting zal veroordelen tot terugbetaling van al hetgeen Aegon ter uitvoering van de bestreden vonnissen aan haar heeft voldaan (waaronder de proceskosten ad €3.172,60), vermeerderd met de wettelijke rente van de dag van betaling tot de dag van terugbetaling;
- c) de Stichting zal veroordelen om aan Aegon de kosten van de procedure in beide instanties te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van dit arrest, onder bepaling dat als deze kosten niet binnen genoemde termijn zijn betaald, hierover vanaf de vijftiende dag wettelijke rente verschuldigd is.

2.3 Bij memorie van antwoord heeft de Stichting de grieven bestreden, heeft zij bewijs aangeboden en heeft zij een aantal nieuwe producties in het geding gebracht. De Stichting heeft geconcludeerd dat het hof bij arrest, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, ook wat betreft de proceskostenveroordeling, de bestreden vonnissen, met inachtneming van de in paragraaf 11 van de memorie van antwoord geformuleerde vorderingen van de Stichting en eventueel met verbetering van gronden, zal bekrachtigen, met veroordeling van Aegon in de kosten van het hoger beroep.

2.4 Vervolgens is Aegon in de gelegenheid gesteld een memorie van antwoord in incidenteel hoger beroep te nemen. Aegon heeft dat gedaan en heeft daarbij geconcludeerd dat het hof de Stichting niet-ontvankelijk zal verklaren in haar incidenteel hoger beroep, althans dat het hof de in incidenteel hoger beroep aangevoerde grieven ongegrond zal verklaren en het niet door de grieven in principaal hoger beroep bestreden deel van het vonnis, zo nodig onder verbetering van gronden, zal bekrachtigen, onder veroordeling, voor zover mogelijk bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard arrest, van de Stichting om binnen veertien dagen na het wijzen van dit arrest aan Aegon te betalen de kosten van het geding in beide instanties en tot terugbetaling van al hetgeen Aegon ter uitvoering van de bestreden vonnissen aan haar heeft voldaan (waaronder de proceskosten ad €3.172,60), vermeerderd met de wettelijke rente van de dag van betaling tot de dag van terugbetaling, onder bepaling dat indien de gedingkosten niet binnen genoemde termijn zijn voldaan, hierover vanaf de veertiende dag wettelijke rente verschuldigd is.

in de zaak met zaaknummer 200.047.090:

2.5 De Stichting, [geïntimeerde sub 2], [geïntimeerde sub 3] en [geïntimeerde sub 4] hebben bij exploit van 12 augustus 2009 Aegon aangezegd van de vonnissen van 6 juni 2007, 20 februari 2008, 6 augustus 2008 en 13 mei 2009 in hoger beroep te komen, met dagvaarding van Aegon voor dit hof. De Stichting, [geïntimeerde sub 2], [geïntimeerde sub 3] en [geïntimeerde sub 4] zullen hierna gezamenlijk (in vrouwelijk enkelvoud) aangeduid worden als de Stichting c.s.

2.6 Bij memorie van grieven, tevens houdende vermeerdering van eis, heeft de Stichting c.s. zes grieven tegen de vonnissen van 6 juni 2007 en 13 mei 2009 aangevoerd en toegelicht, en heeft zij bewijs aangeboden.

De Stichting c.s. heeft, na vermeerdering van eis, gevorderd dat het hof de bestreden vonnissen zal vernietigen en, opnieuw recht doende, bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard arrest:

ten aanzien van [geïntimeerde sub 4]:

- 1) zal verklaren voor recht dat er met betrekking tot de Koersplanovereenkomst van [geïntimeerde sub 4] geen wilsovereenstemming bestond tussen Aegon en [geïntimeerde sub 4] ten aanzien van het in rekening brengen van een premie voor een overlijdensrisicoverzekering, subsidiair dat er geen wilsovereenstemming bestond ten aanzien van de hoogte van de premie voor een overlijdensrisicoverzekering;
- 2) zal verklaren voor recht dat de poliswaarde van de Koersplanovereenkomst van [geïntimeerde sub 4] moet worden herberekend door de premie op "0" vast te stellen, althans overeenkomstig de in de akte van 15 augustus 2007 genoemde uitgangspunten; dat wil zeggen primair overeenkomstig de werkelijke kostprijs voor een overlijdensrisicodekking met inachtneming van de in die akte genoemde uitgangspunten, subsidiair op een ander door het hof in redelijkheid en billijkheid vast te stellen percentage;
- 3) Aegon zal veroordelen de Koersplanovereenkomst met [geïntimeerde sub 4] na te komen in overeenstemming met de onder 2) geformuleerde verklaring voor recht;

ten aanzien van [geïntimeerde sub 2] en [geïntimeerde sub 3]:

- 4) zal verklaren voor recht dat er met betrekking tot de Koersplanovereenkomsten van [geïntimeerde sub 2] en [geïntimeerde sub 3] geen wilsovereenstemming bestond tussen Aegon en [geïntimeerde sub 2] en [geïntimeerde sub 3] ten aanzien van de hoogte van de premie voor een overlijdensrisicoverzekering;
- 5) zal verklaren voor recht dat de poliswaarde van de Koersplanovereenkomsten van [geïntimeerde sub 2] en [geïntimeerde sub 3] moet worden herberekend overeenkomstig de in de akte van 15 augustus 2007 genoemde uitgangspunten; dat wil zeggen primair overeenkomstig de werkelijke kostprijs voor een overlijdensrisicodekking met inachtneming van de in die akte genoemde uitgangspunten, subsidiair op een ander door het hof in redelijkheid en billijkheid vast te stellen percentage;
- 6) Aegon zal veroordelen de Koersplanovereenkomst met [geïntimeerde sub 2] en [geïntimeerde sub 3] na te komen in overeenstemming met de onder 5) geformuleerde verklaring voor recht;

ten aanzien van de Stichting:

7) zal verklaren voor recht dat er ten aanzien van de Koersplanovereenkomsten die zijn aangevangen in de jaren 1989 en 1990 geen wilsovereenstemming bestond tussen Aegon en de personen voor wier belangen de Stichting blijkens haar statuten opkomt ten aanzien van het in rekening brengen van een premie voor een overlijdensrisicoverzekering, althans dat er geen wilsovereenstemming bestond ten aanzien van de hoogte van de premie voor een overlijdensrisicoverzekering;

8) zal verklaren voor recht dat de poliswaarde van de Koersplanovereenkomsten van de personen voor wier belangen de Stichting blijkens haar statuten opkomt en die zijn aangevangen in de jaren 1989 en 1990 moet worden herberekend door de premie op "0" vast te stellen, althans overeenkomstig de in de akte van 15 augustus 2007 genoemde uitgangspunten; dat wil zeggen primair overeenkomstig de werkelijke kostprijs voor een overlijdensrisicodekking met inachtneming van de in die akte genoemde uitgangspunten, subsidiair op een ander door het hof in redelijkheid en billijkheid vast te stellen percentage;

9) Aegon zal veroordelen de Koersplanovereenkomsten met de personen voor wier belangen de Stichting blijkens haar statuten opkomt en die zijn aangevangen in de jaren 1991 en 1998 na te komen in overeenstemming met de onder 8) geformuleerde verklaring voor recht; ten aanzien van de Stichting, [geïntimeerde sub 2], [geïntimeerde sub 3] en [geïntimeerde sub 4]:

10) zal verklaren voor recht dat Aegon zich schuldig heeft gemaakt aan misleiding door bij de maatmanberekeningen te verzwijgen dat de in te houden overlijdensrisicopremie (substantieel) hoger kon zijn dan waarvan bij de maatmanberekening is uitgegaan, alsmede te verzwijgen dat dit van invloed was op de hoogte van het te behalen rendement voor zover de herberekening als bedoeld in de onder 2), 5) en 8) geformuleerde vorderingen als uitkomst kent dat de overlijdensrisicopremie op een lager bedrag wordt bepaald dan de premie waarvan in de maatmanberekeningen voor de betrokken deelnemer is uitgegaan;

11) Aegon zal veroordelen in de buitengerechtelijke kosten, subsidiair in de kosten gemaakt ter begroting van de schade ten bedrage van €75.365,- te vermeerderen met omzetbelasting, althans een door het hof in goede justitie te bepalen bedrag, vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf de dag van de dagvaarding in eerste aanleg, althans het indienen van deze memorie van grieven, voor zover het gevorderde bedrag hoger is dan in eerste aanleg, tot aan de dag van algehele voldoening;

12) Aegon zal veroordelen in de kosten van beide instanties.

2.7 Bij memorie van antwoord in principaal appel tevens memorie van grieven in incidenteel appel heeft Aegon de grieven bestreden, en heeft zij bewijs aangeboden en een aantal producties in het geding gebracht. Bij dezelfde memorie heeft Aegon incidenteel hoger beroep ingesteld tegen de vonnissen van 6 juni 2007 en 13 mei 2009, en heeft zij daartegen twee grieven onderverdeeld in een aantal subgrieven aangevoerd en toegelicht, heeft zij bewijs aangeboden en een aantal producties in het geding gebracht.

Aegon heeft geconcludeerd dat het hof, voor zover mogelijk bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard arrest de bestreden vonnissen zal vernietigen en, opnieuw recht doende:

a) onder afwijzing van de door de Stichting c.s. aangevoerde grieven, de Stichting c.s. alsnog in haar vorderingen niet ontvankelijk zal verklaren, althans haar deze zal ontzeggen;

b) de Stichting zal veroordelen tot terugbetaling van al hetgeen Aegon ter uitvoering van de bestreden vonnissen aan haar heeft voldaan (waaronder de proceskosten ad €3.172,60), vermeerderd met de wettelijke rente van de dag van betaling tot de dag van terugbetaling;

c) de Stichting, [geïntimeerde sub 2], [geïntimeerde sub 3] en [geïntimeerde sub 4] hoofdelijk zal veroordelen om aan Aegon de kosten van de procedure in beide instanties te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van het arrest, onder bepaling dat als deze kosten niet binnen genoemde termijn zijn betaald, hierover wettelijke rente verschuldigd zal zijn vanaf de vijftiende dag tot aan de dag van algehele voldoening.

2.8 Bij memorie van antwoord in het incidenteel hoger beroep tevens akte uitlating producties heeft de Stichting c.s. verweer gevoerd en geconcludeerd dat de incidentele grieven voor afwijzing gereed liggen en heeft zij nogmaals bewijs aangeboden.

2.9 Daarna hebben partijen met instemming van het hof ieder een schriftelijke inleiding op het pleidooi overgelegd, waarbij de Stichting c.s. tevens drie producties heeft toegezonden.

2.10 Ter zitting van maandag 16 mei 2011 hebben partijen de zaak doen bepleiten, Aegon door mrs. W.H. van Baren en B.W.G. van der Velden, beiden advocaat te Amsterdam en de Stichting c.s. door mr. E. Lutjens, advocaat te Amsterdam. Beide partijen hebben daarbij pleitnotities in het geding gebracht. Door het hof is aan mr. Lutjens akte verleend van het in het geding brengen van voornoemde producties; Aegon heeft daartegen geen bezwaar gemaakt.

2.11 Vervolgens heeft het hof arrest bepaald op de door partijen reeds overgelegde stukken.

### 3. De vaststaande feiten

3.1 Het hof gaat uit van de door de rechtbank in het vonnis van 6 juni 2007 (verder ook te noemen: het eerste vonnis) in rechtsoverwegingen (r.o.) 2.1 tot en met 2.12 vastgestelde feiten en van de weergave van de contractsdocumenten en het informatiemateriaal in r.o. 3.1 tot en met 3.47 van datzelfde vonnis. Daaraan kan nog het volgende worden toegevoegd.

3.2 De contractsdokumentatie van de KoersPlan-overeenkomsten bestond in ieder geval uit:

- a. een brochure, (waarmee het product onder de aandacht van het publiek werd gebracht)
- b. een inschrijfformulier, (na inzending waarvan)
- c. een bevestigingsbrief (werd gestuurd aan de deelnemer met als bijlagen)
- d. een namens Spaarbeleg ondertekend certificaat en
- e. een exemplaar van de over dat jaar toepasselijke algemene voorwaarden.

Deze documenten zullen hierna verder afzonderlijk worden aangeduid als respectievelijk de brochure, het inschrijfformulier, de bevestigingsbrief, het certificaat en de algemene voorwaarden en als geheel als de contractsdokumentatie.

3.3 Een door het Verbond van Verzekeraars uitgegeven brochure, met als titel:

“Spaarkassparen. Dat gaat zó!” (verder te noemen: de Brochure Spaarkassparen) luidt onder meer als volgt:

“(…) De spaarkasovereenkomst bestaat uit twee onderdelen: een spaardeel en een overlijdensrisicoverzekering. Deze laatste zorgt ervoor dat als één van de deelnemers komt te overlijden voordat de spaarperiode is afgelopen, dat de in de overeenkomst aangewezen begunstigde(n) uit deze verzekering een uitkering krijgen. (…)

Kosten en opbrengsten

De periodieke stortingen zijn opgebouwd uit drie onderdelen: spaarstorting, overlijdensrisicopremie en vergoeding voor de kosten die de maatschappij maakt voor ondermeer het administreren en beheren van de jaarkas. De maatschappij vertelt u hoe deze posten zijn onderverdeeld zodat ook duidelijk is welk deel wordt belegd. (…)

De uitkering

De uitkering die u aan het eind van een spaarperiode ontvangt, bestaat uit drie onderdelen: het totaal van de spaarstortingen (minus de door de spaarkasmaatschappij gemaakte kosten), de opbrengst uit beleggingen en de overlevingswinst.

De totale opbrengst wordt verdeeld onder alle deelnemers die aan het einde van de looptijd nog in leven zijn.

