



Open Universiteit

De informatieplicht van financiële dienstverleners aangaande algemene voorwaarden en het duurzame-drager-vereiste

Bonus: Uitbreiding van de ambtshalve toetsing naar
aanleiding van het Ocidental-arrest van EU HvJ

ONDERWERPEN

- De informatieplicht van financiële dienstverleners
- Het duurzame-drager-vereiste
 - Duurzame drager begrip
 - Duurzame drager in de praktijk
 - Duurzame drager in het publiekrecht
- Het Ocidental-arrest



DE INFORMATIEPLICHT – ALGEMENE VOORWAARDEN

Art. 6:233 aanhef en onder b BW

Geen redelijke mogelijkheid tot kennisneming = Vernietigbaar

Art. 6:234 lid 2 BW

Verstrekken via elektronische weg

Als de voorwaarden kunnen worden opgeslagen én toegankelijk zijn voor latere kennisneming



DE INFORMATIEPLICHT – KERNBEDINGEN

Art. 6:227b: Geeft informatieverplichtingen voor overeenkomsten tot stand gekomen via elektronische weg v.w.b. diensten van informatiemaatschappijen

Art. 3:15 lid 3: [...] elke dienst die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand [...] wordt verricht [...].

art. 6:227b lid 2 BW: ziet op wijze verstrekken ‘voorwaarden’
‘[...] kunnen worden opgeslagen zodat deze voor hem toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming.’



DE INFORMATIEPLICHT - ART. 6:234 LID 2 & ART. 6:227B LID 2 BW

Vereisten: moeten kunnen worden opgeslagen voor latere kennisneming

Uitleg richtlijnconform: Richtlijn 2002/65/EG ('Richtlijn verkoop op afstand van financiële diensten').

Wanneer? Ruim voordat een consument gebonden is door een overeenkomst op afstand (art. 3 lid 1 en art. 4).

Hoe? Op papier of verstrekken via een andere voor de consument beschikbare en toegankelijke duurzame drager (art. 5).



DUURZAME DRAGER

Biedt een alternatief voor papier als hulpmiddel of drager voor informatie.

Art. 2 onder f: 'Ieder hulpmiddel dat de consument in staat stelt 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'.



DUURZAME DRAGER

3-vereisten:

- 1) de voorwaarden moeten kunnen worden opgeslagen;
- 2) gedurende een passende termijn moeten die voorwaarden beschikbaar zijn; en
- 3) de voorwaarden moeten gedurende die passende termijn niet gewijzigd kunnen worden.

preambule 20: computerdiskettes, cd-rom's, DVD's en de harde schijf van de computer van de consument waarop de elektronische post wordt opgeslagen, maar geen websites, tenzij die voldoen aan de in de definitie van duurzame dragers opgenomen criteria.



DUURZAME DRAGER

De term duurzame drager wordt in verscheidene Europese richtlijnen gehanteerd.

Vb. Richtlijn 2002/92/EC betreffende verzekeringsbemiddeling, Richtlijn 2007/64/EG betreffende betalingsdiensten in de interne markt etc.

In al deze regelingen heeft deze dezelfde betekenis (zie HvJ 5 juli 2012, nr. C-49/11, ECLI:EU:C:2012:419, r.o. 44).



DUURZAME DRAGER

Website als duurzame drager?

EFTA-Hof 27 januari 2010, nr. E-4/09 (Inconsult Anstalt)*

HvJ 5 juli 2012, nr. C-49/11 (Content Services)

HvJ 9 november 2016, nr. C-42/15, (Home credit Slovakia)

HvJ 25 januari 2017, nr. C-49/11 (BAWAG)

* Het Hof van de Europese Vrijhandelsassociatie. Supranationale Hof voor IJsland, het Koninkrijk Noorwegen en het Vorstendom Liechtenstein.



DUURZAME DRAGER - HVJ 25 JANUARI 2017, NR. C-49/11 (BAWAG)

De Oostenrijkse bank BAWAG maakt voor klanten een persoonlijke e-mailbox aan. Inloggen gebeurt met een persoonlijk wachtwoord.

‘44 [opsomming 3 vereisten] 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 - HVJ 25 JANUARI 2017, NR. C-49/11 (BAWAG)

Berichten werden naar die e-mailbox verstuurd zonder nadere mededeling aan haar klanten.

In het geval dat de bank aan de consument via een e-mailbox op zijn website iets mededeelt, zal pas sprake zijn van een verstrekken wanneer de consument van deze mededeling actief op de hoogte wordt gesteld. De consument zal dus ervan moeten worden geïnformeerd dat een nieuw bericht in zijn e-mailbox zit.



DUURZAME DRAGER - HVJ 25 JANUARI 2017, NR. C-49/11 (BAWAG)

AG: Een dergelijke mailbox vertoont overeenkomsten met een situatie waarin een klant papieren afschriften van zijn contracten met een bank ontving, maar die contractuele documenten verplicht moesten worden opgeslagen in een archiefruimte in de bank zelf.

