



**ACIS-symposium Actualiteiten Verzekeringsrecht
2024 Vrijdag 12 April 2024 Ambtshalve toetsing van
verzekeringsvoorwaarden**

Prof. dr. M.L. Hendrikse

Algemeen (1)

- De rechtspraak van het Europese Hof van Justitie heeft grote invloed op de verzekeringspraktijk. 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 huidige verzekeringspraktijk.

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).
- Overigens moet er niet alleen ambtshalve 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.
- 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)

- 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 (5)

- 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 (6)

- 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 wordt het in geschil zijnde beding in veel gevallen – daarover zo meer - als oneerlijk 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 (7)

- Intransparantie 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. Een beding waarvan de consument geen kennis heeft kunnen nemen zal ook veelal oneerlijk zijn. Dit laatste zal niet het geval zijn in de situatie dat als partijen vrijelijk over het beding hadden onderhandeld mag worden aangenomen dat de consument het beding zou hebben aanvaard.

Ambtshalve toetsing (8)

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 (9)

- 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.
- 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 (10)

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. Voor zover er sprake is van een duurzame drager brengt de Richtlijn financiële diensten op afstand aan consumenten ook een ambtshalve toets mee (effectieve consumentenbescherming).

Uit r.o. 64-66 (in het bijzonder r.o. 66) van HvJ 21 april 2016, ECLI:EU:C:2016:283 vloeit immers voort dat aan consumentenbeschermende richtlijnen in beginsel ambtshalve moet worden getoetst. Zie ook r.o. 3.5 van GC Kifid 2023-0988.

Ambtshalve toetsing (11)

- Voor de praktijk van de “papieren verzekeringsvoorwaarden” kan worden opgemerkt dat het arrest van het HvJ EU (20 april 2023) 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.”

Ambtshalve toetsing (12)

- Voor de praktijk van de verzekeringsvoorwaarden langs elektronische weg is de situatie als volgt.
- Daar zal – zie bijvoorbeeld r.o. 3.3 van GC Kifid 2023-0535 en r.o. 9 van Rechtbank Amsterdam 25 juli 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4432 - de geschillenbeslechter ambtshalve moet toetsen of de verzekeringsvoorwaarden in de precontractuele fase op een ‘duurzame drager’ aan de consument zijn verstrekt. Dit volgt uit het eerdergenoemde HvJ-arrest uit 2016.
- In het hiernavolgende zal nader worden ingegaan op het ‘duurzame drager’-vereiste. Zie ook over dit onderwerp A.C. de Bie, Verzekeringsrecht 2023, par. 2.5.3 en 2.5.4.

'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 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"
- Art. 6:234 lid 2 BW (algemene voorwaarden) en art. 6:227b lid 2 BW (kernbedingen) moeten op dit punt richtlijnconform 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.

'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 zojuistgenoemde 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”.”

'Duurzame drager'-vereiste (5)

- De Bawag-lijn ziet men 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)

- Zie ook 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.”

'Duurzame drager'-vereiste (7)

- Praktische conclusies:
- 1. Het verwijzen naar enkel een website waarop de algemene voorwaarden te vinden zijn is in ieder geval onvoldoende. Zie ook HR 11 februari 2011, NJ 2011, 571, r.o. 3.4.2, voor zover art. 6:230c lid 3 BW (uitwerking van de Dienstenrichtlijn) niet van toepassing is. De Dienstenrichtlijn is niet van toepassing in geval van financiële dienstverlening. Zie punt 18 van de considerans. De Hoge Raad overweegt dat uit het systeem van art. 6:234 BW immers volgt dat het initiatief tot de bekendmaking van de algemene voorwaarden moet liggen bij de gebruiker. Anders gezegd van het 'verstrekken' of ter beschikking stellen' van de algemene voorwaarden is dus geen sprake.
- 2. Een hyperlink direct naar de toepasselijke voorwaarden is – althans in gevallen waarbij het begrip 'duurzame drager' in EU richtlijnen een rol speelt – niet voldoende. Dit waarborgt niet dat de wederpartij de voorwaarden gedurende de looptijd in ongewijzigde vorm kan raadplegen. Zie ook r.o. 44 van HvJ EU 25 januari 2017 (Bawag), r.o. 4.10 van GC Kifid 2017-670; r.o. 4.4 van GC Kifid 2015-169 en r.o. 3.13 van GC Kifid 2023-0988. Anders Hof Arnhem-Leeuwarden 15 augustus 2023 waaruit voortvloeit dat een hyperlink op een website van de financieel dienstverlener niet is toegestaan maar een hyperlink op een aan de verzekerde toegestuurde verzekeringspolis wel is toegestaan. Zie r.o. 4.9 van Hof Arnhem-Leeuwarden 15 augustus 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:6867. Uit r.o. 51 van HvJ EU Content Services volgt dat in geval van een hyperlink ook geen sprake is van het 'verstrekken' van de standaardvoorwaarden.
- 3. Nu een personal page op de website van de gebruiker ook geen optie is – zie expliciet r.o. 3.13 van GC Kifid 2023-0988 - nu de voorwaarden dan niet buiten de invloedssfeer verkeren van de gebruiker is het de meest veilige optie voor de gebruiker om de toepasselijke voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij als set te mailen. Wel moet de gebruiker in dat geval – zie EFTA Hof 27 januari 2010, E-4/09 (Inconsult Anstalt) onder punt 65 – maatregelen nemen die ertoe strekken dat het vrijwel zeker is dat de klant de informatie opslaat omdat het e-mail bericht zelf geen duurzame drager is. Zie Hellegers NTHR 2017-4, p. 175 en Schaub TvC 2012-2, p. 76.

Ambtshalve toetsing (13)

- 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.”
- 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 invoeren.
- 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 aan genoemde dwingendrechtelijke bepalingen in titel 7.17 BW.