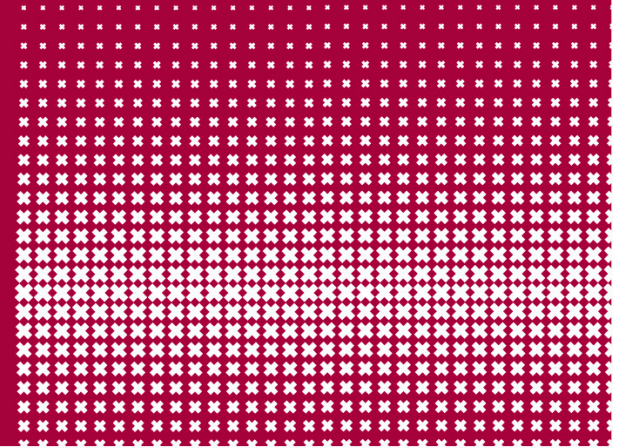




Leergang Verzekeringsrecht

1 november 2024



Knelpunten aangaande het verzekeren langs elektronische weg

mr. A.C. de Bie

Inhoudsopgave

- Duurzame Drager
- EU HvJ BAWAG
- Hof Arnhem-Leeuwarden, 15 augustus 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:6867
- Rb. Amsterdam, 20 februari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:888
- Uitspraak Commissie van Beroep Kifid, 17 juni 2024, nr. 2024-0041

- Algemene voorwaarden is onderdeel van aanbod/aanvaarding.

- Informatieplicht:
 - Algemene Voorwaarden (6:233 BW)
 - Kernbedingen (6:227b BW)

- Let op: van toepassing zijn \neq informatieplicht

Richtlijn 2002/65/EG Richtlijn verkoop op afstand van financiële diensten

- Aanbieders van financiële diensten dienen contractvoorwaarden voorafgaand aan de overeenkomst te verstrekken.
- **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).

Richtlijn 2002/65/EG Richtlijn verkoop op afstand van financiële diensten

- 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'.
- Wetgever heeft evenwicht proberen te vinden tussen bescherming consumenten en technologische vooruitgang
- Controle over informatie moet bij consument (blijven) liggen

Richtlijn 2002/65/EG Richtlijn verkoop op afstand van financiële diensten

3-vereisten:

- de voorwaarden moeten kunnen worden opgeslagen;
 - gedurende een passende termijn moeten die voorwaarden beschikbaar zijn; en
 - 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 en is onderwerp van verschillende arresten EU Hof.
- 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).

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

- BAWAG maakt voor elke klant een persoonlijke e-mailbox aan, waar klanten toegang tot konden krijgen via de website van de bank door in te loggen met een persoonlijk wachtwoord. Berichten verstuurdde de bank vervolgens naar die e-mailbox, zonder nadere mededeling aan haar klanten.
- Centraal: is een persoonlijke e-mailbox op een website aan te merken als een duurzame drager

- Website is een duurzame drager wanneer:
- ‘44 [...] dit [is] 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.’
- ‘45 Deze uitlegging strookt met de doelstelling die in de overwegingen 21 en 22 van richtlijn 2007/64 is geformuleerd, namelijk de betalingsdienstgebruikers en in het bijzonder de consumenten te beschermen.’

Rb. Amsterdam, 20 februari 2024

- Zilveren Kruis Zorgverzekeringen N.V. (ZK) vordert betaling van achterstallige premies en eigen risico van een consument (en baseert die betalingen op de door haar gehanteerde algemene voorwaarden). Consument stelt dat deze algemene voorwaarden niet conform de criteria van een duurzame drager zijn verstrekt.
- ZK overlegt schermafdrucken, waarop een link te zien is die verwijst naar de algemene voorwaarden.

