



Open Universiteit

Ambtshalve toetsing in het financieel contractenrecht

Prof. dr. M.L. Hendrikse

ALGEMEEN (1)

- De rechtspraak van het Europese Hof van Justitie heeft grote invloed op het financieel contractenrecht. In het vervolg van mijn voordracht zal ik aan het hand van enige van deze uitspraken aangeven hoe groot die invloed is en hoe deze uitspraken zich verhouden tot de praktijk van de financiële dienstverlening.

AMBTSHALVE TOETSING (1)

- Uit de rechtspraak volgt dat de nationale rechter gehouden is na te gaan of een beding oneerlijk is in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Zie HvJ EG 4 juni 2009, ECLI:EU:C:2009:350 (r.o. 35). Er is dus sprake van een *plicht* en niet slechts van een *bevoegdheid*.
- De achtergrond van deze verplichting is gelegen in een effectieve consumentenbescherming. Door de ambtshalve toetsing kan de rechter het mogelijke gebrek aan evenwicht tussen de gebruiker en de consument-wederpartij compenseren. Zie HvJ EG 4 juni 2009, ECLI:EU:C:2009:350 (r.o. 31).
- Men zou kunnen verdedigen dat er niet alleen ambtshalve moet worden getoetst aan de richtlijn oneerlijke bedingen maar aan *alle* richtlijnen die consumentenbescherming bieden tenzij anders is bepaald in de betreffende richtlijn. Zie r.o. 64-66 van HvJ EU 21 april 2016, ECLI:EU:C:2016:283 en r.o. 3.5 van GC Kifid 2023-0988. Onder andere een uitspraak van de CvB Kifid waarover straks meer – CvB Kifid 2024-0041 - maakt duidelijk dat dit geen algemeen uitgangspunt is.
- Het feit dat de consument voorzien is van juridische bijstand maakt het bovenstaande niet anders. Zie HvJ EG 4 oktober 2007, ECLI:EU:C:2007:575 (r.o. 65).

AMBTSHALVE TOETSING (2)

- De richtlijn oneerlijke bedingen moet voor de gebruikers van standaardvoorwaarden een afschrikwekkende werking hebben. Dit brengt mee dat de nationale rechter de inhoud van het oneerlijke beding niet kan herzien door de overeenkomst aan te vullen met zijn eigen beoordeling van wat een redelijke vergoeding is voor de verleende diensten door de gebruiker - vgl. r.o. 65 HvJ EU 12 januari 2023, ECLI:EU:C:2023:14 (Litouwse advocaat) – in plaats van schrapping van het beding ook al zou dit ongedaanmaking van de hele overeenkomst meebrengen. *Alleen in het geval dat nietigverklaring van de hele overeenkomst voor de consument uiterst nadelige gevolgen zou meebrengen* en de consument aangeeft de overeenkomst te willen behouden – dus niet als standaardmogelijkheid! – mag het beding vervangen worden door een nationale bepaling van aanvullend recht of een bepaling van nationaal recht waarover partijen het eens zijn dat deze moet worden toegepast. R.o. 68 HvJ van EU 12 januari 2023, ECLI:EU:C:2023:14. Zie ook HvJ EU Dexia van 27 januari 2021, ECLI:EU:C:2021:67.

AMBTSHALVE TOETSING (3)

- Of in de woorden van het HvJ EU zelf: “Gelet op alle voorgaande overwegingen dient op de vijfde en de zesde vraag te worden geantwoord dat artikel 6, lid 1, en artikel 7, lid 1, van richtlijn 93/13 aldus moeten worden uitgelegd dat deze bepalingen, in een situatie waarin een tussen een advocaat en een consument gesloten overeenkomst inzake het verrichten van juridische diensten als gevolg van de schrapping van een oneerlijk geacht beding waarin de kosten van de diensten worden vastgelegd op basis van een uurtarief niet kan voortbestaan en deze diensten reeds zijn verricht, er niet aan in de weg staan dat de nationale rechter besluit tot het herstellen van de situatie waarin de consument zou hebben verkeerd zonder dat beding, zelfs als dit ertoe leidt dat de verkoper geen vergoeding voor zijn diensten ontvangt. Ingeval de consument uiterst nadelige gevolgen zou ondervinden van de nietigverklaring van de overeenkomst in haar geheel, waarbij het aan de verwijzende rechter staat om dit na te gaan, staan deze bepalingen er niet aan in de weg dat de nationale rechter de nietigheid van dat beding verhelpt door het te vervangen door een nationale bepaling van aanvullend recht of een nationale bepaling waarover de partijen bij de betrokken overeenkomst het eens zijn dat zij wordt toegepast. Daarentegen staan deze bepalingen er wel aan in de weg dat de nationale rechter het nietig verklaarde oneerlijke beding vervangt door een rechterlijke raming van de vergoeding die verschuldigd is voor die diensten.” R.o. 68 HvJ EU 12 januari 2023, ECLI:EU:C:2023:14.