Niet kan worden gezegd dat die gearchiveerde documenten ongewijzigd kan worden gereproduceerd.



DUURZAME DRAGER - HVJ 25 JANUARI 2017, NR. C-49/11 (BAWAG)

Advocaat-generaal:

“Ongewijzigde reproductie houdt in dat het voor de betalingsdienstaanbieder technisch onmogelijk 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.’”



DUURZAME DRAGER - HVJ 25 JANUARI 2017, NR. C-49/11 (BAWAG)

Advocaat-generaal:

‘Zonder kwaadwilligheid aan de zijde van een van de contractpartijen te insinueren, kan een ‘mailbox’ die onder controle van een dienstenaanbieder staat per definitie niet garanderen dat consumenten in die mailbox afgeleverde informatie in een veilig format kunnen bewaren voor toekomstige raadpleging of gebruik’



DUURZAME DRAGER – KIFID GESCHILLENCOMMISSIE 2023-0641

In 2014 opent consument een pensioenrekening beleggen bij Brand New Day.

In 2020 zetten consument en BND de pensioenrekening om in een zzp-pensioenrekening, een ander product van BND, vanwege de kostenstructuur.

BND mailt weliswaar een bevestiging dat de pensioenrekening wordt omgezet, maar stuurt nieuwe algemene voorwaarden niet mee.

BND past de kosten in 2022 aan op wijzigingsbevoegdheid in algemene voorwaarden



DUURZAME DRAGER – KIFID GESCHILLENCOMMISSIE 2023-0641

Kern van het geschil:

De algemene voorwaarden (een pdf) stonden op BND's website. De consument kon de algemene voorwaarden op de website inzien en op zijn eigen computer opslaan.

Hij had ze ook kunnen opvragen bij de klantenservice van BND en per e-mail laten toesturen.

De consument is in het online portaal akkoord gegaan met de algemene voorwaarden, zowel in 2014 als in 2020.



DUURZAME DRAGER – KIFID GESCHILLENCOMMISSIE 2023-0641

BND heeft verwezen naar twee uit haar online portaal afkomstige schermafdrucken, waarin staat dat consument op 25 april 2020 heeft bevestigd dat hij de voorwaarden had gelezen en daarmee akkoord ging.

Commissie: Hiermee niet aangetoond dat voldaan is aan de vereisten van duurzame drager. Meer specifiek het vereiste dat het bestand met de algemene voorwaarden niet eenzijdig kan worden gewijzigd.



DUURZAME DRAGER – KIFID GESCHILLENCOMMISSIE 2023-0641

Art. 157 lid 2 Rv? Moet door akkoordverklaring er vanuit worden gegaan dat consument kennis heeft genomen van de algemene voorwaarden?

Geurtzen/Kampstaal: geen beroep op vernietigbaarheid, indien bekend met de voorwaarden (of bekend kon worden geacht)

HR 11 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1599: maakt bij bekendheidsuitzondering niet uit op welke wijze de wederpartij op de hoogte is geraakt van de algemene voorwaarden



DUURZAME DRAGER – IN HET TOEZICHTRECHT

De Richtlijn verzekeringsdistributie (IDD)

- Informatiedocument over verzekeringsproducten ('IPID').
- Aanbieders van schadeverzekeringen moeten het IPID opstellen.
- Bijgewerkte versie van het IPID op website beschikbaar houden.
- In het IPID is een samenvatting opgenomen over de verzekeringsdekking, de wijze en duur van betaling van premies, belangrijkste uitsluitingen en verplichtingen die uit de overeenkomst voortvloeien, de looptijd en wijze van beëindiging van de overeenkomst.



DUURZAME DRAGER – IN HET TOEZICHTRECHT

Ingevolge art. 20 lid 4 jo. 5 van de IDD dient het IPID op papier of op een andere duurzame drager te worden verstrekt.

Implementatie van de IDD in: Wft, het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft en het Besluit markttoegang financiële ondernemingen Wft (en meer).

Het IPID is ingevolge artikel 4:22 jo. 4:49a Wft jo. artikel 65b Bgfo Wft geïmplementeerd



DUURZAME DRAGER – IN HET TOEZICHTRECHT

Nota van Toelichtingen van de betreffende implementatiewet van de IDD: ‘Het informatiedocument kan schriftelijk (op papier), via een andere duurzame drager of via een website worden verstrekt.’

AFM:

‘Een persoonlijke berichtenbox op de website van een online financiële dienstverlener kan volgens een uitspraak van het Europese hof ook kwalificeren als een duurzame drager.’



OCIDENTAL-ARREST

Moet de nationale rechter ambtshalve gaan toetsen of consumenten vóór het aangaan van een overeenkomst in staat zijn gesteld om kennis te kunnen nemen van alle bedingen?



OCIDENTAL-ARREST – DE FEITEN

Consument sluit een leningsovereenkomst met het Portugese Banco de Investimento Imobiliário SA (bank). Zij is in dit kader toegetreden tot een collectieve verzekeringsovereenkomst als verzekerde, die werd gesloten tussen de bank als verzekeringnemer en verzekeraar Ocidental.