Daarbij wordt een bepaalde verdeelsleutel gehanteerd die is gebaseerd op het eigen spaarbedrag en de leeftijd van de deelnemers; oudere deelnemers ontvangen een hogere uitkering omdat zij een groter risico liepen de einddatum niet te halen (daarvoor betaalden ze ook een hogere risicopremie). (…)

3.4 Een door de Nederlandse Vereniging ter Bevordering van het Spaarkasbedrijf (NVBS) uitgegeven brochure uit mei 1985 met als titel: “Prospectus Spaarkasinschrijvingen” (verder te noemen: de Prospectus Spaarkasinschrijvingen”) luidt onder meer als volgt:

“In de spaarkasovereenkomst is tevens een overlijdensrisicodekking begrepen, zodat wanneer iemand overlijdt voor het einde van de looptijd van de jaarkas, de nabestaanden toch een uitkering ontvangen. Daarvoor is naast de spaarstorting in de jaarkas een aparte overlijdensrisicopremie verschuldigd. (…).

Bij tussentijds overlijden van een deelnemer ontvangen de nabestaanden toch een uitkering. Deze uitkeringen worden niet uit het spaartegoed gedaan; dat is immers bestemd voor degenen die in leven blijven en doorsparen. De uitkering bij overlijden volgt uit de in de spaarkasinschrijving begrepen overlijdensrisicodekking, waarvoor -zoals op de derde bladzijde al is gezegd- een overlijdensrisicopremie wordt betaald. (…)

Het bedrag van de spaarstorting wordt op het bewijs van inschrijving vermeld evenals de duur van de overeenkomst. Verder wordt de premie vermeld voor de overlijdensrisicodekking. (…)”.

3.5 Een Aanbeveling van de Ombudsman Financiële Dienstverlening (verder ook te noemen: de Aanbeveling) inzake het geschil tussen particuliere afnemers van een beleggingsverzekering (in de Aanbeveling aangeduid als “de consument”) en bij het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening aangesloten verzekeringsmaatschappijen (in de Aanbeveling aangeduid als “verzekeraars”) van 4 maart 2008 luidt onder meer als volgt:

“(…) De Ombudsman beveelt aan met terugwerkende kracht t.a.v. in het verleden gesloten

contracten een kostenmaximering toe te passen en waar een hogere kostenlading is gehanteerd de consument met inachtneming van de aanbevolen maximering te compenseren op hierna aan te geven wijze.

1. Alle omstandigheden in aanmerking genomen en op grond van de aangegeven overwegingen zou met betrekking tot de tot heden afgesloten levensverzekeringen op beleggingsbasis de inhouding van de kosten op het bruto rendement van het beleggingsdeel redelijk zijn geweest tot een maximum van 2,5%. Waar die afslag hoger is geweest, dient de consument te worden gecompenseerd op een wijze als hierna aan te geven.
2. De omstandigheden brengen met zich dat het redelijk en billijk is de onder 1. bedoelde compensatie te matigen, omdat zoals hiervoor overwogen, i.v.m. de medebetrokkenheid van andere contractspartijen en de geschetste ontwikkelingen, niet verzekeraar als enige partij in het geschil op diens verantwoordelijkheid kan worden aangesproken. De eventuele noodzakelijke compensatie dient te geschieden als volgt:
3. Actieve premiebetalende en koopsomverzekeringen die zijn afgesloten voor 1-1-2008 kennen een kostenmaximering over de gehele looptijd. De kostenmaximering houdt in dat het eindkapitaal van een contract minimaal gelijk is aan het kapitaal van een identiek contract waarbij per jaar 3,5% als percentage van de dan aanwezige fondswaarde aan totale kosten in rekening worden gebracht. Identiek contract houdt in gelijke bruto premie, risicopremie (zie 7.), premiemijn en premieverdeelsleutel, maar waarbij alle kostensoorten, dus inclusief TER en andere beleggingsfondskosten, worden vervangen door een jaarlijkse 3,5% heffing over het fonds. Deze aanpak komt overeen met een maximale afslag van 3,5% op het bruto fondsrendement over de gehele duur.  
(...)
5. Het effect van de kostenmaximering wordt vastgesteld per 1-1-2008. In geval van voortzetting van het contract wordt uiterlijk op de (oorspronkelijke) einddatum verrekend. Het effect van kostenmaximering zal uiterlijk in 2009 aan de polishouder worden gecommuniceerd.
6. De kostenmaximering betreft alle kosten. Premies voor overlijdensrisico, arbeidsongeschiktheid en verzorgingsdekking zijn geen kosten.
7. Voor de premie van de overlijdensrisicodekking geldt dat deze niet hoger hoort te zijn dan bij dezelfde verzekeraar voor een vergelijkbaar risico bij een zelfstandige risicoverzekering in rekening wordt gebracht op het moment van afsluiten van die verzekering, derhalve zulks zonder daar bovenop oneigenlijke opslagen in rekening te brengen. (...)"

3.6 Artikel 2 van de statuten van de Stichting luidt sinds 23 juni 2009 als volgt:

“Doel

Artikel 2

De stichting heeft ten doel:

- a. de belangen te behartigen van bij de stichting geregistreerde belanghebbenden inzake een geschil met AEGON SPAARKAS N.V. (voorheen Spaarbeleg Kas N.V.) te 's-Gravenhage (voorheen gevestigd te Nieuwegein) dan wel een daarvoor in de plaats komende rechtspersoon of instelling tussen de geregistreerde belanghebbenden en Spaarbeleg, respectievelijk Aegon Spaarkas;
- b. een geregistreerde belanghebbende is een persoon, die middels invulling en ondertekening

van het “Registratieformulier Stichting Koersplandewegkwijt” het bestuur van de stichting gemachtigd heeft hem/haar in volledige vrijheid van handelen te vertegenwoordigen en op te treden in het onderhavige geschil bij overleg over eventuele schikking(en) en/of bij juridische procedures. De machtiging betreft zowel nog lopende KoersPlan-overeenkomsten als reeds geëxpireerde, premie vrijgemaakte en afgekochte KoersPlan-overeenkomsten.

c. de stichting streeft naar het verwerven van financiële compensatie voor de geregistreerde belanghebbenden voor de door hen geleden schade;

d. de stichting tracht haar doelen te bereiken door middel van overleg, juridische procedures, raadplegen van deskundigen, publicitaire en andere maatschappelijke acties en/of het verrichten van alle legale handelingen, die met het vorenstaande in de ruimste zin verband houden of daartoe bevorderlijk kunnen zijn;

e. de kosten van de activiteiten van de stichting worden betaald vanuit bijdragen van geregistreerde belanghebbenden dan wel vanuit op andere wijze verkregen inkomsten.”

#### 4. De motivering van de beslissing in hoger beroep

4.1 De bestreden vonnissen zijn gewezen tegen Spaarbeleg Kas N.V. (verder ook te noemen Spaarbeleg). Blijkens de gebezigde aanduidingen in de processtukken is Aegon Spaarkas N.V. de rechtsopvolgster van Spaarbeleg. Nu partijen, ook de Stichting c.s., daarvan zonder meer uitgaan, zal het hof dit ook doen en aannemen dat Aegon Spaarkas N.V. in beide zaken in hoger beroep als partij kan optreden. Waar hieronder gesproken wordt over Aegon wordt daarmee mede Spaarbeleg bedoeld.

4.2 Partijen hebben ieder afzonderlijk hoger beroep ingesteld. In de door de Stichting c.s. aanhangig gemaakte zaak (verder ook te noemen: beroep Stichting) heeft Aegon incidenteel hoger beroep ingesteld, waarbij de inhoud van de memorie grotendeels overeenkomt met de door Aegon ingediende memorie van grieven in de door haar aanhangig gemaakte zaak in hoger beroep. In de door Aegon aanhangig gemaakte zaak (verder ook te noemen: beroep Aegon) heeft de Stichting in haar verweer verwezen naar de memorie van grieven in de door haarzelf aangebrachte zaak en heeft zij voorts gesteld dat de door haar in die zaak aangevoerde grieven als hier herhaald dienen te worden beschouwd en heeft zij geconcludeerd dat het hof met inachtneming van die grieven zal beslissen (hetgeen een incidenteel hoger beroep oplevert, waarop Aegon bij haar onder 2.4 genoemde memorie heeft gereageerd). De stellingen in beide gevoegde zaken zijn, kortom, zo verweven dat het hof de van beide kanten aangevoerde grieven en verweren hieronder gezamenlijk zal behandelen.

4.3 Tegen de tussenvonnissen van 20 februari 2008 en van 6 augustus 2008 zijn door de Stichting c.s. geen grieven aangevoerd, zodat de Stichting c.s. in zoverre niet-ontvankelijk zal worden verklaard in het hoger beroep. Hetzelfde geldt wat betreft het tussenvonnissen van 6 augustus 2008 voor Aegon.

4.4 De zaak betreft zogenaamde KoersPlan-overeenkomsten (verder ook te noemen: het Koersplan dan wel de Koersplanovereenkomsten) die door Spaarbeleg in de jaren 1989 tot en met 1998 zijn afgesloten met een groot aantal deelnemers, onder wie [geïntimeerde sub 2],

[geïntimeerde sub 3] en [geïntimeerde sub 4]. Het betreft steeds een spaarkasovereenkomst, waarbij de deelnemers een periodieke inleg betalen. Er vindt vervolgens een spaarstorting plaats die, samen met de spaarstortingen van alle overige deelnemers, in een gezamenlijke spaarkas wordt gestort en belegd. Na afloop van de looptijd van de overeenkomst (die kan variëren, doorgaans tussen de 12 en 40 jaar) worden de spaarstortingen en het daarop behaalde rendement uitgekeerd aan de deelnemers die dan nog in leven zijn. De nabestaanden van de deelnemers die voortijdig (vóór de afloop van de looptijd van hun overeenkomst) overlijden, hebben geen aanspraak op de kas. Hun storting en het daarop behaalde rendement blijft in de kas achter en wordt op de einddatum verdeeld onder de andere deelnemers (de overlevingswinst). Een overlijdensrisicoverzekering biedt bij voortijdig overlijden van een deelnemer aanspraak op een belastingvrije uitkering van de ingelegde som, vermeerderd met rente.

4.5 Kernvragen in deze zaak zijn of in de contractdocumentatie van het Koersplan een contractuele grondslag gevonden kan worden voor het inhouden van een overlijdensrisicopremie op de inleg en zo ja, of tussen Spaarbeleg en de deelnemers van het Koersplan wilsovereenstemming bestond over de hoogte van die premie. Verder ligt de vraag voor of de door Aegon verstrekte informatie op dit punt misleidend was in de zin van artikel 6:194 (oud) van het Burgerlijk Wetboek (BW).

Ontvankelijkheid collectieve actie

4.6 Op grond van artikel 3:305a lid 1 BW kan een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voorzover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt.

4.7 De rechtbank heeft in het eerste vonnis in de rechtsoverwegingen 5.1 tot en met 5.11 geoordeeld dat de Stichting ontvankelijk is in haar vorderingen op grond van artikel 3:305a lid 1 BW. Aegon heeft tegen dit oordeel een grief (I) gericht en heeft daarbij in de eerste plaats aangevoerd dat uit de doelomschrijving in de statuten van de Stichting niet blijkt dat de Stichting de belangen van andere personen behartigt, omdat daarvoor op zijn minst nodig is dat de statuten verwijzen naar specifieke belangen van anderen (grief I.A). Het hof is echter van oordeel dat uit het hiervoor onder 3.5 geciteerde artikel 2 van de statuten van de Stichting, zoals die luiden ten tijde van het instellen van de beroepen, wel degelijk blijkt dat belangen van andere personen worden behartigd, te weten de belangen van bij de Stichting geregistreerde belanghebbenden inzake het geschil met Aegon. Afgezien daarvan begrijpt het hof, evenals de rechtbank, ook uit de doelomschrijving in de eerdere statuten (ook al is dat niet expliciet vermeld) dat de Stichting opkomt voor die personen die stellen schade te hebben geleden door de handelwijze van Aegon bij het aanbieden en uitvoeren van het Koersplan.

4.8 Aegon heeft in de tweede plaats aangevoerd dat de belangen die door de Stichting worden behartigd niet gelijksoortig zijn in de zin van artikel 3:305a lid 1 BW. De Stichting treedt alleen op voor geregistreerde belanghebbenden, die slechts 1,5% van alle deelnemers van het Koersplan vormen, zodat het procederen via een collectieve actie geen rechtens relevant

voordeel biedt boven het procederen op naam of als vertegenwoordiger van de geregistreerde belanghebbenden. Bovendien leent de aard van de door de Stichting ingestelde vorderingen zich niet voor bundeling, nu de individuele situatie van iedere deelnemer aan het Koersplan beoordeeld dient te worden om na te gaan of er sprake is van wilsovereenstemming over de (hoogte van) de overlijdensrisicopremie of van misleiding, aldus Aegon (grief I.B).

4.9 Aan de eis dat de door de Stichting ingestelde vorderingen strekken tot bescherming van gelijksoortige belangen in de zin van artikel 3:305a BW is voldaan indien de belangen ter bescherming waarvan de rechtsvorderingen strekken zich lenen voor bundeling, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van de belanghebbenden kan worden bevorderd. De omstandigheid dat de Stichting niet optreedt voor alle deelnemers van Koersplan, maar slechts voor een deel daarvan, de geregistreerde belanghebbenden, is daarbij niet van belang. De hiervoor weergegeven sub 7, 8 en 9 ingestelde vorderingen van de Stichting vereisen een beoordeling (op basis van de contractsdokumentatie) van de vraag of tussen Aegon en de personen voor wier belangen de Stichting opkomt wilsovereenstemming bestond over (de hoogte van) een overlijdensrisicopremie. De sub 10 ingestelde vordering van de Stichting stelt de vraag aan de orde of de deelnemers op grond van diezelfde contractsdokumentatie zijn misleid in de zin van artikel 6:194 (oud) BW.

Uit de stellingen van partijen en de overgelegde stukken blijkt dat zowel de wijze van aanbieden en afsluiten van het Koersplan als de contractsdokumentatie zodanig uniform is voor alle deelnemers aan het Koersplan dat een onderzoek naar de situatie van de individuele deelnemers naar het oordeel van het hof niet nodig is om de gevorderde verklaringen voor recht, die algemeen zijn geformuleerd, te kunnen beoordelen. Daarmee lenen de in het geding zijnde belangen zich voor bundeling en kan de Stichting in haar vorderingen worden ontvangen. De grieven I.A en I.B van Aegon falen.