AMBTSHALVE TOETSING (4)

- De HR gaat evenwel een prejudiciële vraag aan het HvJ EU stellen of aanvullend buitencontractueel nationaal recht (in casu nationaal procesrecht) wel in de plaats kan komen van een vernietigd beding (in casu een proceskostenbeding)? Zie r.o. 3.2.6 van HR 23 mei 2025, ECLI:NL:HR:2025:820. Als de HvJ EU deze vraag met ja beantwoordt, wordt de Dexia-leer beperkt tot het geval van aanvullend contractueel nationaal recht.

AMBTSHALVE TOETSING (5)

- Indien de rechter vaststelt dat het beding oneerlijk is, kan de conclusie dat het beding niet bindt de consument niet tegen zijn wil worden opgedrongen.
- De rechter dient bij de ambtshalve toetsing hoor en wederhoor toe te passen. Zie HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, r.o. 3.9.1.
- De richtlijn is van toepassing op overeenkomsten die na 31 december 1994 zijn gesloten. Ambtshalve toetsing op oneerlijke bedingen is derhalve niet aan de orde als het betreffende beding voor die datum is bedongen. Zie HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, r.o. 5.1.4.

AMBTSHALVE TOETSING (6)

- Een eenmaal gemaakte fout kan lang doorwerken. Vgl ook r.o. 39 HvJ EU Gupfinger, ECLI:EU:C:2022:971. J.H.M. Spanjaard verwoordt het volgt: “Het gevolg is bikkelhard: wie zich in het verleden heeft bezondigd aan het opnemen van een oneerlijk beding, blijft daarvan de gevolgen voelen in de toekomst. De gebruiker van het beding kan uitsluitend stilzitten en geschoren worden. Dit past in het karakter dat rechtsprekende instanties geen recht creëren, maar slechts uitspreken hoe het recht altijd is geweest, maar het wringt wel. Voor gebruikers is het in ieder geval zaak om in geval van gebleken onredelijk bezwarende bedingen de algemene voorwaarden zo snel mogelijk aan te passen, zodat de gevolgen naar de toekomst beperkt blijven. Wellicht kunnen zij ook trachten met de consument een nieuwe overeenkomst te sluiten, op basis van de gewijzigde voorwaarden. Echter, indien de consument daarop ‘nee’ zegt, heeft de gebruiker geen positie.” Zie Contracteren 2023-2, p. 73.

AMBTSHALVE TOETSING (7)

→ In 2023 is duidelijk geworden dat een geschillenbeslechter ook ambtshalve moet toetsen of de consument voorafgaande aan het sluiten van de overeenkomst kennis heeft kunnen nemen van de verzekeringsvoorwaarden. Indien dit niet is gebeurd is het mogelijk – daarover zo meer - dat het in geschil zijnde beding als oneerlijk wordt aangemerkt en buiten toepassing gelaten. Het maakt daarbij niet uit of er sprake is van een kernbeding of niet. Zie r.o. 34 en 56 van HvJ EU 20 april 2023, ECLI:EU:C:2023:311 (Occidental). Zie over dit arrest A.C. de Bie, NTHR 2023-3, p. 93-98. Het onderscheid in infoplicht tussen art. 6:234 lid 1 BW (algemene voorwaarden) en art. 6:217 jo. 3:35 BW (kernbedingen) lijkt daarmee in geval van een consumentenovereenkomst achterhaald. Voor langs elektronische weg verstrekte voorwaarden was dat al het geval. Zie art. 6:227b lid 2 BW.