Rb. Amsterdam, 20 februari 2024

- Consument heeft de verzekering via de website van ZK in juni 2022 afgesloten. Via een link wordt deze doorgelinkt naar <https://www.zilverenkruis.nl/consumenten/vergoedingen/downloads>
- Op deze website kan een verzekerde de relevante polisvoorwaarden als pdf-bestand downloaden door op de link te klikken
- Op 13 november 2022 ontving consument bericht dat haar zorgverzekering zou worden geprolongeerd
- ‘In de polisvoorwaarden leest u waarvoor u verzekerd bent’.
- ZK overlegt een screenshot van de betreffende webpagina uit 2022 en 2023.

Rb. Amsterdam, 20 februari 2024

- ZK voert aan dat zij haar voorwaarden niet kan wijzigen. Zij moet haar voorwaarden ieder jaar voorafgaand aan het jaar dat ze gelden ter toetsing voorleggen aan de NZa. Die moet de polisvoorwaarden goedkeuren en daarna zijn wijzigingen, behoudens zeer uitzonderlijke omstandigheden, niet meer mogelijk.
- In dergelijke uitzonderlijke omstandigheden artikel 7:940 lid 4 BW van kracht.
- Er wordt een nieuw overstapmoment gecreëerd. Van die tussentijdse wijzigingen moet ZK verzekerden informeren.

Rb. Amsterdam, 20 februari 2024

- De rechtbank: hoewel niet is komen vast te staan dat de link op de website van ZK rechtstreeks verwijst naar de aan consument persoonlijk gerichte informatie, gelet op de door ZK gestelde omstandigheden voorlopig voldoende aannemelijk is dat consument de op de overeenkomst van toepassing zijnde voorwaarden kan opslaan zonder dat ZKs de inhoud daarna kan wijzigen.
- De door ZK gestelde omstandigheid dat zij na goedkeuring van de algemene voorwaarden door de NZa deze voorwaarden niet meer kan wijzigen, biedt naar het oordeel van de rechtbank vooralsnog voldoende waarborg dat aan de vereisten van het BAWAG-arrest en het Content Services-arrest is voldaan.

Rb. Amsterdam, 20 februari 2024

Commentaar:

- Juiste maatstaf?
- AG Bobek BAWAG:
“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.’”
- Rechtbank verwijst zelf al naar de verzachtende omstandigheid van artikel 7:940 lid 4 BW. --> strookt niet met het vereiste dat dit juist onmogelijk moet zijn.

Rb. Amsterdam, 20 februari 2024

Commentaar:

- AG Bobek BAWAG:

“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”

Rb. Amsterdam, 20 februari 2024

Commentaar:

- M.i. lopen hier twee zaken door elkaar: Juridische onmogelijkheid tot aanpassing (met als vangnet 7:940 lid 4 BW) en de technische onmogelijkheid tot aanpassing.
- De BAWAG-criteria ziet op die laatste onmogelijkheid.
- Juridische onmogelijkheid van aanpassing is überhaupt niet absoluut (bijv. met een beroep op gewijzigde omstandigheden ex artikel 6:258 lid 1 BW).
- Ten overvloede: Kort onderzoek leert dat de website (en downloadpagina) van ZK nogal eens storing heeft. Zelfs al zouden de voorwaarden niet aangepast kunnen worden, dan is de toegankelijkheid gedurende de gehele looptijd van de overeenkomst van die voorwaarden nog steeds niet gegarandeerd.

Rb. Amsterdam, 20 februari 2024

Commentaar:

- Sprake van *verstrekken* van voorwaarden?
- Het is de consument die zelf actief de voorwaarden moet ophalen.
- EU HvJ Content Services-arrest: ‘In die omstandigheden moet worden vastgesteld dat, wanneer informatie die zich op de website van de verkoper bevindt enkel toegankelijk is via een aan de consument meegedeelde link, deze informatie niet aan deze consument is „verstrekt” en evenmin door hem is „ontvangen” (...).’

Hof Arnhem-Leeuwarden, 15 augustus 2023

- Hoger beroep in een verzekeringsgeschil tussen een consument en Achmea Schadeverzekeringen N.V. (Interpolis). Consument heeft een autoverzekering bij Interpolis en eist vergoeding van schade nadat zijn auto in het water is beland.
- Interpolis stelt dat zij niet gehouden is om aan de consument uit te keren. Beroep op een vervalbeding in de algemene voorwaarden en schending inlichtingen en medewerkingsplicht. In het vervalbeding is opgenomen: *‘De verzekerde doet niets wat nadelig is voor ons’*
- Het hof doet de zaak af op de schending van de inlichtingen en medewerkingsplicht.