Contractuele grondslag voor inhouden overlijdensrisicopremie?

4.10 De rechtbank heeft bij de beoordeling van de vraag of er een contractuele grondslag was voor inhouding van de overlijdensrisicopremie onderscheid gemaakt tussen enerzijds de jaren 1989 en 1990 en anderzijds de jaren vanaf 1991 tot en met 1998.

De rechtbank heeft geoordeeld dat de in de jaren 1989 en 1990 toepasselijke algemene voorwaarden geen contractuele grondslag boden voor het inhouden van een overlijdensrisicopremie op de inleg, behoudens in de gevallen waarin een inschrijfformulier werd gebruikt als in het geval van [geïntimeerde sub 4]. Volgens de rechtbank blijkt uit dat inschrijfformulier dat slechts een deel van de inleg werd belegd en kon uit dat formulier ook de hoogte van de overlijdensrisicopremie worden opgemaakt. De vordering van [geïntimeerde sub 4] als individuele eiseres is daarom afgewezen, evenals de door de Stichting gevorderde verklaringen voor recht met betrekking tot 1989 en 1990 (zoals geciteerd in r.o. 2.2 sub 1 van het vonnis van 6 augustus 2008, zakelijk weergegeven dat Spaarbeleg ten onrechte een overlijdensrisicopremie op de inleg in mindering heeft gebracht over de jaren 1989 en 1990).

4.11 Vanaf 1991 zijn de op het Koersplan toepasselijke algemene voorwaarden gewijzigd. Uit de gewijzigde voorwaarden is volgens de rechtbank voor de in de jaren 1991 tot en met

1998 afgesloten Koersplanovereenkomsten af te leiden dat een overlijdensrisicoverzekering deel uitmaakte van het Koersplan en dat de deelnemer voor deze verzekering een premie verschuldigd was, die door Spaarbeleg op de inleg zou worden ingehouden.

Tegen deze beslissing is door de Stichting c.s. pas bij gelegenheid van haar schriftelijke inleiding op het pleidooi (in alinea 5.8) een grief ingediend; noch in de memorie van grieven in het door haar aangespannen hoger beroep, noch in de memorie van antwoord in het door Aegon ingestelde hoger beroep valt een bezwaar tegen deze beslissing te ontwaren. De schriftelijke inleiding (door het hof toegestaan om de omvang van het mondeling pleidooi te beperken), maakt onderdeel uit van het pleidooi.

4.12 Met betrekking tot het stadium waarin grieven kunnen worden aangevoerd heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 20 juni 2008, (LJN: BC4959) onder meer het volgende overwogen:

“De door de Hoge Raad als juist aanvaarde ruime uitleg van het begrip grief hangt samen met de bepaling van art. 347 lid 1 Rv, dat in hoger beroep slechts een conclusie van eis en een conclusie van antwoord worden genomen, welke regel beoogt het debat in hoger beroep te beperken. Deze regel brengt mee dat de geïntimeerde bij het inrichten van zijn verweer in beginsel ervan mag uitgaan dat de omvang van de rechtsstrijd in appel door de conclusie van eis is vastgelegd en geen rekening ermee hoeft te houden dat zijn verweer tot nieuwe grieven aanleiding kan geven. Daaruit volgt dat de rechter in beginsel niet behoort te letten op grieven die in een later stadium dan de conclusie van eis, dan wel (in het geval van een incidenteel appel) de conclusie van antwoord worden aangevoerd.

Dit stelsel hangt samen met het feit dat het debat in hoger beroep voortbouwt op hetgeen in eerste aanleg is geschied en in zoverre ten opzichte van de eerste aanleg als voortgezette instantie heeft te gelden. In het belang van de concentratie van het debat en van een spoedige afdoening van het geschil, mag in dit licht van appellant in beginsel worden verlangd dat hij in zijn conclusie van eis (memorie van grieven) aanstonds niet alleen al zijn bezwaren tegen de beslissingen van de lagere rechter aanvoert, maar ook de nieuwe feiten of stellingen naar voren brengt waarop hij zich in appel mede wenst te beroepen.

Het vorenstaande betekent mede dat de in art. 347 lid 1 Rv besloten twee-conclusie-regel ook de — ingevolge art. 130 lid 1 in verbinding met art. 353 lid 1 Rv — aan de oorspronkelijk eiser toekomende bevoegdheid tot verandering of vermeerdering van zijn eis, in hoger beroep beperkt in die zin dat hij in beginsel zijn eis slechts kan veranderen of vermeerderen niet later dan in zijn memorie van grieven of van antwoord. Dit geldt ook als de vermeerdering van eis slechts betrekking heeft op de grondslag van hetgeen ter toelichting van de vordering door de oorspronkelijk eiser is gesteld. (...)”

4.13 In zijn arrest van 19 juni 2009 (LJN: BI8771) heeft de Hoge Raad de hiervoor geformuleerde regel herhaald en de volgende verfijning aangebracht:

“(…) Op deze “in beginsel strakke regel” kunnen onder omstandigheden uitzonderingen worden aanvaard, met name indien de wederpartij ondubbelzinnig erin heeft toegestemd dat de nieuwe grief alsnog in de rechtsstrijd in hoger beroep wordt betrokken of dat de eisverandering of -vermeerdering plaatsvindt, of indien de aard van het geschil meebrengt dat in een later stadium nog een grief kan worden aangevoerd of zodanige verandering of

vermeerdering van eis kan plaatsvinden.

Voorts kan in het algemeen het aanvoeren van een grief of een verandering of vermeerdering van eis na het tijdstip van de memorie van grieven of antwoord toelaatbaar zijn, indien daarmee aanpassing wordt beoogd aan eerst na dat tijdstip voorgevallen of gebleken feiten en omstandigheden en de nieuwe grief of de eisverandering of -vermeerdering ertoe strekt te voorkomen dat het geschil aan de hand van inmiddels achterhaalde of onjuist gebleken (juridische of feitelijke) gegevens zou moeten worden beslist, of dat — indien dan nog mogelijk — een nieuwe procedure zou moeten worden aangespannen om het geschil alsnog aan de hand van de juiste en volledige gegevens te kunnen doen beslissen. Onverkort blijft dan gelden dat toelating van de nieuwe grief of de eisverandering of -vermeerdering niet in strijd mag komen met de eisen van een goede procesorde. (...)”.

4.14 Aegon heeft zich ter gelegenheid van het mondelinge pleidooi uitdrukkelijk verzet tegen deze nieuwe grief. Nu ook de in het voormelde arrest van 19 juni 2009 genoemde overige uitzonderingen zich niet voordoen, zal het hof geen acht slaan op deze nieuwe grief. Dit betekent dat het hof ervan dient uit te gaan dat wat betreft de Koersplanovereenkomsten waarop de algemene voorwaarden van de jaren 1991 tot en met 1998 van toepassing zijn een contractuele grondslag bestond voor het inhouden van een overlijdensrisicopremie.

4.15 Met grief II.B heeft Aegon betoogd dat ditzelfde geldt voor de Koersplanovereenkomsten die zijn gesloten in de jaren 1989 en 1990. Volgens Aegon kon de deelnemer uit het informatiemateriaal dat aan hem ter beschikking werd gesteld afleiden dat Aegon tegen betaling van een (gelijktijdig met de spaarstortingen te betalen) premie gehouden was een uitkering te doen bij zijn overlijden. Aegon heeft daarbij voor het jaar 1989 (in haar memorie van grieven) verwezen naar de brochure van dat jaar, die onder meer luidt als volgt:

“(...)Met deze unieke formule wordt uw spaargeld samen met dat van de andere deelnemers in dat jaar belegd in een beleggingspool. Na afloop van de looptijd wordt het opgebouwde vermogen van de beleggingspool verdeeld over de dan nog in leven zijnde deelnemers. Extra rendement dus. Komt u plotseling te overlijden, dan garandeert Spaarbeleg uw nabestaanden een directe, belastingvrije uitkering van de ingelegde som, vermeerderd met 4% rente. Kortom: naast extra rendement ook ingebouwde zekerheid.(...)”.

Aegon heeft voorts verwezen naar de algemene voorwaarden 89.01.03, overgelegd door de Stichting c.s. bij de inleidende dagvaarding en gedeeltelijk geciteerd door de rechtbank in r.o. 3.3 van het eerste vonnis en heeft met name de aandacht gevestigd op de artikelen 1 sub b, 6, 7, 8, 18, 19 en 22. Voor het jaar 1990 heeft Aegon verwezen naar dezelfde artikelen, die in de voorwaarden 90.01.03, die in dat jaar van kracht waren, ongewijzigd uit de voorwaarden van 1989 zijn overgenomen en naar de brochure van dat jaar, die onder meer luidt als volgt:

“(...)Met deze unieke formule wordt uw spaargeld samen met dat van de andere deelnemers in dat jaar belegd in een beleggingspool. Uiteindelijk wordt het opgebouwde vermogen van de beleggingspool verdeeld over de dan nog in leven zijnde deelnemers. Extra rendement dus. Door de ingebouwde overlijdensrisicodekking garandeert Spaarbeleg in geval van overlijden, een belastingvrije uitkering van de ingelegde som, vermeerderd met 4% rente op rente. Kortom: naast extra rendement ook ingebouwde zekerheid.(...)”.

4.16 De rechtbank heeft in r.o. 5.15 van het eerste vonnis geoordeeld dat de genoemde algemene voorwaarden vóór het tot stand komen van de overeenkomst aan de deelnemers ter hand zijn gesteld en dus deel uitmaken van het Koersplan. Tegen dit oordeel zijn geen (tijdige) grieven gericht; pas bij haar schriftelijke toelichting heeft de Stichting zich tegen dit oordeel verzet. Zoals hiervoor is overwogen, is dit tardief. Daarmee staat in hoger beroep vast dat de algemene voorwaarden deel uitmaken van het Koersplan.

4.17 In de door Aegon opgesomde artikelen van de algemene voorwaarden wordt gesproken over “uitkeringen in geval van overlijden”, “polis”, “verzekering” en “premies”. Artikel 1 van de genoemde voorwaarden luidt onder meer als volgt:

“1. In deze voorwaarden wordt verstaan onder:

(...)

b. spaarbelegovereenkomst:

de overeenkomst waaruit voor Spaarbeleg de verplichting ontstaat om:

enerzijds de aan de jaarkas ten goede komende spaarstorting van de inschrijvers in jaarkasverband te beheren en na afloop van de jaarkas bij in leven zijn van de verzekerden het aandeel in de jaarkas uit te keren en

anderzijds om in geval van overlijden van de verzekerde vóór een in de polis bepaalde datum, te haren laste één of meer uitkeringen te doen van één of meer vooraf vastgestelde of tijdens de duur der verzekering nader vastgestelde bedragen, op grond van de gelijktijdig afgesloten verzekering (de verzekering); (...)”

Artikel 18 van de genoemde voorwaarden luidt onder meer als volgt:

“Krachtens de verzekering is Spaarbeleg gehouden tegen betaling van een overeengekomen premie om te haren laste bij overlijden van de verzekerde vóór afloop van de jaarkas aan begunstigde bij overlijden de overeengekomen uitkering(en) te doen.”

Anders dan de rechtbank is het hof van oordeel dat de inhoud van met name deze artikelen, in samenhang gelezen met de rest van de voorwaarden en de hiervoor aangehaalde tekst van de brochures, de contractuele grondslag vormen voor een verplichting van de deelnemer tot betaling van een premie voor een overlijdensrisicoverzekering. Voldoende duidelijk blijkt dat er een verzekering wordt afgesloten teneinde een uitkering bij overlijden mogelijk te maken, hetgeen nodig is omdat de in de jaarkas beheerde spaarstorting van een vóór het einde van de looptijd overleden deelnemer in de spaarkas blijven om aldus als overlevingswinst aan de overige deelnemers ten goede te komen.

4.18 Daarbij komt dat ook in de Brochure Spaarkassparen en in de Prospectus Spaarkasinschrijvingen uitdrukkelijk wordt gesproken van een overlijdensrisicoverzekering met voormeld doel (het verstrekken van een uitkering bij overlijden terwijl het spaartegoed aan de overlevende deelnemers toevalt), waarvoor een aparte overlijdensrisicopremie is verschuldigd. De Stichting c.s. heeft (in tegenstelling tot haar eerdere betwisting dat alle deelnemers die stukken hebben ontvangen) bij pleidooi in hoger beroep expliciet meegedeeld dat het ervoor gehouden kan worden dat ook de Brochure Spaarkassparen en de Prospectus Spaarkasinschrijvingen deel uitmaken van de contractsdocumentatie. Het hof gaat daarvan dan ook uit.

De conclusie luidt dat voor de in de jaren 1989 tot en met 1998 afgesloten

Koersplanovereenkomsten een contractuele grondslag bestaat voor het inhouden van een overlijdensrisicopremie.

Hoogte premie overeengekomen?