AMBTSHALVE TOETSING (8)

Intransparantie van een beding kent dus 2 aspecten:

- 1) Intransparantie omdat het beding onduidelijk of onbegrijpelijk is
 - 2) Intransparantie omdat de consument niet van het beding heeft kunnen kennisnemen
-
- Een onduidelijk beding is niet gelijk aan een oneerlijk beding. Zie het HR-arrest van 22 november 2019, NJ 2022, 204. Bij een onbegrijpelijk beding is dat over het algemeen wel het geval. Bij een beding waarvan de consument geen kennis heeft kunnen nemen zal in beginsel sprake zijn van een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de contractspartijen. Of het beding daarmee ook oneerlijk is, zal afhangen van de goeder trouw toets: zou in de situatie dat als partijen vrijelijk over het beding hadden onderhandeld mogen worden aangenomen dat de consument het beding zou hebben aanvaard?

AMBTSHALVE TOETSING (9)

Het HvJ EU verwoordt het in r.o. 41 en 45 van het Occidental-arrest als volgt: “ Indien het niet-transparante karakter van een contractueel beding als gevolg van een gebrek aan duidelijkheid of begrijpelijkheid ervan een factor kan vormen waarmee rekening moet worden gehouden bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van dat beding, geldt dat des te meer voor een gebrek aan transparantie dat te wijten is aan het feit dat de consument vóór de sluiting van de betrokken overeenkomst geen kennis heeft kunnen nemen van dat beding. (...) ”

Wat vervolgens de vraag betreft of een contractueel beding in strijd met de goede trouw het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de contractpartijen aanzienlijk verstoort ten nadele van de consument, moet de nationale rechter volgens vaste rechtspraak nagaan of de verkoper er, bij een eerlijke en billijke handelwijze jegens de consument, redelijkerwijs van kon uitgaan dat de consument dit beding zou hebben aanvaard indien er afzonderlijk over was onderhandeld (zie met name arresten van 3 september 2020, Profi Credit Polska, C-84/19, C-222/19 en C-252/19, EU:C:2020:631, punt 93 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 10 juni 2021, BNP Paribas Personal Finance, C-776/19–C-782/19, EU:C:2021:470, punt 98 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

AMBTSHALVE TOETSING (10)

- Zie bijvoorbeeld GC Kifid 2023/0535 waarin de consument uitdrukkelijk zelf een beroep doet op de bepaling met als gevolg dat dat een belangrijke aanwijzing is dat mag worden aangenomen dat de consument in een situatie van vrijelijk onderhandelen over het beding ook met het beding akkoord zou zijn gegaan.
- Een ander voorbeeld waarin mag worden aangenomen dat een consument bij vrijelijk onderhandelen akkoord zou zijn gegaan is het geval dat het beding (min of meer) een wettelijke verplichting is. Als voorbeeld kan men denken aan een beding over de geschillenregeling bij verschil van mening over de te voeren aanpak van de zaak in de voorwaarden van een rechtsbijstandverzekering nu art. 4:68 Wft meebrengt dat er zo'n regeling moet zijn bij verschil van mening over de aanpak van de zaak. Zie r.o. 3.6 en 3.7 GC Kifid 2023-0687.
- De CvB Kifid overweegt in de uitspraak 2024-0041 in r.o. 5.10 dat de gebruikelijkheid en de evenwichtigheid van het beding belangrijke factoren zijn bij deze toets. Zie in dit kader GC Kifid 2024-0764 r.o. 3.5 waarin wordt geoordeeld dat een 'normale voorzichtigheid'-beding een evenwichtig en gebruikelijk beding is. Zie voor beide factoren ook GC Kifid 2025-0272. Het ging daar om een beding waarbij de verzekeraar de bevoegdheid had op elk moment en om elke reden die hij daarvoor ziet de premie of de voorwaarden aan te passen.
- Van welke consument mogen we uitgaan bij de toets "dat mag worden aangenomen dat de consument in een situatie van vrijelijk onderhandelen over het beding ook met het beding akkoord zou zijn gegaan."? Verdedigbaar is dat het criterium van "een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument".