Hof Arnhem-Leeuwarden, 15 augustus 2023

- Consument: algemene voorwaarden vernietigbaar, omdat de voorwaarden niet aan hem ter hand zijn gesteld zoals in art. 6:233 en 6:234 BW.
- In casu is de polis in een zogenaamde digitale omgeving geplaatst, waar deze toegankelijk was. In de digitale polis kon met hyperlinks worden 'doorgeklikt' naar de op de verzekering toepasselijke voorwaarden.

Hof Arnhem-Leeuwarden, 15 augustus 2023

- Het Hof: uit de parlementaire behandeling van artikel 6:234 BW volgt dat het ter beschikking stellen van algemene voorwaarden via een link toereikend moet worden geacht.
- Verder slaagt het beroep op van consument op het Content Services-arrest niet, omdat het daar gaat over het bekend maken van algemene voorwaarden via een hyperlink op de website, terwijl het hier gaat om een hyperlink in een aan de verzekerde toegestuurde polis.

Hof Arnhem-Leeuwarden, 15 augustus 2023

- Commentaar
- Beroep op Wetshistorie 2008-2009 ('*dat het ter beschikking stellen van algemene voorwaarden via een link toereikend moet worden geacht*').
- Magere onderbouwing? -->latere (Europese) jurisprudentie (zie o.a. het Content Services-arrest) die expliciet het gebruik van hyperlinks afwijst (v.w.b. term verstrekken)
- Voor het Hof is er een verschil tussen een hyperlink op een website en een hyperlink in een polis - ????
 - Beide hyperlinks verwijzen naar een pagina op een website van de gebruiker van de algemene voorwaarden

Hof Arnhem-Leeuwarden, 15 augustus 2023

- Commentaar
- Content Services geeft een criterium voor het *verstrekken* van voorwaarden. Zij geeft geen nadere vereisten dat dit criterium alleen geldt voor hyperlinks in X, Y of Z.
- Waar die hyperlink moet staat (e.g. in een e-mail, op een webpagina, in een polis etc.) kan ik niet lezen in het arrest.

Uitspraak Commissie van Beroep Kifid, 17 juni 2024, nr. 2024-0041

- Consumenten hebben een reisverzekering afgesloten bij FBTO. Op vakantie in Duitsland plaatsten ze hun bagage in de kofferbak van een taxi. De taxichauffeur reed vervolgens weg met hun bagage. FBTO wees de schadeclaim af met een beroep op artikelen 9, 11 en 12 van de bijzondere voorwaarden (i.e. de schade was niet tijdig gemeld, er was geen aangifte bij de politie gedaan, en de klagers hadden onvoldoende voorzorgsmaatregelen genomen).
- FBTO stelt dat voldaan is aan duurzame drager vereiste.
- FBTO heeft in de procedure een voorbeeld van de hyperlink naar de voorwaarden overgelegd. Daarnaast heeft FBTO de voorwaarden verstrekt met een hyperlink op het polisblad.

Uitspraak Commissie van Beroep Kifid, 17 juni 2024, nr. 2024-0041

- CvB oordeelt over:
 - Ambtshalve toetsing n.a.v. Ocidental-arrest
 - Richtlijnconforme uitleg
 - Is online omgeving een Duurzame Drager

Uitspraak Commissie van Beroep Kifid, 17 juni 2024, nr. 2024-0041

- CvB is het niet eens is met de commissie in eerste aanleg dat artikel 6:234 lid 2 BW en artikel 6:227b lid 2 BW conform artikel 5 van de richtlijn financiële diensten op afstand moeten worden uitgelegd.
- CvB: art 6:234 lid 2 BW regelt de terhandstelling van algemene voorwaarden op afstand en art. 6:227b lid 2 BW de terhandstelling van overige voorwaarden op afstand.
- CvB: Deze artikelen zijn niet bedoeld om artikel 5 van de richtlijn financiële diensten op afstand te implementeren en lenen zich niet voor een richtlijnconforme interpretatie