4.19 De volgende vraag is of de deelnemers aan het Koersplan de hoogte van de premie voor de overlijdensrisicoverzekering uit de contractsdocumentatie konden afleiden en zo nee, wat daarvan de consequentie moet zijn. De rechtbank heeft de eerste vraag wat betreft alle Koersplanovereenkomsten die in de jaren 1989 tot en met 1998 zijn gesloten ontkennend beantwoord (in r.o. 5.18 tot en met 5.20 van het eerste vonnis). Volledigheidshalve overweegt het hof het volgende. De rechtbank heeft aan dit oordeel wat betreft de overeenkomsten die tot stand zijn gekomen in de jaren 1989 en 1990 geen consequenties verbonden. De reden daarvoor was dat de gevorderde verklaring voor recht dat de premies van de overlijdensrisicoverzekering moeten worden bijgesteld (de tweede vordering zoals geciteerd in r.o. 2.2 van het vonnis van 6 augustus 2008) voor de aanvangsjaren 1989 en 1990 naar haar oordeel niet kon worden toegewezen. Voor deze jaren was door de Stichting slechts een vaststelling van de premie op “0” gevorderd en niet een door de rechtbank in redelijkheid vast te stellen percentage (zie r.o. 3.30 van het vonnis van 13 mei 2009, verder ook te noemen: het eindvonnis). Dit laat echter onverlet dat voormelde vraag (naar de kenbaarheid van de hoogte van de premie en de consequenties daarvan) in hoger beroep ook relevant is voor de overeenkomsten gesloten in de jaren 1989 en 1990. De Stichting c.s. komt immers ook op tegen r.o. 3.30 van het eindvonnis en de daarop gebaseerde afwijzing van de gevorderde verklaring voor recht. Hetgeen hierna wordt overwogen omtrent de kenbaarheid van de hoogte van de premie en de consequenties daarvan heeft dus ook betrekking op de Koersplanovereenkomsten die zijn afgesloten in de jaren 1989 en 1990.

4.20 Grief II.C van Aegon richt zich tegen genoemd oordeel van de rechtbank dat de deelnemers aan het Koersplan de hoogte van de premie voor de overlijdensrisicoverzekering niet uit de contractsdocumentatie konden afleiden. Aegon licht deze grief als volgt toe. Het Koersplan biedt de deelnemer tegen betaling van de inleg een belegging in een spaarkas en een verzekerd bedrag bij overlijden. De belegging in de spaarkas biedt aanspraak op een potentieel eindkapitaal. De aankoopbeslissing van de deelnemer zal zijn gebaseerd op enerzijds de prijs (de inleg, die bestaat uit een deel spaarstorting en een deel verzekeringspremie) en anderzijds de potentiële eindopbrengst (na afloop of bij tussentijds overlijden). Over deze elementen kon bij de deelnemer geen misverstand bestaan: de prijs wordt vermeld in de bevestigingsbrief en op het certificaat onder het kopje “inleg”, de brochure bevat de hoogte van de uitkering bij tussentijds overlijden, de historische voorbeeldrendementen en de netto rendementen die de deelnemer, afhankelijk van zijn inleg en het geprognosticeerd rendement mocht verwachten. Aegon stelt dat het voor deelnemers aan het Koersplan niet van belang is waaraan de inleg wordt besteed (aan spaarstortingen, overlijdensrisicopremie of kosten) en dat het dus niet relevant is hoe hoog de overlijdensrisicopremie is, zolang het geprognosticeerde nettorendement maar gehaald wordt. Het hof beoordeelt dit standpunt als volgt. Nu het zo is dat de spaarstorting enerzijds en de overlijdensrisicopremie (en eventueel daarin verborgen kosten anderzijds) communicerende

vaten zijn, in die zin dat hoe hoger de premie wordt vastgesteld, hoe lager de spaarstorting is, gaat deze stelling niet op. Naarmate de spaarstorting lager is dan de deelnemer op grond van de contractsdocumentatie mocht verwachten, dient het beleggingsrendement van de spaarkas hoger te zijn om het voorgespiegelde eindkapitaal te halen. Bij een gelijkblijvend rendement haalt een deelnemer met een hoge overlijdensrisicopremie dus een lagere opbrengst dan waarop hij kon rekenen, uitgaande van een lage of gemiddelde hoogte van de premie. De hoogte van de premie vormt daarmee een wezenlijk element van de overeenkomst en de deelnemer heeft recht op juiste informatie daarover.

Dat premie meer in het algemeen een wezenlijk element van een verzekering is wordt ook bevestigd in de definitie van het begrip verzekering in artikel 7:925 BW.

4.21 Aegon heeft voorts betoogd dat de wijze van informatievoorziening moet worden gezien in het normenkader dat gold in de jaren 1989 tot 1998, welk kader wezenlijk anders is dan nu. In die jaren werd het beginsel van zogenaamde indirecte transparantie gehanteerd, inhoudende dat verzekeraars aan de verzekeringnemers slechts informatie verstrekken die noodzakelijk is voor een goed begrip van de wezenlijke bestanddelen van de overeenkomst. Dit beginsel is gebaseerd op de Derde Levenrichtlijn (Richtlijn 92/96/EEG van de Raad voor de Europese Gemeenschappen van 10 november 1992, PB EG L 360 van 9 december 1992) en de Regeling informatieverstrekking aan verzekeringnemers 1994 (in werking getreden op 1 juli 1994 en verder ook te noemen RIAV 1994) waarmee de Europese richtlijn in Nederland is geïmplementeerd. Aegon verwijst in dit kader ook naar de Code Rendement en Risico, door het Verbond van Verzekeraars is opgesteld en op 1 januari 1997 in werking is getreden. Uit deze regelgeving vloeit volgens Aegon voort dat verzekeraars geen informatie hoefden te verschaffen over de kosten en/of de verzekeringspremie; slechts de totale inleg diende vermeld te worden.

De Stichting c.s. heeft gesteld dat uit de tekst van de Derde Levenrichtlijn (artikel 31 jo Bijlage II, sub A, a.7 en a.10), de RIAV 1994 (artikel 2 lid 2) en de Code Rendement en Risico nu juist volgt dat de deelnemer duidelijk, nauwkeurig en schriftelijk moet worden geïnformeerd over de hoogte van de premie.

4.22 Het hof oordeelt als volgt. In voormelde Bijlage II is bepaald dat aan de verzekeringnemer voor de sluiting van de overeenkomst duidelijke, nauwkeurige en schriftelijke inlichtingen moeten worden verstrekt over (onder andere) de premies voor iedere verzekeringsdekking, zowel de hoofddekking als de aanvullende dekkingen, indien zulke inlichtingen dienstig blijken (sub A, a.10); in artikel 2 van de RIAV 1994 was bepaald dat een verzekeraar die een overeenkomst van levensverzekering aanbiedt er zorg voor draagt dat de verzekeringnemer schriftelijk in kennis wordt gesteld van (onder andere) de premie verschuldigd voor de hoofddekking en, indien de overeenkomst voorziet in een of meer nevenuitkeringen, de premies die voor ieder van de nevenuitkeringen zijn verschuldigd. Met de Stichting c.s. leidt het hof uit die bepalingen af dat op de verzekeraar wel degelijk de verplichting rustte de verzekeringnemer vooraf te informeren over de hoogte van de premie. Aegon heeft ook niet toegelicht uit welke bepalingen van Bijlage II zij afleidt dat kon worden volstaan met vermelding van de totale inleg. Ook overigens heeft Aegon, mede in aanmerking genomen het gemotiveerde verweer van de Stichting c.s., onvoldoende aangedragen om haar

stelling te onderbouwen dat de toenmalige opvattingen meebrachten dat een verzekeraar geen informatie hoefde te verschaffen over de hoogte van een verzekeringspremie. Dit wordt ook gelogenstraft door de inhoud van de Prospectus Spaarkasinschrijvingen en de Brochure Spaarkassparen, waar door Aegon zelf naar verwezen wordt als bron van informatie voor de deelnemers. Zowel de Prospectus als de Brochure gaat ervan uit dat de verzekeraar aan de deelnemer mededeelt hoe hoog de spaarstorting, de premie en de kosten zijn bij een spaarkasovereenkomst; de Prospectus vermeldt dat de hoogte van de premie wordt weergegeven in het bewijs van inschrijving.

In een door de Stichting c.s. overgelegde uitspraak van de Raad van Toezicht Verzekeringen van 13 november 2006 wordt verwezen naar deze passages uit de Prospectus en de Brochure en wordt mede op grond van die passages ter zake een kennelijk met het Koersplan vergelijkbaar product overwogen dat de verzekeraar de goede naam van het verzekeringsbedrijf heeft geschaad door niet aan klager duidelijk te maken welke premie voor de overlijdensrisicodekking verschuldigd was.

Ook indien in ogenschouw wordt genomen dat de opvattingen over welke informatie door financiële instellingen aan consumenten moet worden verstrekt over financiële producten (ingrijpend) gewijzigd zijn sinds de jaren 1989-1998, geldt op grond van het hiervoor overwogene dat op Aegon ook toen de verplichting rustte de deelnemers te informeren over de hoogte van de premie.

4.23 Aegon heeft (subsidiair) gesteld dat zij die informatie heeft verstrekt doordat op basis van informatie in het certificaat op eenvoudige wijze kan worden berekend wat de omvang van de spaarstorting is en daarmee wat de omvang van de overlijdensrisicopremie is. De berekening vergt van de deelnemer, volgens de eigen stellingen van Aegon, dat deze informatie op het certificaat (het aantal beleggingseenheden) combineert met informatie uit de algemene voorwaarden (de bepaling van de omvang van een beleggingseenheid die volgt uit de elkaar in de loop der jaren opvolgende artikelen 3). De berekening van de omvang van de spaarstorting omvat zes afzonderlijke stappen en in een groot aantal gevallen is daarvoor een herleidingstabel nodig (alleen indien jaarbetalingen worden gedaan, volgens Aegon in ongeveer 11% van de Koersplan-overeenkomsten, is geen herleidingstabel nodig; in de algemene voorwaarden vanaf 1996 is niet langer gebruik gemaakt van de herleidingstabel). De herleidingstabel is door Aegon niet ter beschikking gesteld bij het aangaan van het contract en de wijze van berekening is in de contractsdocumentatie niet toegelicht. Het hof is van oordeel dat ook van een belegger die zich in de contractsdocumentatie heeft verdiept en die redelijk geïnformeerd en oplettend is, niet verwacht kon worden dat hij deze berekening zonder toelichting zou en kon uitvoeren.

Dit betekent dat de stelling van Aegon niet opgaat dat het deel van de inleg dat wordt aangewend als spaarstorting eenvoudig bepaalbaar is en dat daarom evenmin de stelling opgaat dat daaruit door de deelnemers (op eenvoudige wijze) kan worden afgeleid wat de hoogte van de premie is.

Aegon heeft de hoogte van de overlijdensrisicopremie daarmee niet (voldoende duidelijk) kenbaar gemaakt aan de deelnemers, zodat niet geoordeeld kan worden dat de eenzijdig door Aegon bepaalde premie met de deelnemers is overeengekomen.

4.24 Dat geldt om de volgende redenen ook voor de partij [geïntimeerde sub 4] en diegenen van de deelnemers die een vergelijkbaar inschrijfformulier als [geïntimeerde sub 4] hebben ingevuld Het inschrijfformulier van [geïntimeerde sub 4] luidt onder meer als volgt:

“ Inleg f 626,22

Extra:

Verzorgingstarief f.....

Premievrijstelling

bij invaliditeit f .....

-----

f 626,22

Waarvan

spaarstorting f 554,58

De definitieve premievaststelling geschiedt door het hoofdkantoor.”

Het betreft een invulformulier, waarbij de hiervoor weergegeven bedragen handgeschreven zijn. Op de rest van het formulier komt het woord premie of overlijdensrisicoverzekering niet voor. Nu op het formulier niet wordt vermeld dat het verschil tussen de inleg en de spaarstorting wordt veroorzaakt door de inhouding van een overlijdensrisicopremie op de inleg, kan niet worden aangenomen dat [geïntimeerde sub 4] en de andere deelnemers die een dergelijk formulier hebben ingevuld wisten of hadden moeten begrijpen wat de hoogte van de overlijdensrisicopremie was. Op zich is juist dat uit de algemene voorwaarden kan worden opgemaakt dat de inleg bestaat uit spaarstorting en premies, dat alleen de spaarstorting ten goede komen aan de spaarkas, en dat de administratie-, beheers- en aankoopkosten ten laste van de spaarstorting c.q. het aandeel in de jaarkas worden gebracht. Mede gezien de verplichting van Aegon om de deelnemers duidelijk en nauwkeurig te informeren omtrent de hoogte van de premie, mag van een gemiddelde deelnemer, ook als die redelijk oplettend en geïnformeerd is, echter niet worden verwacht dat hij de informatie uit het formulier en uit de algemene voorwaarden zo zou combineren dat hem daaruit zonder nadere toelichting duidelijk moest zijn dat het verschil tussen inleg en spaarstorting niet kon zien op de rekening te brengen kosten, maar op de hoogte van de premie. Dat het cijferkundig geen onredelijke aanname zou zijn om het verschil tussen inleg en spaarstorting op te vatten als kosten die door Aegon in rekening konden worden gebracht, blijkt uit hetgeen de Stichting c.s. bij gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep heeft voorgerekend (onder 5.6 van de pleitnota). Daarbij merkt het hof nog op dat het tegen het moment van het naar voren brengen van die berekening gerichte bezwaar van Aegon wordt verworpen; anders dan Aegon stelt betreft deze berekening geen nieuwe grief, doch de uitwerking van de (onder meer onder 3.7.11 van de memorie van grieven van de Stichting c.s. verwoorde) grief dat [geïntimeerde sub 4] uit het inschrijfformulier slechts kon concluderen dat op de inleg bedragen aan kosten in mindering zouden worden gebracht.

4.25 Omdat, zoals hiervoor is overwogen, de hoogte van de premie niet in de contractsdocumentatie was opgenomen en evenmin voor de deelnemers voldoende bepaalbaar was, kan niet worden aangenomen dat die deelnemers met de door Aegon gehanteerde hoogte van de premie hebben ingestemd. De conclusie luidt dat aangenomen moet worden dat de hoogte van de overlijdensrisicopremie eenzijdig is bepaald door Aegon en dus niet met de

deelnemers is overeengekomen.