AMBTSHALVE TOETSING (11)

Het HvJ EU spreekt in zijn arrest over de vraag *of* de consument heeft kunnen kennisnemen van de standaardvoorwaarden. De vraag komt dan op of een rechter ook moet toetsen *hoe* de consument van de voorwaarden heeft kunnen kennisnemen en of de de voorwaarden *wel op een juiste wijze* zijn verstrekt. Dient in het kader van de Richtlijn financiële diensten op afstand aan consumenten een ambtshalve toets naar het verstrekken op een duurzame drager plaats te vinden (effectieve consumentenbescherming)?.

AMBTSHALVE TOETSING (12)

Anders r.o 5.7 van CvB 2024-0041: “ De vraag die vervolgens aan de orde komt is of de Geschillencommissie terecht ambtshalve heeft getoetst aan artikel 5 van de Richtlijn betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten (2002/65/EG). Zoals hiervoor overwogen, hangt dit af van de inhoud en strekking van artikel 5 van die richtlijn. Op grond van artikel 5 dient de verzekeraar ruim voordat de consument gebonden is door een overeenkomst op afstand, de consument in kennis te stellen van alle contractvoorwaarden, op papier of via een andere voor de consument beschikbare en toegankelijke duurzame drager. Uit de inhoud van de richtlijn bepaling volgt niet dat de schending van artikel 5 zou leiden tot de ongeldigheid van de overeenkomst. Ook uit de strekking van de bepaling volgt niet dat hieraan ambtshalve dient te worden getoetst. Artikel 5 heeft namelijk geen betrekking op verplicht te verstrekken essentiële informatie, die van invloed is op de wilsvorming van de consument, maar op het ter hand stellen van de contractvoorwaarden. De terhandstelling van de voorwaarden zelf, op de manier beschreven in artikel 5 – via een duurzame drager – heeft een dossierfunctie. Dit betreft een verplichting die behoort tot de door Hoge Raad – bedoeld is HR Arvato I, HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677 r.o. 3.1.9, MLH - onderscheiden categorie (iii) informatieplichten (overige informatieplichten), waarvoor geen verplichting geldt tot ambtshalve toetsing.” Zie ook in die zin Asser Verzekeringsrecht 2024, nr. 101 en M.D.H. Nelemans, Tijdschrift voor Financieel recht 2025, nr. 6.

AMBTSHALVE TOETSING (13)

- De vraag is hoe de zojuist geciteerde overweging zich verhoudt tot randnummer 21 van de Preamble bij de onderhavige richtlijn: “(21) Het gebruik van technieken voor communicatie op afstand mag niet tot een ongerechtvaardigde vermindering van de aan de consument verstrekte informatie leiden. Deze richtlijn bevat ter wille van de doorzichtigheid minimumvereisten om ervoor te zorgen dat de consument voldoende wordt ingelicht, zowel voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst als daarna. De consument moet vóór de sluiting van de overeenkomst de nodige informatie ontvangen om de aangeboden financiële dienst op zijn waarde te kunnen schatten en zo een beter geïnformeerde keuze te kunnen maken. De aanbieder moet uitdrukkelijk vermelden hoe lang zijn aanbod ongewijzigd van kracht blijft.” Zie ook Van Haastrecht-van Kuilenburg/Hendrikse NTHR 2025, afl 1.
- Overigens zal waarschijnlijk over niet al te lange tijd de Hoge Raad uitsluitsel bieden op dit punt. De rechtbank Amsterdam heeft onlangs aan de Hoge Raad de prejudiciële vraag voorgelegd of ambtshalve moet worden getoetst aan het onderhavige duurzame drager-vereiste. Rechtbank Amsterdam 25 oktober 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:6633, onder 9 (vraag 1).

