

Rondom het Nieuws

Ambtshalve toetsing

dr. mr. F.M.A. 't Hart

De recente arresten van het Hof Den Haag eind september 2023 ten aanzien van de zorgplicht bij beleggingsverzekeringen, laat zien wat de impact kan zijn van een ambtshalve toetsing.

De ambtshalve toetsing begint een steeds prominentere rol te krijgen bij de beslechting van financiële geschillen. In deze rubriek ga ik in op de ambtshalve toetsing in financiële geschillen en meer in het bijzonder op (een van) deze recente arresten.

1. Essentie ambtshalve toetsing

De essentie van ambtshalve toetsing is dat een rechter regels van Europees consumentenrecht toepast ongeacht of een consument daarom verzocht heeft en ongeacht of een vordering van een consument daarop (mede) is gebaseerd. Dit betekent dat een rechter zelf zal moeten nagaan of regels van Europees recht die consumenten beogen te beschermen van toepassing zijn en zo ja, die regels toe te passen.

2. Hof van Justitie

Het arrest van het HvJ in de Océano Grupo Editorial zaak kan beschouwd worden als het beginpunt van ambtshalve toetsing door rechters.¹ Het ging in deze zaak om de Europese Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.² In dit arrest verklaart het HvJ voor recht:

*”De bescherming die richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten de consumenten biedt, vereist, dat de nationale rechter bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van een bij de nationale gerechten ingediende vordering **ambtshalve kan toetsen**, of een beding in de hem voorgelegde overeenkomst oneerlijk is.*

*De nationale rechter moet bij de toepassing van bepalingen van nationaal recht van eerdere of latere datum dan de richtlijn, deze zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van die richtlijn. **Het vereiste van conforme uitlegging** brengt in het bijzonder mee, dat de nationale rechter die uitlegging volgt die hem de mogelijkheid biedt, zich ambtshalve onbevoegd te verklaren ingeval hij als bevoegde rechter is aangewezen in een oneerlijk beding.”³*

Het HvJ geeft als volgt de gedachte weer die aan ambtshalve toetsing ten grondslag ligt:

*”De doelstelling van artikel 6 van de richtlijn, volgens hetwelk de lidstaten moeten bepalen dat oneerlijke bedingen de consument niet binden, **kan mogelijk niet worden bereikt, wanneer de consument het oneerlijke karakter van dergelijke bedingen zelf aan de orde zou moeten stellen.***

*In geschillen betreffende kleine geldvorderingen kunnen de advocatenhonoraria hoger zijn dan het gevorderde bedrag, hetgeen de consument ervan kan afhouden zich te verweren tegen de toepassing van een oneerlijk beding. Volgens de procesregels van tal van lidstaten mogen particulieren in dergelijke geschillen weliswaar zelf verweer voeren, bestaat er een niet te verwaarlozen gevaar, dat de consument **met name uit onwetendheid geen beroep doet op het oneerlijke karakter van het beding dat hem wordt tegengeworpen.** Bijgevolg kan een doeltreffende bescherming van consumenten enkel worden bereikt, indien aan de nationale rechter de bevoegdheid wordt toegekend om een dergelijk beding ambtshalve te toetsen.”⁴*

De bevoegdheid tot ambtshalve toetsing was hiermee een feit.⁵

Het HvJ heeft in het Pannon arrest uit 2009 bepaald dat de ambtshalve toetsing geen bevoegdheid

1. HvJ EU 27 juni 2000, ECLI:EU:C:2000:346.
2. Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.
3. HvJ EU 27 juni 2000, ECLI:EU:C:2000:346.

4. HvJ EU 27 juni 2000, ECLI:EU:C:2000:346, punt 26.
5. Andere arresten omtrent de (reikwijdte van de) ambtshalve toetsing zijn onder andere: Asbeek Brusse, HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341 en Jörös HvJ EU 30 mei 2013, C-397/11, NJ 2013/486 en Radlinger HvJ EU 21 april 2016, C-377/14, ECLI:EU:C:2016:283 en Pénzugi HvJ EU 9 november 2010, C-137/08, ECLI:EU:C:2010:659 en Aziz, HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 Finamadrid HvJ EU 18 februari 2014, C-49/14, ECLI:EU:C:2016:98 8 Mostaza Claro HvJ EU 26 november 2006, C-348/14, en Asturcom HvJ EU 6 oktober 2009, C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615 en Pohotovost HvJ EU 16 november 2010, C76/10, ECLI:EU:C:2010:685.

is maar een verplichting is die op rechters rust.⁶ Van ‘mogen toetsen’ naar ‘moeten toetsen’ dus.

In april van dit jaar heeft het HvJ in het Ocidental arrest bepaald dat de ambtshalve toetsing ook ziet op de precontractuele fase.⁷ Het HvJ verklaarde voor recht dat:

*”1) Artikel 4, lid 2, en artikel 5 van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, gelezen tegen de achtergrond van de twintigste overweging van deze richtlijn, moeten aldus worden uitgelegd dat een consument **steeds vóór de sluiting van een overeenkomst kennis moet kunnen nemen van alle bedingen van deze overeenkomst.***

*2) Artikel 3, lid 1, en de artikelen 4 tot en met 6 van richtlijn 93/13 moeten aldus worden uitgelegd dat de nationale rechter die een beding in een verzekeringsovereenkomst dat de dekking van het verzekerde risico uitsluit of beperkt en waarvan de betrokken **consument geen kennis heeft kunnen nemen vóór de sluiting van deze overeenkomst, als oneerlijk aanmerkt, dat beding buiten toepassing dient te laten opdat het geen bindende gevolgen teweegbrengt voor de consument.**”⁸*

Niet alleen de vraag of een beding oneerlijk is maar ook de vraag of een consument voor het aangaan van de overeenkomst kennis heeft kunnen nemen van alle bedingen, dient dus ambtshalve getoetst worden. Heeft een consument van een beding niet voorafgaand aan de overeenkomst kennis genomen of is een beding in een overeenkomst oneerlijk (in dit laatste geval is het irrelevant of de consument van het desbetreffende beding kennis heeft kunnen nemen voorafgaand aan de overeenkomst), dan moet het desbetreffende beding buiten toepassing worden gelaten.