4.26 Het verweer van Aegon dat de deelnemers in elk geval sinds 2001 jaarlijks (via het jaaroverzicht) expliciet zijn geweest op het feit dat premie in rekening werd gebracht en dat zij daarom niet tijdig hebben geprotesteerd in de zin van artikel 6:89 BW gaat niet op. Weliswaar heeft Aegon onbetwist aangevoerd dat alle deelnemers in het Koersplan middels een brief van Spaarbeleg van 28 januari 2001 erop zijn geweest dat een deel van de inleg wordt aangewend voor een overlijdensrisicopremie, maar uit die brief wordt niet duidelijk hoe hoog die premie is. Daarvoor moet de rekenexercitie worden uitgevoerd als hiervoor beschreven, waarvan aangenomen moet worden dat ook een redelijke oplettende en geïnformeerde deelnemer die niet zonder meer kon en zou uitvoeren. Gelet op de complexe, weinig inzichtelijke structuur van het beleggingsproduct is het redelijkerwijze verklaarbaar dat deelnemers niet onmiddellijk na deze brief bij Spaarbeleg zijn gaan protesteren. De Stichting c.s. heeft onbetwist aangevoerd dat [geïntimeerde sub 2] bij brief van 20 juli 2004 een klacht heeft ingediend bij Spaarbeleg en daarop op 6 augustus 2004 voor het eerst een specificatie ontving van de overlijdensrisicopremie. Gelet op voornoemde omstandigheden en het feit dat is gesteld noch gebleken dat Aegon door het tijdsverloop in een nadeliger positie is komen te verkeren moet worden aangenomen dat [geïntimeerde sub 2] (en daarmee de overige deelnemers waar de Stichting c.s. voor opkomt, waaronder [geïntimeerde sub 4] en [geïntimeerde sub 3]) binnen bekwame tijd in de zin van artikel 6:89 BW bij Aegon heeft/hebben geprotesteerd.

Invulling van de leemte in de overeenkomst

4.27 Het hof is met de rechtbank van oordeel dat door het ontbreken van wilsovereenstemming over de hoogte van de premie sprake is van een “leemte” in de overeenkomst, die in overeenstemming met de eisen van redelijkheid en billijkheid in de zin van artikel 6:248 BW dient te worden ingevuld door het bepalen van een redelijke premie. Conform artikel 3:12 BW dient daarbij rekening gehouden te worden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij deze zaak betrokken zijn. Voorts kan inspiratie worden ontleend aan artikel 7:4 BW, dat ziet op een koopovereenkomst die is gesloten zonder dat de prijs is bepaald.

Het Koersplan is opgebouwd uit de volgende elementen: een belegging in een spaarkas, die aan het eind van de looptijd verdeeld wordt onder de overlevenden en een verzekering ter dekking van het overlijdensrisico, waarvoor premie verschuldigd is. De aard van die overeenkomst brengt met zich dat deze elementen niet losgekoppeld kunnen worden en dat niet één van die elementen, de overlijdensrisicopremie, uit het verband van de overeenkomst kan worden gehaald. Nu gedurende de looptijd van het Koersplan een overlijdensrisicoverzekering van kracht is en dekking wordt verleend, is Aegon gerechtigd daarvoor een zekere premie in rekening te brengen. Dat de premie van de overlijdensrisicoverzekering op 0 gesteld zou moeten worden, zoals de Stichting c.s. primair betoogt, is daarom niet in overeenstemming met de redelijkheid en billijkheid die partijen als contractpartners tegenover elkaar in acht dienen te nemen.

4.28 De discussie die in eerste aanleg is gevoerd over de vraag hoe de hoogte van de premie dan wel in overeenstemming met de redelijkheid en billijkheid moet worden bepaald, laat zich als volgt weergeven.

In het eerste vonnis heeft de rechtbank partijen onder meer de gelegenheid geboden om zich uit te laten over de mogelijke consequenties van het ontbreken van wilsovereenstemming over de hoogte van de premie.

In haar akte van 15 augustus 2007 heeft de Stichting c.s. aangevoerd dat bij het bepalen van een redelijke premie de volgende uitgangspunten dienen te worden gehanteerd:

- slechts de netto actuariële kosten voor overlijdensrisicodekking mogen in rekening worden gebracht, gebaseerd op actuele sterftetafels die golden op het tijdstip van totstandkoming van de Koersplanovereenkomsten;
- er dient rekening gehouden te worden met de looptijd van de overeenkomst en de leeftijd en het geslacht van de deelnemer;
- er dient geen rekening gehouden te worden met een winststopslag of een opslag voor administratiekosten.

Op basis van deze uitgangspunten heeft de Stichting c.s. een berekening laten maken door de Amsterdam School of Economics (d.d. 8 juli 2007, overgelegd als productie F bij die akte). Daaruit blijkt dat de hoogte van de kostprijs van de premie sterk afhankelijk is van leeftijd van de deelnemer en de looptijd van de overeenkomst en in mindere mate van het geslacht van de deelnemer, en dat een premie ter hoogte van 17% of 15,3% van de inleg (zoals deze inmiddels bedraagt na de zogenaamde productverbeteringen door Aegon per respectievelijk mei 2005 en 1 januari 2006) onredelijk hoog is voor de meeste deelnemers.

Aegon heeft in haar daarop volgende akte van 10 oktober 2007 gesteld dat de in rekening gebrachte premie alleszins redelijk is, omdat het Koersplan ook met deze premiestelling doet wat het belooft. In de brochure waarmee het product onder de aandacht van het publiek is gebracht wordt aan de hand van een tabel getoond welk bedrag een deelnemer netto in handen kan krijgen (verder: getoond eindkapitaal) bij een bepaalde maandelijkse inleg tegen verschillende rendementen die als voorbeeld gebruikt worden (in procenten, bij voorbeeld 10%, 11%, 12%, verder te noemen voorbeeldpercentages). In de brochure worden verder historische (gerealiseerde) rendementen (verder: historische rendementen) getoond aan de hand waarvan de lezer kan beoordelen of de getoonde eindkapitalen haalbaar zijn. Aegon stelt dat de in rekening gebrachte overlijdensrisicopremies, zeker na de productverbetering van 2005, dusdanig zijn dat het product voor iedere deelnemer binnen een acceptabele bandbreedte qua rendement (verder ook te noemen: spread) doet wat in de brochure wordt getoond. Het voor de individuele deelnemers haalbare nettorendement wijkt niet substantieel af van de getoonde eindkapitalen. Aegon verwijst hierbij naar de door haar overgelegde berekeningen (aangeduid als de producties G-29 en G-30).

Aegon heeft voorts aangevoerd dat bij de tarifiering van verzekeringsproducten de volgende elementen een rol spelen:

- sterftegrondslagen en rekenrente;
- kostenparameters;
- solvabiliteitseisen toezichthouder;
- vergoeding kapitaalverschaffer;

- opbrengst verzekering en de concurrentie.

Voorzover opvulling van de leemte niet zou leiden tot het vaststellen van een premie gelijk aan de na de aanpassing in 2005 in rekening gebrachte premie, zou met deze elementen rekening gehouden moeten worden bij de bepaling van een redelijke rente, aldus Aegon.

4.29 Vervolgens is bij vonnis van 20 februari 2008 een comparitie van partijen bepaald, die heeft plaatsgevonden op 8 april 2008. In het vonnis van 6 augustus 2008 (verder: het derde vonnis) heeft de rechtbank geconstateerd dat beide partijen hun voorkeur hebben uitgesproken voor aanvulling van de overeenkomst door de rechtbank door middel van vaststelling van de hoogte van de premie met inachtneming van de aanvullende eisen van redelijkheid en billijkheid. Tegen deze constatering zijn geen grieven gericht. De rechtbank heeft daarna overwogen dat partijen op essentiële punten met elkaar van mening verschillen over de vraag welke uitgangspunten gehanteerd zouden moeten worden bij de invulling van de leemte. De rechtbank heeft Aegon vervolgens, overeenkomstig hetgeen zij in r.o. 3.11 van het derde vonnis heeft overwogen, in de gelegenheid gesteld te bewijzen dat de getoonde rendementen in vrijwel alle gevallen binnen de spread van de tabel met de in de brochures getoonde voorbeeldkapitalen vallen.

4.30 Bij akte bewijslevering van 3 september 2008 heeft Aegon verschillende stukken overgelegd, waaronder een rapport van [Z], een actuariel bureau, dat de in de producties G-29 en G-30 opgenomen berekeningen heeft geverifieerd en gecorrigeerd, hetgeen heeft geresulteerd in de producties G-29 nieuw en G-30 nieuw, door Aegon overgelegd als producties G-37 en G-38.

Bij antwoordakte van 1 oktober 2008 heeft de Stichting c.s. gereageerd op deze akte en de daarbij overgelegde berekeningen. In haar betoog heeft zij een vergelijking gemaakt tussen de premie die in het Koersplan betaald diende te worden voor een overlijdensrisicoverzekering en de premie voor een aparte overlijdensrisicoverzekering, in 1993 gesloten bij Ohra-levensverzekeringen N.V. op basis van de volgende gegevens: een 25-jarige man, een looptijd van 15 jaar en een overlijdensuitkering van f. 120.000,-. De premie voor die Ohra-verzekering bedraagt blijkens het als productie 6 overgelegde polisblad jaarlijks f. 228,66. Uit de door de Stichting c.s. op basis van die gegevens gemaakte vergelijking van een 25-jarige deelnemer aan Koersplan met een looptijd van 15 jaar enerzijds en de genoemde Ohra-verzekering met (in plaats van de hiervoor genoemde uitkering van f. 120.000,-) een vergelijkbare dekking als die het Koersplan biedt (het totaal aan ingelegde bedragen vermeerderd met 4% rente) anderzijds blijkt dat bij Ohra volstaan kon worden met 1,66% van de gedekte uitkering aan premie terwijl binnen het Koersplan 11,19% werd gerekend.

4.31 Na getuigenverhoren en conclusies na enquête van beide partijen heeft de rechtbank op 13 mei 2009 eindvonnis gewezen. In r.o. 3.17, 3.24 en 3.28 heeft de rechtbank geconstateerd dat Aegon de vergelijking van de Stichting c.s. met de losstaande Ohra-verzekering inhoudelijk niet heeft betwist. In r.o. 3.29 heeft de rechtbank vervolgens overwogen dat, nu Aegon er voor heeft gekozen geen inzicht te verschaffen in de inrichting van haar product, waardoor de rechtbank geen inzicht heeft gekregen in de door Aegon gerealiseerde marges, de stellingen van de Stichting c.s. aan de hand van de vergelijking met de Ohra-verzekering

zullen worden gevolgd. De rechtbank heeft daarom de door de Stichting c.s. gevorderde verklaring voor recht toegewezen, in die zin dat de premies van de overlijdensrisicoverzekering voor de Koersplanovereenkomsten met aanvangsjaren 1991 tot en met 1998 moeten worden bijgesteld met een factor 1,66/11,19.

4.32 De rechtbank heeft in r.o. 3.9 van het eindvonnis de hiervoor onder 3.5 genoemde Aanbeveling (met instemming van partijen) als uitgangspunt genomen voor het bepalen van een redelijke overlijdensrisicopremie voor het Koersplan. Partijen hebben geen van beide (voldoende gemotiveerde) grieven tegen dit uitgangspunt gericht. Aegon lijkt in grief II.F weliswaar een klacht te richten tegen dit uitgangspunt, maar uit de bij die grief behorende toelichting en uit alinea 9.47 van de memorie van grieven in het beroep Aegon blijkt dat Aegon wel van mening is dat de Aanbeveling terecht als uitgangspunt is genomen, maar dat zij slechts klaagt over de wijze waarop de rechtbank dat uitgangspunt heeft uitgelegd en toegepast.

Uit de in de Aanbeveling geschetste voorgeschiedenis blijkt dat de Ombudsman Financiële Dienstverlening (verder: de Ombudsman) een breed onderzoek heeft gedaan en overleg heeft gevoerd met zowel vertegenwoordigers van consumentenorganisaties en van verzekeraars als met de Autoriteit Financiële Markten, De Nederlandsche Bank, de Nederlandse Mededingingsautoriteit en het Ministerie van Financiën.

Gelet op het voorgaande zal ook het hof bij het invullen van de leemte in de overeenkomst tussen partijen uitgaan van de inhoud van de Aanbeveling en de achterliggende opvattingen die daaruit blijken.

4.33 Partijen verschillen van mening over de uitleg van de Aanbeveling. Met grief II.E komt Aegon op tegen de verwerping door de rechtbank van de wijze waarop volgens Aegon de Aanbeveling moet worden uitgelegd. Aegon heeft het volgende gesteld. De Aanbeveling gaat uit van een maximering van het totaal aan inhoudingen wegens kosten en berekent dit maximum aan het einde van de looptijd van de beleggingsverzekering. De kostenmaximering houdt in dat het eindkapitaal van een overeenkomst minimaal gelijk moet zijn aan het eindkapitaal van een identieke overeenkomst, waarbij de totale kosten jaarlijks niet meer bedragen dan 3,5% van de op dat moment aanwezige fondswaarde. Er worden vervolgens twee berekeningen gemaakt: een berekening van het eindkapitaal op basis van de werkelijke polis, waarbij alle kosten en (risico)premies in rekening worden gebracht en een berekening op basis van een modelpolis, waarbij alle kosten worden vervangen door een jaarlijkse heffing van 3,5% over de (fictieve) fondswaarde. Indien de deelnemer bij de berekening op basis van de modelpolis een hogere eindwaarde krijgt dan bij de berekening op basis van de werkelijke polis, krijgt hij dit verschil op de einddatum gecompenseerd.

De Stichting c.s. heeft de op grond van de Aanbeveling te volgen methodiek van compensatie tot zover niet betwist.

Aegon heeft echter vervolgens gesteld dat de risicopremie (die op grond van punt 6 van de Aanbeveling niet tot de kosten kan worden gerekend) volgens de Aanbeveling dient te worden genormeerd en dat, indien en voor zover een premie wordt ingehouden die boven die norm zit, de onder 3 voorziene vergelijking tussen werkelijke polis en modelpolis ertoe leidt dat het meerdere valt onder de in het kader van de hiervoor weergegeven berekening te

maximaliseren kosten.

De Stichting c.s. heeft deze uitleg van de Aanbeveling gemotiveerd betwist.