AMBTSHALVE TOETSING (14)

- Voor de praktijk van de “papieren verzekeringsvoorwaarden” kan worden opgemerkt dat het arrest van het HvJ EU (20 april 2023) al meebrengt dat in het algemeen niet aan de voorwaarde van de tijdige kennisneming is voldaan nu de verzekeringsvoorwaarden in de regel pas na het sluiten – bij de afgifte van de polis – aan de verzekeringnemer worden verstrekt.
- Of in een dergelijk geval het ter discussie staande beding ook oneerlijk is, zal dan met name afhangen van de vraag of de gebruiker “bij een eerlijke en billijke handelwijze jegens de consument, redelijkerwijs van kon uitgaan dat de consument dit beding zou hebben aanvaard indien er afzonderlijk over was onderhandeld.”
- Bij de hypotheek praktijk ligt dit bijvoorbeeld anders omdat de consument in de offerte al geconfronteerd wordt met de handtekeningclausule: “door ondertekening van deze offerte verklaart de consument mede dat hij akkoord is met de toepasselijke hypotheekvoorwaarden en deze tijdig (d.w.z. bij de offerte) heeft ontvangen.”

AMBTSHALVE TOETSING (15)

- Voor de praktijk van de verzekeringsvoorwaarden langs elektronische weg is de situatie als volgt.
- Daar speelt – los van de vraag of dit ambtshalve aan de orde is of niet - het ‘duurzame drager’-vereiste. Zie ook over dit onderwerp A.C. de Bie, Verzekeringsrecht 2023, par. 2.5.3 en 2.5.4 en M.D.H. Nelemans, Tijdschrift voor Financieel recht 2025, nr. 6.

'DUURZAME DRAGER'-VEREISTE (1)

- Op grond van art. 5 lid 1 van de Richtlijn verkoop op afstand van financiële diensten (2002/65/EG) moet een aanbieder van een financiële dienst ruim voordat een consument is gebonden door een overeenkomst de consument in kennisstellen van alle contractsvoorwaarden op papier of op een andere duurzame drager.
- Volgens art. 2 sub f is een duurzame drager: " ieder hulpmiddel dat de consument in staat stelt om persoonlijk aan hem gerichte informatie op te slaan op een wijze die deze informatie toegankelijk maakt voor toekomstig gebruik gedurende een periode die is afgestemd op het doel waarvoor de informatie kan dienen, en die een ongewijzigde reproductie van de opgeslagen informatie mogelijk maakt"
- Verdedigd zou kunnen worden dat art. 6:234 lid 2 BW (algemene voorwaarden) en art. 6:227b lid 2 BW (kernbedingen) op dit punt richtlijnconform moeten worden uitgelegd nu de wetgever het 'duurzame drager'-vereiste niet in het BW heeft opgenomen. Zie ook r.o. 3.9 GC Kifid 2023-0988.
- Anders CvB Kifid 2024-0041 r.o. 5.8 waarin wordt gewezen op het feit dat de vernietigingssanctie van 6:234 tegenwicht biedt aan de snelle gebondenheid van 6:232 BW en aan de schending van art. 6:227b BW nadrukkelijk geen vernietigingssanctie is verbonden. Zie verder GC Kifid 2025-0266, r.o. 3.8. Zie ook in die zin Asser Verzekeringsrecht 2024, nr. 102.

'DUURZAME DRAGER'-VEREISTE (2)

- Het HvJ EU heeft het duurzame drager-vereiste allereerst uitgewerkt in het arrest Content Services, ECLI:EU:C:2012:419, r.o. 43: “ Voor zover een drager de consument in staat stelt de bedoelde aan hem persoonlijk gerichte informatie op te slaan, waarborgt dat de inhoud ervan niet wordt gewijzigd en dat de informatie gedurende een passende termijn toegankelijk is, en de drager de consumenten de mogelijkheid biedt om deze informatie ongewijzigd weer te geven, moet deze drager als „duurzaam” in de zin van deze bepaling worden beschouwd.”

'DUURZAME DRAGER'-VEREISTE (3)

- In het Bawag-arrest heeft het HvJ EU het criterium nader uitgewerkt. Zie r.o. 44 van HvJ EU 25 januari 2017, ECLI:EU:C:2017:38: “ Gelet op met name de punten 40 tot en met 42 van het onderhavige arrest, is dit het geval wanneer een website het de betalingsdienstgebruiker mogelijk maakt de aan hem persoonlijk gerichte informatie op zodanige wijze op te slaan dat deze gedurende een voor het doel van de informatie gepaste periode kan worden geraadpleegd en ongewijzigd kan worden gereproduceerd. Een website kan voorts slechts als „duurzame drager” in de zin van de voornoemde bepaling worden aangemerkt indien noch de betalingsdienstaanbieder noch de professional die belast is met het beheer van deze website, eenzijdig de inhoud ervan kan wijzigen.”