Ocidental was verplicht om de aflossingen van de leningsovereenkomst te betalen, indien consument blijvend arbeidsongeschikt zou worden.

Consument raakt arbeidsongeschikt en Ocidental weigert uitkering vanwege onjuiste en/of onvolledige verklaringen



OCIDENTAL-ARREST – DE FEITEN

Prejudiciële vragen van het Supremo Tribunal de Justiça. (1): moet een consument in alle gevallen vóór de sluiting van een overeenkomst kennis kunnen nemen van alle bedingen in een overeenkomst?

Richtlijn 93/13: Art 5 “bedingen (...) steeds duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld” en artikel 4, lid 2, waarin staat dat toetsing van bedingen betreffende het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst is uitgesloten indien “die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd”.



OCIDENTAL-ARREST – DE FEITEN

Niet alleen formeel en grammaticaal begrijpelijk → transparantie vereiste ruim opvatten

Een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument moet in staat zijn om de werking van een beding te begrijpen

De economische gevolgen van het beding moeten in te schatten zijn

Zie arresten van 10 juni 2021, BNP Paribas Personal Finance, C-609/19, EU:C:2021:469, punten 42 en 43, en 10 juni 2021, BNP Paribas Personal Finance, C-776/19–C-782/19, EU:C:2021:470, punten 63 en 64 en aldaar aangehaalde rechtspraak



OCIDENTAL-ARREST – DE FEITEN

Wanneer? vóór de sluiting van de overeenkomst

Reden? Consument moet op basis van alle contractvoorwaarden de gevolgen kunnen bepalen of hij/zij gebonden wil worden aan de betreffende overeenkomst

Zie in die zin arresten van 21 december 2016, Gutiérrez Naranjo e.a., C-154/15, C-307/15 en C-308/15, EU:C:2016:980, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 12 januari 2023, D.V. (Advocatenhonorarium – Uurtarief), C-395/21, EU:C:2023:14, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak



OCIDENTAL-ARREST – DE FEITEN

Prejudiciële vraag (2): wanneer een consument geen kennis heeft kunnen nemen van een dekkingsbeperkend (of uitsluitend) beding in een verzekeringsovereenkomst, is dan sprake van een oneerlijk beding met als gevolg dat het betreffende beding buiten toepassing gelaten dient te worden?

Hof: Bij de vraag of een beding oneerlijk is, dient het element transparantie meegenomen te worden.



OCIDENTAL-ARREST – DE FEITEN

r.o. 41: 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.



OCIDENTAL-ARREST – DE FEITEN

Nat. rechter moet daarnaast beoordelen de goede trouw en vervolgens beoordelen of sprake is van een aanzienlijke verstoring evenwicht ten nadele consument

Zo ja, dan de nationale rechter nagaan 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).



OCIDENTAL-ARREST – DE FEITEN

r.o. 47: In dit verband [toetsing evenwicht] vormt de omstandigheid dat de consument vóór de sluiting van de betrokken overeenkomst geen kennis heeft kunnen nemen van een contractueel beding, een essentieel element bij de beoordeling van het eventuele oneerlijke karakter van dat beding, aangezien de consument er daardoor toe kan worden gebracht om verplichtingen op zich te nemen die hij anders niet zou hebben aanvaard, en het evenwicht tussen de wederzijdse verplichtingen van de partijen bij die overeenkomst dus aanzienlijk kan worden verstoord.'



OCIDENTAL-ARREST – DE FEITEN

Stappenplan?

- 1) Niet verstrekt = niet transparant ('geldt des te meer') → ambtshalve toetsing
- 2) Goede trouw & verstoring evenwicht → geen kennisneming is 'essentieel element'
- 3) Verstoring evenwicht → zou klant voorwaarde hebben aanvaard bij kennisgeving?
- 4) Indien klant *niet* zou hebben aanvaard → oneerlijk beding



OCIDENTAL-ARREST – DE FEITEN

Dient nationale rechter nu actief in elke situatie te vragen aan de ‘verkoper’ of deze de consument in de gelegenheid heeft gesteld om kennis te nemen van alle bedingen?

Op dit moment kennen we art. 6:217 BW en de wilsvertrouwensleer, maar het is daar de consument die actief een beroep moet doen op het ontbreken van de wilsovereenstemming, wanneer geen kennis is genomen van de bedingen vóór het afsluiten van de overeenkomst.

Zie Kifid (Uitspraak Geschillencommissie nr. 2023-0535), waarin is besloten dat de Commissie voortaan ook zal nagaan of de betrokken consument vóór het aangaan van de overeenkomst kennis heeft kunnen nemen van alle relevante voorwaarden



OCIDENTAL-ARREST – DE FEITEN

Uitwerking via de systematiek van art. 6:231 onder a jo. art. 6:233 onder a en art. 3:40 lid 2 BW, nu het gaat om bedingen die, met een richtlijnconforme uitleg, niet duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd en onredelijk bezwarend zijn.

Ambtshalve vernietiging op grond van art. 3:40 lid 2 BW