4.34 Op zichzelf is juist dat toepassing van de in de Aanbeveling onder 3 omschreven vergelijking per saldo ertoe lijkt te leiden dat de verzekeraar naast de (overeenkomstig punt 7) te maximaliseren overlijdensrisicopremie een jaarlijks bedrag van 3,5% van de aanwezige fondswaarde (ofwel 3,5% van het bruto fondsrendement) uit hoofde van kostendoorberekening mag “behouden”. Volgens de tekst van punt 3 van de Aanbeveling wordt het kapitaal van de werkelijke polis immers vergeleken met het kapitaal van een identiek contract, waarbij alle kostensoorten zijn vervangen door een jaarlijkse heffing van 3,5% over het fonds.

Uit (de toelichting op) de Aanbeveling kan echter worden opgemaakt dat de Aanbeveling bij dit alles uitgaat van de vooronderstelling dat de door de verzekeraar gehanteerde kosten hoger zijn dan 3,5 % van de fondswaarde. Gelet op de achtergrond van de Aanbeveling en het daarin tot uitdrukking gebrachte streven om de kosten en de daarvan te onderscheiden overlijdensrisicopremie afzonderlijk te maximaliseren, acht het hof het een redelijke uitleg dat het in punt 3 van de Aanbeveling genoemde percentage van 3,5% wordt toegepast indien de door de verzekeraar gehanteerde kosten hoger zijn dan de jaarlijkse heffing van 3,5% over de fondswaarde. Bij de Koersplanovereenkomsten is dat niet het geval, zodat het betoog van Aegon dat de kosten mogen worden “opgeplust” naar het niveau van de jaarlijkse heffing van 3,5% over de fondswaarde niet opgaat.

Grief II.E gaat dus niet op.

4.35 Vervolgens betoogt Aegon met grief II.F dat de rechtbank heeft veronachtzaamd dat de Aanbeveling niet meer was dan een uitgangspunt voor de vaststelling van de redelijke premie. Aegon heeft in dit kader aangevoerd dat de Aanbeveling een raamwerk beoogde te bieden aan verzekeraars en de belangenbehartigers van hun polishouders om op basis van de specifieke portefeuille van de betreffende verzekeraar invulling te geven aan de beoogde kostenmaximering. Vrijwel alle grote verzekeraars hebben inmiddels invulling gegeven aan (onder andere punt 7 van) de Aanbeveling door hierover bilaterale afspraken te maken met de belangenbehartigers van de polishouders. De verzekeraars die nog geen akkoord hebben gesloten, volgen deze afspraken eveneens. Omdat er, anders dan waar de Aanbeveling van uitgaat, niet zoiets bestaat als een marktconforme (kostenopslag op de) risicopremie, is in de akkoorden de risicopremie waarvan bij de normkostenberekening van de polis zou moeten worden uitgegaan, gestandaardiseerd en is er een “genormeerde premie” voorgeschreven, gelijk aan de kostprijs (d.w.z. een “kale” overlijdensrisicoverzekering), gebruteerd met een vast percentage. Daarbij zijn tevens afspraken gemaakt over de te hanteren objectieve maatstaven, waaronder de te hanteren sterftetafels. Afgesproken is dat uitsluitend de genormeerde bruto risicopremie buiten beschouwing wordt gelaten bij de optelsom van kosten en risicopremie; alle overige kosten en opslagen, ook voor zover deze zijn verdisconteerd in de daadwerkelijk door verzekeraars in rekening gebrachte overlijdensrisicopremie, tellen onverkort mee voor het kostenmaximum. In navolging van vrijwel alle grote verzekeringsmaatschappijen heeft Aegon voormelde afspraken neergelegd in de regeling die zij op 9 juli 2009 getroffen heeft met de Stichting Verliespolis en de Stichting

Woekerpolisclaim (verder te noemen: het akkoord met de belangenbehartigers). Daarin is onder meer opgenomen dat bij de zogenaamde normkostenberekening van de polis wordt uitgegaan van een genormeerde risicopremie (de kale risicopremie gebruteerd met 16%), het daarboven als overlijdensrisicopremie in rekening gebrachte telt mee bij de berekening van het kostenmaximum. Dit akkoord komt overeen met regelingen die door andere verzekeraars zijn gesloten naar aanleiding van de Aanbeveling en weerspiegelt de inmiddels bereikte maatschappelijke consensus over een aanpassing van de kostenstructuur van beleggingsverzekeringen. Volgens Aegon heeft ook de Ombudsman ingestemd met dit akkoord (hij heeft bij e-mailbericht van 23 juni 2009 laten weten dat de aangeboden regeling een redelijke en juiste toepassing is van de Aanbeveling en in lijn met de eerder overeengekomen regelingen is. Invulling van de leemte in het Koersplan op dezelfde wijze als in het akkoord met de belangenbehartigers komt daarom overeen met de eisen van redelijkheid en billijkheid aldus Aegon.

4.36 Afgezien van de vraag of de door Aegon gestelde maatschappelijke consensus is bereikt (hetgeen door de Stichting c.s. gemotiveerd wordt betwist) en of deze consensus tot uitdrukking is gebracht in het akkoord met de belangenbehartigers, geldt dat dit akkoord een compromis betreft dat mede is gebaseerd op de door Aegon voorgestane, maar hiervoor onder 4.34 verworpen, uitleg van de Aanbeveling, welk compromis uitdrukkelijk door de Stichting c.s. van de hand is gewezen. Ook de Ombudsman gaat ervan uit dat de regelingen een compromisgehalte hebben. Nog daargelaten de door de Stichting c.s. gemaakte opmerkingen over de vraagstelling die heeft geleid tot het namens de Ombudsman geschreven e-mailbericht van 23 juni 2009 geldt dat dit e-mailbericht in het licht van het hiervoor overwogene onvoldoende gewicht in de schaal legt om de akkoorden met de belangenbehartigers leidraad te laten zijn in het onderhavige geschil tussen Aegon en degenen die het akkoord niet omarmd hebben. Invulling van de leemte in het Koersplan op die basis acht het hof daarom niet in overeenstemming met de redelijkheid en billijkheid.

4.37 Vervolgens heeft Aegon een grief gericht (op blz. 85 van haar memorie van grieven) tegen de beslissing van de rechtbank, gebaseerd op de vergelijking met de Ohra-verzekering, dat de premies van de overlijdensrisicoverzekering voor de Koersplanovereenkomsten met aanvangsjaren 1991 tot en met 1998 moeten worden bijgesteld met een factor 1,66/11,19. In de eerste plaats heeft zij aangevoerd dat de Stichting c.s. deze stellingen heeft ingenomen in het kader van het debat over de andere grondslag van haar vordering, misleiding, en dat Aegon daarom overvallen werd door het feit dat de rechtbank deze stellingen plotseling als uitgangspunt nam voor de vaststelling van een redelijk premieniveau. Wat hier ook van zij, deze grief mist belang omdat Aegon (in elk geval) in hoger beroep de gelegenheid had deze stellingen inhoudelijk te betwisten en om zelf concreet te maken hoe hoog een redelijke premie bij het Koersplan dan wel had moeten zijn. Gelet op hetgeen het hof hiervoor heeft overwogen over het tussen partijen geldende uitgangspunt lag het voor de hand dat Aegon daarvoor punt 7 van de Aanbeveling als uitgangspunt zou nemen ("de premie die bij dezelfde verzekeraar voor een vergelijkbaar risico bij een zelfstandige risicoverzekering in rekening wordt gebracht op het moment van afsluiten van die verzekering") en zou aangeven welke premie bij Aegon zelf (of bij andere verzekeraars) voor een vergelijkbaar risico bij een

zelfstandige risicoverzekering in rekening werd gebracht. Aegon heeft dit echter ook in hoger beroep nagelaten en heeft de stelling van de Stichting c.s. omtrent de vergelijking met de Ohra-verzekering niet inhoudelijk betwist, maar alleen “bij gebrek aan wetenschap”. Aegon heeft vervolgens betoogd dat het bijstellen van de premie met factor 1,66/11,19 desastreus uitpakt omdat Aegon wordt gedwongen om bij 85% van de Koersplanovereenkomsten een premie in rekening te brengen die lager ligt dan de actuariële kostprijs. Het feit dat in dit specifieke geval, met inachtneming van de in dit specifieke geval geboden dekking, sprake was van een premie van 1,66% zegt niets over de verhouding tussen premies bij andersoortige dekkingen, aldus Aegon. Voor zover de rechtbank heeft willen vergelijken met een marktconforme premie, doet dit geen recht aan de maatschappelijke realiteit. Doordat verzekeraars verschillende tariefstructuren hanteren en de kosten verschillend alloceren is iedere vergelijking met een premie die door een derde verzekeraar in rekening wordt gebracht willekeurig.

4.38 De (kennelijk) bewuste keuze van Aegon om geen vergelijking te maken met de premie die voor een vergelijkbaar risico bij een zelfstandige risicoverzekering in rekening wordt gebracht keert zich tegen haar. Indien de Aanbeveling van de Ombudsman immers tot uitgangspunt wordt genomen, waar ook Aegon zich mee verenigd heeft, dient deze vergelijking wel te worden gemaakt. Nu de Ombudsman kennelijk van oordeel was, op basis van onderzoek en consultatie, dat wel degelijk een vergelijking kon worden gemaakt zoals weergegeven in punt 7 van de Aanbeveling, ook al hanteren verzekeraars verschillende premies in een concurrerende markt, gaat het hof er ook vanuit dat dit mogelijk is. Daarbij komt dat uit hetgeen Aegon heeft gesteld, zoals hiervoor aangehaald, over de inhoud van het akkoord met de belangenbehartigers (meer in het bijzonder de afspraken over een genormeerde premie gelijk aan de kostprijs, gebruteerd met een vast percentage) en over objectieve maatstaven (zoals te hanteren sterftetafels) valt af te leiden dat het wel degelijk mogelijk is per leeftijdscategorie de prijs van een “kale” overlijdensrisicoverzekering vast te stellen. Nu Aegon echter het voor de vergelijking benodigde vergelijkingsmateriaal niet heeft geleverd, terwijl dit wel op haar weg had gelegen, heeft zij daarmee de stellingen van de Stichting c.s. onvoldoende betwist. Of het zo is dat bij het aanpassen van de premie in het Koersplan met een factor 1,66/11,19 de premie in het merendeel van de gevallen lager uitkomt dan de actuariële kostprijs kan het hof niet nagaan, bij gebreke van onderbouwing van die stelling door Aegon.

Er bestaat geen aanleiding Aegon alsnog in de gelegenheid te stellen nadere informatie in het geding te brengen over de productinrichting en de kostenstructuur van het Koersplan, zoals zij heeft aangeboden in haar memorie van antwoord in incidenteel beroep; Aegon heeft hiervoor in elk geval in hoger beroep voldoende gelegenheid gehad. Aangezien Aegon niet heeft voldaan aan haar stelplicht, komt het hof niet toe aan bewijslevering op dit punt.

4.39 De Stichting c.s. heeft vervolgens gesteld dat niet van een factor 1,66/11,19 dient te worden uitgegaan, omdat in de Ohra-premie van 1,66%, die als vergelijkingsmateriaal gebruikt is, ook kosten verdisconteerd zijn. Op dit punt heeft de Stichting c.s. een grief tegen het eindvonnis van de rechtbank gericht; zij stelt dat uitgegaan moet worden van een “zuivere” premie (een premie exclusief (oneigenlijke) toeslagen) van 0.9%.

In punt 7 van de Aanbeveling is echter bepaald dat vergeleken moet worden met “een premie die bij dezelfde verzekeraar voor een vergelijkbaar risico bij een zelfstandige risicoverzekering in rekening wordt gebracht op het moment van afsluiten van die verzekering”. Het hof begrijpt daaruit dat bij de premie die bij die vergelijking in aanmerking dient te worden genomen (te weten een marktconforme premie voor een zelfstandige overlijdensrisicoverzekering waarin gewoonlijk kosten en marge zullen zijn begrepen als “eigenlijke opslagen”) vervolgens niet nog eens “oneigenlijke opslagen” opgeteld moeten worden. Dat van de premie die als vergelijkingsmateriaal gebruikt wordt alleen de netto kostprijs in aanmerking genomen moet worden volgt dus niet uit de tekst van de Aanbeveling. Deze grief van de Stichting c.s. zal dan ook als onvoldoende gemotiveerd worden verworpen.

4.40 Aegon heeft nog aangevoerd dat de waarde van het Koersplan niet wijzigt door de premie met terugwerkende kracht te herberekenen, omdat vastligt welk deel van de inleg als spaarstorting wordt aangewend. Hiervoor is overwogen dat niet uit de overeenkomst, ook niet gelezen in combinatie met de algemene voorwaarden, kan worden opgemaakt wat de omvang van de spaarstorting is; dit verweer gaat daarom niet op. Nu het hier gaat om het invullen van de leemte in de overeenkomst tussen partijen gaat de redenering van Aegon dat de vordering van de Stichting c.s. een vordering van nakoming betreft die inmiddels verjaard is evenmin op, zoals de rechtbank met juistheid heeft overwogen in r.o. 3.33 van het eindvonnis.

4.41 Aegon heeft in eerste aanleg gesteld dat de bij het Koersplan in rekening gebrachte overlijdensrisicopremies, zeker na de productverbetering van 2005, dusdanig zijn dat het product voor iedere deelnemer binnen een acceptabele bandbreedte qua rendement doet wat in de brochure getoond wordt, zodat de premie op het huidige niveau gehandhaafd kan worden en aanpassing niet nodig is. Dit betoog is in hoger beroep door Aegon herhaald maar meer in het kader van een verweer tegen het verwijt van misleiding, zo lijkt te volgen uit de rangschikking van hoofdstuk 10 in de memorie van grieven en de betiteling van dit hoofdstuk. Het hof zal daarom hierna op dit betoog ingaan bij de behandeling van de gestelde misleiding.

4.42 De conclusie luidt dat de grieven die zijn aangevoerd tegen de wijze waarop de rechtbank de leemte in de overeenkomst heeft ingevuld falen. De consequenties hiervan voor de vorderingen zoals de Stichting c.s. die in hoger beroep heeft ingesteld zullen hierna onder “Slotsom” worden behandeld.