'DUURZAME DRAGER'-VEREISTE (4)

- Interessant is ook de conclusie van A-G Bobek voor het zojuist genoemde arrest, ECLI:EU:C:2016:695. Onder randnummer 55 merkt Bobek het volgende op: “Wanneer de kwestie van de opslag van informatie voor een passende periode is opgelost, moet nog worden voldaan aan het vereiste van „ongewijzigde reproductie”. Ongewijzigde reproductie houdt in dat het voor de betalingsdienstaanbieder *technisch onmogelijk (curs. MLH)* moet zijn om eenmaal aan de gebruiker verzonden informatie nog eenzijdig te wijzigen of te wissen. Daarom is het onwaarschijnlijk dat een mailbox die door de betalingsdienstaanbieder wordt aangeboden en beheerd, en dus technisch gesproken onder diens controle staat, voldoet aan de eis van „ongewijzigde reproductie”.”
- Zie ook recentelijk Van Haastrecht-van Kuilenburg/Hendrikse NTHR 2025, afl 1.
- Anders M.D.H. Nelemans, Tijdschrift voor Financieel recht 2025, nr. 6. die op dit punt meer ruimte ziet.

'DUURZAME DRAGER'-VEREISTE (5)

- De strenge interpretatie van de Bawag-lijn ziet men aanvankelijk ook terug in de Kifid-uitspraken. Zie bijvoorbeeld r.o. 4.9 van GC Kifid 2019-784: “ **Om te voldoen aan de definitie van duurzame drager moet aan de volgende criteria zijn voldaan: de verzekeringsvoorwaarden moeten kunnen worden opgeslagen, de inhoud ervan moet nadien niet kunnen worden gewijzigd en deze voorwaarden moeten gedurende een passende termijn toegankelijk is.** Zie de volgende uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Unie: HvJ EU 5 juli 2012, C-49/11, ECLI:EU:C:2012:419 (Content Services), r.o. 43 en 51, HvJ EU 9 november 2016, C-42/15, ECLI:EU:C:2016:842 (Home Credit Slovakia), r.o. 35 en HvJ EU 25 januari 2017, C-375/15, ECLI:EU:C:2017:38 (BAWAG), r.o. 42-44 en 53. Dit houdt in dat een website slechts als duurzame drager kan worden aangemerkt indien Verzekeraar noch de beheerder van de website de inhoud ervan eenzijdig kan wijzigen. Zie het BAWAG-arrest, r.o. 53, eerste liggende streepje.” Zie ook r.o. 4.10 van GC Kifid 2017-670.

'DUURZAME DRAGER'-VEREISTE (6)

- CvB 2024-0041 r.o. 5.13 formuleert het iets anders waarbij mogelijk de strenge lijn wordt verlaten: “Naar het oordeel van de Commissie van Beroep voldoet de verzekeraar met de beschreven combinatie van mogelijkheden - indien zij voldoende aannemelijk kan maken dat deze beschrijving feitelijk juist is - aan het criterium dat de voorwaarden zijn verstrekt op een duurzame drager. Om dit aannemelijk te maken dient de verzekeraar in een volgend geval in de eerste plaats nader te onderbouwen dat de informatie waar de hyperlink in het polisblad naar verwijst en de informatie die in de Mijn FBTO-omgeving wordt geplaatst daadwerkelijk niet eenzijdig kan worden gewijzigd. Daarnaast dient de verzekeraar nader te onderbouwen dat de informatie voor een gepaste duur beschikbaar is. Voor de Commissie van Beroep is nu nog onvoldoende duidelijk wat de door de verzekeraar bij de tweede optie genoemde tijdslijn inhoudt, hoe die waarborgt dat de pdf-bestanden geruime tijd beschikbaar zijn en wat “geruime tijd” in dit geval inhoudt. Ook wat betreft de Mijn FBTO-omgeving is een nadere toelichting gewenst van de periode waarin de informatie daarin beschikbaar is en of die periode passend is.” Minder ver gaat de Asser Verzekeringsrecht 2024 nr. 101 waarin wel werd aangenomen dat een verzekeraar de verzekeringsvoorwaarden actief moet doen toekomen aan de verzekeringnemer.