Uitspraak Commissie van Beroep Kifid, 17 juni 2024, nr. 2024-0041

- Commentaar:
- Lenen zich niet voor richtlijnconforme uitleg
- In art. 6:234 lid 2 BW en 6:227b lid 2 BW staat dat voorwaarden voor of tijdens het sluiten van de overeenkomst worden verstrekt, zodat ze kunnen worden opgeslagen en later bekeken.
- Volgens de richtlijn financiële diensten op afstand moet een elektronisch afgesloten financiële dienstovereenkomst via een duurzame drager worden verstrekt.
- Beide voorschriften beschrijven **hoe** voorwaarden verstrekt dienen te worden, zodat deze kennis kan nemen van de voorwaarden.
- Hierbij merk ik op het HvJ EU reeds heeft geoordeeld dat een nationale rechter bij richtlijnconforme uitleg het gehele nationale recht in beschouwing moet nemen om te beoordelen in hoeverre dit zodanig kan worden toegepast dat het niet tot een resultaat leidt dat in strijd is met het door de relevante richtlijn beoogde resultaat.

Uitspraak Commissie van Beroep Kifid, 17 juni 2024, nr. 2024-0041

- Commentaar:
- CvB: Artikelen zijn niet bedoeld om artikel 5 van de richtlijn financiële diensten op afstand te implementeren
- EU HvJ*: een nationale rechter moet bij richtlijnconforme uitleg het gehele nationale recht in beschouwing nemen om te beoordelen in hoeverre dit zodanig kan worden toegepast dat het niet tot een resultaat leidt dat in strijd is met het door de relevante richtlijn beoogde resultaat.

*HvJ EG, 5 oktober 2004, C-397/01 t/m C-403/1,
ECLI:EU:C:2004:584, r.o. 115 (Pfeiffer)

Uitspraak Commissie van Beroep Kifid, 17 juni 2024, nr. 2024-0041

- EU HvJ*: ‘Bij de toepassing van het nationale recht, ongeacht of het daarbij gaat om bepalingen die dateren van eerdere of latere datum dan de richtlijn, moet de nationale rechter dit zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, ten einde het hiermee beoogde resultaat te bereiken en aldus aan artikel 189, derde alinea, EEG-Verdrag te voldoen’

*HvJ EU, 13 november 1990, nr. C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395, r.o. 8 (Marleasing)

Uitspraak Commissie van Beroep Kifid, 17 juni 2024, nr. 2024-0041

- Hoe ik dat richtlijnconforme uitleg lees:
Ook reeds bestaande wetgeving zal conform een relevante richtlijn (van een latere datum) uitgelegd moeten worden.
- Zie ook HR: voor richtlijn conforme uitleg moet worden gekozen, indien interpretatie mogelijk is, ook zou een wetshistorische uitleg van de bepaling tot een andere uitleg leiden. Dit is slechts anders wanneer uit de wetsgeschiedenis expliciet blijkt dat de Nederlandse wetgever doelbewust heeft willen afwijken van een verplichting uit de richtlijn.

*HR 10 augustus 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3758, r.o. 3.4.

Uitspraak Commissie van Beroep Kifid, 17 juni 2024, nr. 2024-0041

- CvB (ten overvloede) over de Duurzame Drager
- FBTO voldoet aan de verplichting tot het verstrekken via een duurzame drager, indien zij voldoende aannemelijk kan maken dat voldaan is aan de duurzame drager-criteria.
- Om dit aannemelijk te maken dient FBTO volgens de CvB 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 mijnomgeving wordt geplaatst daadwerkelijk niet eenzijdig kan worden gewijzigd.
- Daarnaast dient FBTO nader te onderbouwen dat de informatie voor een gepaste duur beschikbaar is.
- CvB: Nadere toelichting gewenst