### Misleiding

4.43 De Stichting c.s. heeft in het door haar ingestelde hoger beroep onder 10 gevorderd als volgt:

“dat het hof zal verklaren voor recht dat Aegon zich schuldig heeft gemaakt aan misleiding door bij de maatmanberekeningen te verzwijgen dat de in te houden overlijdensrisicopremie (substantieel) hoger kon zijn dan waarvan bij de maatmanberekening is uitgegaan, alsmede te verzwijgen dat dit van invloed was op de hoogte van het te behalen rendement voor zover de herberekening als bedoeld in de onder 2), 5) en 8) geformuleerde vorderingen als uitkomst kent dat de overlijdensrisicopremie op een lager bedrag wordt bepaald dan de premie waarvan

in de maatmanberekeningen voor de betrokken deelnemer is uitgegaan.”

In r.o. 3.38 van het eindvonnis heeft de rechtbank overwogen dat de gevorderde verklaring voor recht een voorwaarde bevatte, waaraan niet was voldaan. De Stichting c.s. heeft deze voorwaarde in hoger beroep anders geformuleerd, zoals blijkt uit het hiervoor cursief weergegeven deel van het citaat. Gelet op het hiervoor overwogene, zal deze voorwaarde voor een substantieel deel van de deelnemers van Koersplan of de bij de Stichting geregistreerde belanghebbenden opgaan, zodat de vordering in het kader van deze collectieve actie behandeld kan worden.

4.44 Artikel 6:194 BW, zoals dat luidde vóór 15 oktober 2008 (verder: art. 6:194 (oud) BW) bepaalt dat een aanbieder van goederen of diensten die door hem in de uitoefening van een bedrijf worden aangeboden onrechtmatig handelt wanneer hij een mededeling openbaar maakt en deze mededeling in één of meerdere opzichten misleidend is. Op 15 oktober 2008 is dit artikel gewijzigd in die zin dat het nog slechts van toepassing is op transacties tussen handelaren onderling en niet op een transactie tussen één handelaar en (een grote groep) consumenten. Het hof gaat er vanuit dat op dat tijdstip in deze zaak reeds was voldaan aan alle vereisten voor mogelijke aansprakelijkheid van Aegon, zodat art. 6:194 (oud) BW in deze zaak van toepassing is.

4.45 Bij de beantwoording van de vraag of een prospectus misleidend is in de zin van artikel 6:194 (oud) BW moet worden uitgegaan van de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone belegger tot wie de mededeling zich richt of die zij bereikt (aldus de Hoge Raad in het arrest van 27 november 2009, LJN: BH2162). Van deze “maatman-belegger” mag worden verwacht dat hij bereid is zich in de aangeboden informatie te verdiepen, maar niet dat hij beschikt over specialistische of bijzondere kennis en ervaring. Van misleiding zal met name sprake kunnen zijn indien de mededeling onjuist of onvolledig is. De feitelijke vaststelling dat sprake is van een onjuiste of onvolledige mededeling brengt echter nog niet mee dat deze ook misleidend is. Daartoe is nodig dat de mededeling de beleggers (in de woorden van artikel 2 lid 2 van de achterliggende Europese richtlijn, 84/450/EEG) “misleidt of kan misleiden en door haar misleidende karakter hun economische gedrag kan beïnvloeden”. Bij de beoordeling of dit het geval is moet worden uitgegaan van de hiervoor bedoelde maatman-belegger. Een onjuiste of onvolledige mededeling kan pas als misleidend worden gekwalificeerd, indien redelijkerwijs aannemelijk is dat de mededeling, gelezen in de context waarin deze is geplaatst, van materieel belang is voor de beleggingsbeslissing van de maatman-belegger. In dat geval is immers aannemelijk dat de onjuistheid of onvolledigheid redelijkerwijs het economisch gedrag van de maatman-belegger kan beïnvloeden. Voor de kwalificatie van de mededeling als misleidend is niet vereist dat de belegger daadwerkelijk heeft kennisgenomen van of daadwerkelijk is beïnvloed door de mededeling, maar slechts dat de onjuistheid of onvolledigheid van de mededeling van voldoende materieel belang is om de maatman-belegger te kunnen misleiden. Het gaat er dus om of de mededeling op zichzelf genomen een misleidend karakter heeft. Is dat het geval dan handelt degene die de mededeling doet en openbaar maakt onrechtmatig. Pas in het kader van de vaststelling van de omvang van de aansprakelijkheid jegens een individuele belegger komt aan de orde of en, zo ja, in hoeverre deze bij zijn beleggingsbeslissing daadwerkelijk door de

misleidende mededeling is beïnvloed en als gevolg daarvan benadeeld.

4.46 Tegen deze achtergrond oordeelt het hof als volgt.

De Stichting c.s. heeft als drie meest in het oog springende punten van misleiding genoemd:

- a. het niet informeren door Aegon van de deelnemers aan het Koersplan over de hoogte van de overlijdensrisicopremie;
- b. het presenteren van gelijke eindkapitalen voor alle deelnemers van het Koersplan, terwijl er door de per deelnemer variërende hoogte van de overlijdensrisicopremie grote verschillen bestonden tussen de voor iedere deelnemer bereikbare eindkapitalen;
- c. het voorspiegelen van onjuiste eindkapitalen als gevolg van een evidente rekenfout.

Dat Aegon de deelnemers aan het Koersplan niet heeft geïnformeerd over de hoogte van de voor hen geldende overlijdensrisicopremie is hiervoor reeds vastgesteld. Ook staat vast dat in de brochure en het certificaat eindkapitalen worden genoemd, die zijn gebaseerd op een maatman-berekening. Aegon stelt echter dat de op deze wijze berekende eindkapitalen niet substantieel afwijken van hetgeen een deelnemer op grond van zijn individuele situatie mocht verwachten. In dat verband betoogt zij dat de bij het Koersplan in rekening gebrachte overlijdensrisicopremies, zeker na de productverbetering van 2005, dusdanig zijn dat het product voor iedere deelnemer binnen een acceptabele bandbreedte qua rendement doet wat in de brochure getoond wordt, zodat de premie op het huidige niveau gehandhaafd kan worden en aanpassing niet nodig is. Het voor de individuele deelnemers haalbare nettorendement wijkt niet substantieel af van de getoonde eindkapitalen, aldus Aegon.

4.47 De Stichting c.s. heeft aangevoerd dat de redenering van Aegon alleen daarom al niet opgaat omdat de getoonde eindkapitalen niet meer zijn dan een weergave van de mogelijke eindkapitalen bij diverse rendementspercentages. Van belang is echter slechts het werkelijk realiseerbare eindkapitaal, dat wordt bepaald door de hoogte van de inleg enerzijds en de beleggingsresultaten anderzijds. In de brochure en het certificaat worden door Aegon eindkapitalen genoemd, gebaseerd op bepaalde rendementspercentages en uitgaande van de inleg die op het certificaat genoemd werd. Daarbij wordt echter geen rekening gehouden met het feit dat van de inleg nog de premie overlijdensrisicoverzekering moet worden afgetrokken; het genoemde eindkapitaal gaat uit van een premie van 0% en is dus feitelijk niet realiseerbaar. De Stichting c.s. heeft dit betoog toegelicht door te verwijzen naar een interne prognose van Aegon van een eindkapitaal in een individueel geval (overgelegd door Aegon als productie G-23 bij conclusie van dupliek) waarbij wel rekening gehouden werd met inhouding van de premie, waardoor de geprognosticeerde eindkapitalen lager uitkwamen. Bij een inleg van f. 50,- per maand gedurende 15 jaar met een verwacht rendement van 12% komt het eindkapitaal f. 3.600,- lager uit dan het kapitaal dat in de brochure van het jaar 1990 vermeld staat, aldus de Stichting c.s.

4.48 Het hof oordeelt als volgt. Aegon heeft niet betwist dat het (realiseerbare) eindkapitaal in dit voorbeeld lager uitkomt dan het getoonde eindkapitaal. Aegon voert slechts als verweer dat de interne berekening wijst op een individuele deelnemer, terwijl in de brochures wordt gerekend met een maatman, waarbij Aegon “nergens de indruk heeft gewekt dat in het informatiemateriaal sprake was van een geïndividualiseerd rendement”.

Aegon heeft in dit kader onder meer aangevoerd dat aan de deelnemers middels de brochures voldoende duidelijk is gemaakt dat daarin de nettorendementen (inhoudende rendementen van de spaarstortingen, na aftrek van kosten) zijn weergegeven; boven de tabel met getoonde eindkapitalen staat immers dat het gaat om “Belastingvrij uit te keren vermogen” dat de deelnemers “netto (dus na aftrek van alle kosten)” zullen ontvangen. Dat neemt echter niet weg dat in de toelichting boven die tabel wordt vooropgesteld: “Stel, u legt gedurende 15 jaar een bedrag van 100 gulden per maand in”, terwijl in de certificaten met “maandelijkse inleg” wordt bedoeld op het totale bedrag dat de deelnemers maandelijks dienen te betalen (dus premie en spaarstorting). In de brochures is niet (voldoende) duidelijk gemaakt dat aldaar, in afwijking van hetgeen elders onder inleg werd verstaan, slechts werd bedoeld op een spaarstorting van f. 100,- per maand. De gemiddelde lezer zal er dan ook van zijn uitgegaan dat de rendementen die werden voorgespiegeld behoorden bij een totale maandelijkse inleg van f. 100,-.

Afgezien van de vraag of de deelnemers van het Koersplan op deze wijze goed zijn voorgelicht, geldt dat de stelling van de Stichting c.s. dat het getoonde eindkapitaal met de genoemde voorbeeldpercentages niet realiseerbaar was daarmee niet (voldoende gemotiveerd) wordt betwist.

4.49 Dat doet Aegon ook niet door te verwijzen naar de zogenaamde spread of bandbreedte. Aegon heeft een vergelijking gemaakt tussen de historische rendementen die worden genoemd in de brochure en de rendementen zoals die volgens de producties G-29 nieuw en G-30 nieuw (de door [Z] gecorrigeerde berekeningen) zouden gelden wanneer deze waren berekend op basis van de geïndividualiseerde situatie van een deelnemer. Zoals de Stichting c.s. terecht heeft betoogd, zegt dit echter weinig, omdat de functie van de spread in de brochure niet anders kan worden uitgelegd dan dat deze was bedoeld om potentiële deelnemers te tonen welke kapitalen bereikt konden worden bij verschillende beleggingsrendementen en looptijden, terwijl het gaat om het eindkapitaal dat met deze geïndividualiseerde rendementen behaald kan worden. Ter voorbeeld kan dienen het feit dat in de brochure 1989 voor een Koersplanovereenkomst met een looptijd van 12 jaar een historisch rendement over het jaar 1983 is gepresenteerd van 15,9%. Uit de door Aegon als G-29 nieuw overgelegde tabel valt af te leiden dat in 1983 bij een overeenkomst met een looptijd van 12 jaar hooguit (door deelnemers onder de 8 jaar oud) een rendement van 15,7% behaald kon worden. Dat het voorgespiegelde rendement over het jaar 1983 wel kon worden behaald met overeenkomsten met een looptijd van 20 dan wel 25 jaar (waardoor het rendement van 15,9% wel in de spread van 13,2% tot 16,0% valt) doet er niet aan af dat het in de brochure voorgespiegelde historisch rendement, ook in de visie van Aegon, niet realiseerbaar was. Ook na de door Aegon doorgevoerde productverbetering kon, zoals blijkt uit productie G-30 nieuw, bij overeenkomsten met een looptijd van 12 jaar in het jaar 1983 (door geen enkele maatman) een rendement van 15,9% worden behaald.

In haar memorie van antwoord in het beroep heeft de Stichting c.s. (in navolging van het door haar reeds bij dagvaarding en bij antwoordakte van 1 oktober 2008 gestelde) voorts nog gewezen op het feit dat in de certificaten van de deelnemers [X] en [Y] (overgelegd als productie 14 bij de inleidende dagvaarding), die beiden in 1992 een Koersplanovereenkomst met een looptijd van 15 jaar zijn aangegaan, telkens is opgenomen “Inleg per maand: f. 100,-”

en “Indicatie bij een gemiddeld rendement op de inleg: 10% f. 40.200,- (...)”, zulks terwijl de premie die [X] (destijds [leeftijd]) betaalde 12,47% van de inleg bedroeg, en de premie van [Y] (destijds [leeftijd]) 29,94% van de inleg bedroeg. Daardoor is van iedere f. 100,- van [X] een bedrag van f. 87,53 belegd, terwijl dat voor iedere f. 100,- van [Y] slechts f. 70,06 was. Dientengevolge was het door [X] (die – daar zijn partijen het over eens – min of meer gelijk te stellen was aan de in de brochure van 1992 gebruikte maatman) te bereiken eindkapitaal 25% ( $87,53/70,06 - 1$ ) hoger, dan het door [Y] te bereiken eindkapitaal. Aldus kunnen de verschillen in te realiseren eindkapitaal wel degelijk aanzienlijk zijn. Aegon heeft ook voormelde berekening ten aanzien van het verschil in premie en het daaruit voortvloeiende verschil in te bereiken eindkapitaal voor [X] en [Y] niet (gemotiveerd) betwist.

4.50 Daarbij komt dat Aegon heeft erkend dat in de brochures 1989 tot en met 1994 voor de berekening van de getoonde historische rendementen voor de jaren 1983 tot en met 1988 is uitgegaan van een beleggingsrendement over een looptijd van 15,5 jaar, terwijl van een looptijd van 15 jaar uitgegaan had moeten worden. Zij stelt echter dat hier sprake is van een onvolkomenheid met een beperkt effect waardoor het historische rendement in 1989 1,3% te hoog is voorgespiegeld, in 1990 1,1% en dan aflopend tot 0,2% in 1994. Dit is door Aegon gecorrigeerd door bij de berekende nettorendementen in de producties G-29 en G-30 voor de jaren 1983 tot en met 1989 1,1% op te tellen; deze correctie van 1,1% is vervolgens ook in het rapport [Z] (en de tabellen G-29 nieuw en G-30 nieuw) doorgevoerd (zie blz. 16 en 17 van genoemd rapport). Daarmee staat vast dat die tabellen over de jaren 1983 tot en met 1989 te hoge rendementen voorspiegelen, waarmee het verschil in het hiervoor gegeven voorbeeld tussen het gepresenteerde historisch rendement en het werkelijk haalbare rendement over die jaren (als berekend in G-29 en G-30 (oud en nieuw)) nog groter is.