‘DUURZAME DRAGER’-VEREISTE (7)

- Anders van opzet is r.o. 3.9 van GC Kifid 2025-0266: “Naar het oordeel van de commissie heeft de verzekeraar de verzekeringsvoorwaarden in dit geval op een juiste wijze aan de consument ter hand gesteld. Dit oordeel is gegrond op de uitvoerige toelichting van de verzekeraar over de terhandstelling (omschreven in overweging 3.6 en 3.7), en het doel en de strekking van artikel 6:234 lid 2 BW, te weten het creëren van een gelijkwaardige situatie aan het geval waarin in de fysieke wereld de algemene voorwaarden feitelijk ter hand worden gesteld. Uit de toelichting van de verzekeraar blijkt dat hij de verzekeringsvoorwaarden op verschillende wijzen tijdig in de Mijn Centraal Beheer Omgeving aan de consument heeft verstrekt. Hiermee heeft hij de consument ook voldoende mogelijkheid geboden om de verzekeringsvoorwaarden op zijn computer op te slaan en/of uit te printen, zodat hij daarvan later nog kennis kon nemen. De commissie is dan ook van oordeel dat de verzekeraar heeft voldaan aan de vereisten van artikel 6:234 lid 2 BW. Dit betekent dat de verzekeringsvoorwaarden tussen partijen van toepassing zijn.” Met deze uitspraak lijkt de strenge lijn verlaten.

‘DUURZAME DRAGER’-VEREISTE (8)

- De rechtbank Amsterdam heeft in het najaar van 2024 aan de Hoge Raad de prejudiciële vraag voorgelegd wanneer aan het duurzame drager-criterium is voldaan. Het ziet er dus naar uit dat over niet al te lange tijd het voor de praktijk duidelijk is wat door de Hoge Raad van een financiële dienstverlener op dit punt wordt verwacht. Rechtbank Amsterdam 25 oktober 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:6633, onder 9 (vraag 3).

'DUURZAME DRAGER'-VEREISTE (9)

- Wat is de sanctie bij schending van het onderhavige art 5?
- Zie r.o. 3.14 en 3.15 van GC Kifid 2023-0988: “ Het bovenstaande – gaat over opties hyperlink en mijn omgeving, MLH - brengt mee dat niet is gebleken dat de verzekeraar heeft voldaan aan de vereisten van artikel 6:227b lid 2 en artikel 6:234 lid 2 BW in combinatie met de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie over het begrip ‘duurzame drager’.
Artikel 11 van de Richtlijn financiële diensten op afstand bepaalt dat bij het niet voldoen aan nationale regelgeving die krachtens de richtlijn is aangenomen, moet worden voorzien in passende sancties. De sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. Uit de Europese rechtspraak blijkt niet wat de sanctie in het geval als het onderhavige concreet zou moeten zijn. Totdat uit Europese rechtspraak anders blijkt, volgt de commissie daarom haar eerdere lijn, te weten dat de voorwaarden waarop de verzekeraar zich beroept, in een geval als het onderhavige, waarbij het gaat om een schadeverzekering met jaarcontracten, buiten toepassing worden gelaten en de consument dus niet binden.”
- Het is de vraag of de CvB Kifid ook deze lijn zal volgen. Weliswaar zegt de CvB niet expliciet iets over de invulling van de passende sanctie ex art 11 richtlijn maar gezien het feit dat in 5.8 en 5.9 de vernietigingssanctie niet passend lijkt te worden geacht ligt het aansluiten bij de buiten toepassing laten-sanctie niet erg voor de hand te liggen.