4.51 Gelet op het hiervoor overwogene, waarbij nog komt dat de Stichting c.s. in de antwoordakte bewijslevering van 1 oktober 2008 (in de alinea's 3.1 tot en met 3.53) uitgebreid gemotiveerd heeft betoogd dat de gevolgen van voormelde fout aanzienlijk zijn en vooral bij lange looptijden tot substantiële verschillen in het te bereiken eindkapitaal leiden, heeft Aegon haar stelling dat het voor individuele deelnemers haalbare eindkapitaal niet substantieel afwijkt van de in de brochure en het certificaat getoonde eindkapitalen onvoldoende onderbouwd. De grief met deze inhoud wordt daarom gepasseerd.

4.52 Het hof is gelet op het voorgaande van oordeel dat de door Aegon gegeven informatie in de contractsdocumentatie in elk geval op de door de Stichting c.s. hiervoor genoemde drie punten onvolledig en onjuist was. Voorts is het hof van oordeel, op grond van de voorgaande overwegingen, dat deze informatie gelezen in de context van de brochure en de overige contractsdocumentatie van materieel belang was voor de beleggingsbeslissing van de door de Hoge Raad aangeduide maatman-belegger en dus van voldoende materieel belang om die maatman-belegger te kunnen misleiden.

4.53 De op dit punt door de Stichting c.s. aangevoerde grief gaat op en de sub 10 gevorderde verklaring voor recht ligt voor toewijzing gereed, zoals hierna nog zal worden overwogen.

Buitengerechtelijke kosten

4.54 De rechtbank heeft in r.o. 3.39 van het eindvonnis de vordering van de Stichting c.s. ter zake buitengerechtelijke kosten afgewezen, aangezien de Stichting c.s., ondanks betwisting door Aegon, niet had onderbouwd dat de gevorderde kosten geen betrekking hebben op verrichtingen waarvoor de proceskostenveroordeling een vergoeding pleegt in te sluiten. De hiertegen gerichte grief klaagt slechts dat dit ten onrechte is en geeft niet aan waarom dat zo is. Deze grief faalt daarmee. Subsidiair vordert de Stichting c.s. op grond van artikel 6:96 lid 2 sub b BW een vergoeding van de kosten die zij heeft besteed aan door Capital Consult uitgevoerde werkzaamheden, onder meer voor het opmaken van diverse rapporten en het bijwonen van een bespreking door [Q] van dat bureau. De Stichting c.s. stelt dat zij deze rapporten heeft moeten laten opmaken om inzicht te krijgen in de methodiek van het Koersplan en in de omvang van de geleden schade. Mede op basis van deze rapporten zijn besprekingen gevoerd met Aegon om tot een oplossing van het geschil te kunnen komen.

4.55 Artikel 6:96 lid 2 sub b BW biedt geen zelfstandige grondslag voor de vergoeding van de door de Stichting c.s. gevorderde kosten, maar geldt alleen indien een schadevergoedingsverplichting is vastgesteld. Aangezien de vorderingen van de Stichting c.s. niet de vaststelling van een schadevergoedingsverplichting omvatten, kan deze post in deze procedure niet worden beoordeeld.

## 5. Slotsom

5.1 Uit het voorgaande blijkt dat de vorderingen in hoger beroep van [geïntimeerde sub 4], [geïntimeerde sub 2] en [geïntimeerde sub 3], de Stichting en van al deze partijen gezamenlijk, zullen worden toegewezen zoals hierna te melden en dat de vorderingen van Aegon in hoger beroep zullen worden afgewezen. Daargelaten of [geïntimeerde sub 4], [geïntimeerde sub 2] en [geïntimeerde sub 3] hun individuele vorderingen in eerste aanleg hebben ingetrokken (zoals de rechtbank heeft overwogen in het eindvonnis in rechtsoverweging 2.3, waartegen zij grieven hebben gericht) geldt dat zij deze vorderingen in elk geval in hoger beroep (weer) hebben ingesteld dan wel gehandhaafd. Aangezien om die reden het dictum van het arrest anders zal luiden dan hetgeen de rechtbank heeft toegewezen zal omwille van de duidelijkheid van dat dictum, een geheel nieuw dictum worden geformuleerd. Dit betekent dat de bestreden vonnissen in hun geheel zullen worden vernietigd.

5.2 [geïntimeerde sub 4] heeft in het petitum sub 1 verzocht voor recht te verklaren dat ten aanzien van de Koersplanovereenkomst geen wilsovereenstemming tussen Aegon en haar bestond ten aanzien van het in rekening brengen van een premie voor een overlijdensrisicoverzekering dan wel dat deze wilsovereenstemming niet bestond ten aanzien van de hoogte van die premie. In het petitum sub 2 heeft [geïntimeerde sub 4] verzocht voor recht te verklaren dat de poliswaarde van het Koersplan moet worden herberekend en in het petitum sub 3 heeft zij gevorderd dat Aegon wordt veroordeeld de Koersplanovereenkomsten in overeenstemming daarmee na te komen. Zoals uit het voorgaande blijkt zal de vordering

sub 1 worden toegewezen in die zin dat voor recht zal worden verklaard dat geen wilsovereenstemming bestond ten aanzien van Aegon en [geïntimeerde sub 4] ten aanzien van de hoogte van de premie voor een overlijdensrisicoverzekering. De vordering sub 2 subsidiair zal worden toegewezen in die zin dat zal worden verklaard voor recht dat de poliswaarde van de Koersplanovereenkomst tussen Aegon en [geïntimeerde sub 4] moet worden herberekend in die zin dat de door Aegon in rekening gebrachte premie wordt vervangen door een premie waarbij de door Aegon in rekening gebrachte premie wordt vermenigvuldigd met een factor 1,66/11,19. Aegon zal worden veroordeeld de Koersplanovereenkomst met [geïntimeerde sub 4] overeenkomstig de sub 2 toegewezen verklaring voor recht na te komen.

5.3 De vorderingen sub 4, 5 en 6 ten aanzien van [geïntimeerde sub 2] en [geïntimeerde sub 3] zullen op dezelfde wijze worden toegewezen. Datzelfde geldt voor de door de Stichting bij wege van collectieve actie ingestelde vorderingen 7, 8 en 9, waarbij geldt dat de Stichting, zo begrijpt het hof, subsidiair (voorzover de premie niet op 0 gesteld wordt) bekrachtiging wenst van de uitspraak ten aanzien van de Koersplanovereenkomsten die zijn aangevangen in de jaren 1991 tot en met 1998. Gelet op de algehele vernietiging van de bestreden vonnissen (omwille van de duidelijkheid van het dictum) zullen deze vorderingen worden toegewezen voor de aanvangsjaren 1989 tot en met 1998. Vordering sub 9 zal worden toegewezen zoals hierna te melden.

5.4 Uit het hiervoor onder overwogene blijkt dat de vordering sub 10 ten aanzien van [geïntimeerde sub 4], [geïntimeerde sub 2], [geïntimeerde sub 3] en de Stichting zal worden toegewezen. De beperking van de verklaring voor recht door de in de tekst opgenomen voorwaarde zal niet worden overgenomen. Volstaan zal worden met de constatering dat van misleiding sprake is; de gevolgen van deze constatering vallen buiten de reikwijdte van dit geschil.

5.5 Uit het hiervoor overwogene blijkt voorts dat de vordering sub 11 ter zake buitengerechtelijke kosten zal worden afgewezen.

5.6 Ten slotte zal Aegon als de zowel in eerste aanleg als in hoger beroep grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van beide instanties worden veroordeeld. Wat betreft het hoger beroep zal, mede gelet op het onder 4.2 weergegeven uitgangspunt, worden volstaan met één kostenveroordeling voor het principaal en het incidenteel hoger beroep in beide zaken, met dien verstande dat aan de Stichting c.s. in beide zaken griffierecht in rekening is gebracht, dat door Aegon dient te worden vergoed.

5.7 In r.o. 3.36 van het eindvonnis heeft de rechtbank de bezwaren van Aegon tegen uitvoerbaar bij voorraadverklaring van het vonnis gehonoreerd. De Stichting c.s. heeft weliswaar in hoger beroep opnieuw uitvoerbaar bij voorraadverklaring gevorderd, maar heeft niet toegelicht waarom haar belang daarbij zwaarder zou moeten wegen dan het door Aegon aangevoerde restitutierisico, dat gelet op het collectieve karakter van de vorderingen aanzienlijk kan zijn. De veroordelingen zullen dus niet uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

## 6. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

in de zaak met zaaknummer 200.047.090 en in de zaak met zaaknummer 200.043.825

6.1 verklaart de Stichting c.s. niet-ontvankelijk in het hoger beroep van de tussen partijen gewezen vonnissen van de rechtbank Utrecht van 20 februari 2008 en 6 augustus 2008;

6.2 verklaart Aegon niet-ontvankelijk in het hoger beroep van het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Utrecht van 6 augustus 2008;

6.3 vernietigt de vonnissen van de rechtbank Utrecht van 6 juni 2007, 6 augustus 2008 en 13 mei 2009 en doet opnieuw recht;

ten aanzien van [geïntimeerde sub 4]:

6.4 verklaart voor recht dat er met betrekking tot de Koersplanovereenkomst van [geïntimeerde sub 4] geen wilsovereenstemming bestond tussen AEGON en [geïntimeerde sub 4] ten aanzien van de hoogte van de premie voor een overlijdensrisicoverzekering;

6.5 verklaart voor recht dat de poliswaarde van de Koersplanovereenkomst tussen Aegon en [geïntimeerde sub 4] moet worden herberekend in die zin dat de door Spaarbeleg in rekening gebrachte premie wordt vervangen door een premie waarbij de door Spaarbeleg in rekening gebrachte premie wordt vermenigvuldigd met een factor 1,66/11,19;

6.6 veroordeelt Aegon de Koersplanovereenkomst met [geïntimeerde sub 4] na te komen in overeenstemming met de onder 6.5 geformuleerde verklaring voor recht;

ten aanzien van [geïntimeerde sub 2] en [geïntimeerde sub 3]:

6.7 verklaart voor recht dat er met betrekking tot de Koersplanovereenkomsten van [geïntimeerde sub 2] en [geïntimeerde sub 3] geen wilsovereenstemming bestond tussen AEGON en [geïntimeerde sub 2] en [geïntimeerde sub 3] ten aanzien van de hoogte van de premie voor een overlijdensrisicoverzekering;

6.8 verklaart voor recht dat de poliswaarde van de Koersplanovereenkomsten tussen Aegon enerzijds en [geïntimeerde sub 2] en [geïntimeerde sub 3] anderzijds moet worden herberekend in die zin dat de door Spaarbeleg in rekening gebrachte premie wordt vervangen door een premie waarbij de door Spaarbeleg in rekening gebrachte premie wordt vermenigvuldigd met een factor 1,66/11,19;

6.9 veroordeelt Aegon de Koersplanovereenkomst met [geïntimeerde sub 2] en [geïntimeerde sub 3] na te komen in overeenstemming met de onder 6.8 geformuleerde verklaring voor recht;

ten aanzien van de Stichting:

6.10 verklaart voor recht dat er ten aanzien van de Koersplanovereenkomsten die zijn aangevangen in de jaren 1989 tot en met 1998 geen wilsovereenstemming bestond tussen Aegon en de personen voor wier belangen de Stichting blijktens haar statuten opkomt ten aanzien van de hoogte van de premie voor een overlijdensrisicoverzekering;

6.11 verklaart voor recht dat de poliswaarde van de Koersplanovereenkomst van de personen voor wier belangen de Stichting blijktens haar statuten opkomt die zijn aangevangen in de jaren 1989 tot en met 1998 moet worden herberekend in die zin dat de door Spaarbeleg in rekening gebrachte premie wordt vervangen door een premie waarbij de door Spaarbeleg in rekening gebrachte premie wordt vermenigvuldigd met een factor 1,66/11,19;

6.12 bepaalt dat de Koersplanovereenkomst met de personen voor wier belangen de Stichting blijktens haar statuten opkomt en die zijn aangevangen in de jaren 1989 tot en met 1998 worden nagekomen in overeenstemming met de onder 6.11 geformuleerde verklaring voor recht;

ten aanzien van de Stichting, [geïntimeerde sub 2], [geïntimeerde sub 3] en [geïntimeerde sub 4]:

6.13 verklaart voor recht dat Aegon zich schuldig heeft gemaakt aan misleiding door bij de maatmanberekeningen te verzwijgen dat de in te houden overlijdensrisicopremie (substantieel) hoger kon zijn dan waarvan bij de maatmanberekening is uitgegaan, alsmede te verzwijgen dat dit van invloed was op de hoogte van het behalen rendement;

6.14 veroordeelt Aegon in de kosten van de eerste aanleg, tot aan de bestreden uitspraak aan de zijde van de Stichting c.s. begroot op €2.712,- voor salaris van de advocaat overeenkomstig het liquidatietarief en op €329,60 voor verschotten;

6.15 veroordeelt Aegon in de kosten van het principaal en het incidenteel hoger beroep aan de zijde van de Stichting c.s. tot aan deze uitspraak begroot op €4.023,- voor salaris van de advocaat overeenkomstig het liquidatietarief en op €929,98 (€422,- + €507,98) voor verschotten;

6.16 wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. C.G. ter Veer, F.W.J. Meijer en L.J. de Kerpel-van de Poel, en

is, bij afwezigheid van de voorzitter door mr. Meijer ondertekend, in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 26 juli 2011.