‘DUURZAME DRAGER’-VEREISTE (10)

- Op dit moment is dus nog onvoldoende duidelijk wat een passende sanctie is bij schending van artikel 5 van de Richtlijn financiële diensten op afstand. Weliswaar heeft GC Kifid in haar uitspraak 2023-0988 geoordeeld dat de betrokken verzekeringsvoorwaarden dan buiten toepassing moeten blijven maar men zou daar ook anders naar kunnen kijken. Verdedigbaar is de opvatting dat deze sanctie niet passend is omdat deze niet evenredig is en dat bijvoorbeeld een boetesysteem meer passend zou zijn. Zie recentelijk in dezen Van Haastrecht-van Kuilenburg/Hendrikse NTHR 2025, afl 1.
- Hoopvol is dat de Hoge Raad waarschijnlijk over niet al te lange tijd duidelijkheid zal brengen op onderhavig punt. De rechtbank Amsterdam heeft immers aan de Hoge Raad de prejudiciële vraag voorgelegd wat een passende sanctie is in geval van schending van artikel 5 van de Richtlijn financiële diensten op afstand. Rechtbank Amsterdam 25 oktober 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:6633, onder 9 (vraag 4).

AMBTSHALVE TOETSING (16)

- Interessant is r.o. 3.8.4 van HR 10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:198: "Art. 7:408 BW en art. 7:411 BW zijn ten aanzien van de minimaal vereiste bescherming van de consument van dwingend recht en behelzen een door de wetgever gemaakte belangenafweging. Als een met die bepalingen strijdig beding is gebruikt tegenover een consument, strookt het met de bedoeling van de wetgever dat het als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt in de zin van art. 6:233, aanhef en onder a, BW en daarmee als oneerlijk in de zin van Richtlijn 93/13." Zie recentelijk hierover Van Haastrecht-van Kuilenburg/Hendrikse NTHR 2025, afl 1.
- Deze uitspraak heeft ook grote gevolgen voor het verzekeringsrecht. Titel 7.17 BW bevat veel semi-dwingend – zie bijvoorbeeld de bepalingen genoemd in art. 7:943 lid 2 en 3 BW - waaraan een geschillenbeslechter niet *rechtstreeks* mag toetsen nu strijd met deze bepalingen op grond van art. 3:40 lid 2 laatste gedeelte slechts vernietigingsgronden opleveren die de rechter niet ambtshalve mag inroepen. Dit speelt ook bij consumentenkrediet op grond van art. 7:77 jo. 7:83 BW.
- Op grond van de Europese rechtspraak moet een geschillenbeslechter ambtshalve verzekeringsvoorwaarden – duidelijke en begrijpelijke kernbedingen uitgezonderd - toetsen op hun oneerlijke karakter. Deze uitspraak brengt mee dat een geschillenbeslechter een voorwaarde als oneerlijk zal kwalificeren – vanwege een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen partijen – indien de voorwaarde in strijd is met dwingend recht dat de consument beschermt en er feitelijk - via een tussenstap - toch ambtshalve wordt getoetst.

AMBTSHALVE TOETSING (17)

- Zie voor een redelijk recente toepassing van het voorgaande GC Kifid 2024-1113, r.o. 3.3, 3.6 en 3.7. Het ging daar om de volgende bepaling: “1.2.3 Wat als u de schadevergoeding te laag vindt? Schakelen wij een externe schade-expert in en vindt u het vastgestelde schadebedrag te laag? Dan mag u zelf een door de beroepsgroep erkende deskundige kiezen, die overlegt met onze deskundige. Als deze twee deskundigen het niet eens worden over het schadebedrag, dan wijzen ze samen een derde deskundige aan. Diegene stelt de omvang van de schade voor u en voor ons bindend vast, binnen de grenzen van beide taxaties. Krijgt u gelijk en betalen wij een aanvullende vergoeding? Dan betalen wij ook de kosten van deze deskundigen. Is dit niet het geval, dan zijn deze kosten voor u.”

De universiteit
die overal
dichtbij is_

#DenkOpen



Klikken om tekst toe te voegen

A large flock of birds flying over a field of tall grass. The birds are silhouetted against a light background, creating a sense of movement and direction. The grass in the foreground is dark and detailed, with some blades reaching up towards the birds.

BEDANKT