3. Nederlandse rechtspraak

De Hoge Raad heeft in de Lindorff arresten uit 2014 en 2016 bepaald dat rechters ook ambtshalve nationale consumentenrechtelijke voorschriften dienen te toetsen.⁹ De (verplichte) ambtshalve toetsing ziet dus niet alleen op Europees consumentrecht maar ook op nationaal consumentenrecht.

De ambtshalve toetsing is niet zonder gevolgen gebleven voor overeenkomsten die Nederlandse consumenten zijn aangegaan ter afname van financiële producten. Met name kredietovereenkomsten en

beleggingsverzekeringen zijn relatief veelvuldig onderwerp van ambtshalve toetsing. Illustratief is de ambtshalve toetsing door het Hof Amsterdam van de precontractuele informatieplicht bij consumentenkrediet¹⁰ en de ambtshalve toetsing door het Hof Den Bosch bij beleggingsverzekeringen.¹¹ Ik verwijs ook naar arrest van de Hoge Raad uit 2019 omtrent het zogenaamde wijzigingsbeding bij kredietovereenkomsten met een variabele opslag.¹² Het voert in het kader van deze rubriek te ver om in te gaan op alle voor de financiële sector relevante uitspraken omtrent de ambtshalve toetsing.

Van belang is wel dat ook het KiFID (lees: de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep) besloten heeft om ambtshalve te toetsen. In een bindend advies uit 2022 - ter zake van het premievrij maken van een bij ASR afgesloten levensverzekering - overweegt de Commissie van Beroep dat een verplichting tot ambtshalve toetsing niet rechtstreeks volgt uit het Unierecht maar dat de Commissie deze ambtshalve toetsing wel zal moeten verrichten om te voorkomen dat haar advies mogelijk wordt vernietigd door de civiele rechter:

*”De rechter is gehouden in voorkomende gevallen ambtshalve – uit eigen beweging – over te gaan tot een toetsing van de bedingen in een consumentenovereenkomst aan Richtlijn 93/13/EEG. Daarbij zal de rechter wel binnen de grenzen van de rechtsstrijd moeten blijven. Zie hiervoor HR 13 september 2013, NJ 2014/274. **Een verplichting tot ambtshalve toetsing in de procedure bij Kifid voor de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep volgt niet rechtstreeks uit het recht van de Europese Unie. Wel moet worden aangenomen dat de Geschillencommissie en de Commissie van Beroep op vergelijkbare wijze als de rechter gehouden zijn uit eigen beweging te toetsen aan Richtlijn 93/13/EEG, ter voorkoming dat hun uitspraak met succes ter vernietiging kan worden voorgelegd aan de burgerlijke rechter (artikel 7:904 BW) (vgl. CvB 2021-0017, nr. 5.16 en CvB 2021-0025, nr. 5.11). De Commissie van Beroep is evenwel niet gebleken van potentieel oneerlijke bedingen, althans niet binnen de grenzen van de rechtsstrijd.**”¹³*

Overigens toetst het KiFID in navolging van het hier eerder besproken Ocidental arrest van het HvJ, eveneens of een consument voorafgaand aan het aangaan van de overeenkomst kennis heeft kunnen nemen van alle bedingen.¹⁴ In een recent bindend

6. HvJ 4 juni 2009, ECLI:EU:C:2009:350.

7. HvJ 23 april 2023, ECLI:EU:C:2023:311.

8. HvJ 23 april 2023, ECLI:EU:C:2023:311

9. HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, NJ 2015/477 (JOR 2014/206) en HR 12 februari 2016 ECLI:NL:HR:2016:236 (JOR 2016/127). Beide arresten in de JOR voorzien van een annotatie door Van Poelgeest en Biemans.

10. Hof Amsterdam 20 april 2021 ECLI:NL:GHAMS:2021:1231 (JOR 2021/244 m. nt. Claassen).

11. Hof Den Bosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:1857 (JOR 2017/198 m. nt. Lieverse).

12. HR 22 november 2019 ECLI:NL:HR:2019:1830 (JOR 2020/36 m. nt. Scholten).

13. Commissie van Beroep 11 maart 2022, nummer 0014.

14. Zie nieuwsbericht d.d. 25 juli 2023 getiteld: “Kifid: arrest van Europese Hof van Justitie leidt tot uitbreiding ambtshalve toetsing”, te vinden op www.kifid.nl.

advies had de Geschillencommissie vastgesteld dat ASR (Loyalis Schade) had volstaan met een verwijzing op het polisblad naar haar website (alwaar de op de arbeidsongeschiktheidsverzekering toepasselijke polisvoorwaarden waren geplaatst), hetgeen in strijd is met de verplichting om de toepasselijke voorwaarden voorafgaand aan de totstandkoming van de verzekering aan de consument te verstrekken.¹⁵

4. De recente arresten van het Hof Den Haag

Het Hof Den Haag heeft eind september 2023 twee arresten gewezen omtrent de zorgplicht bij (bepaalde) beleggingsverzekeringen.¹⁶ Het eerste arrest heeft betrekking op beleggingsverzekeringen aangeboden door Aegon (Aegon Leven en Aegon Spaarkas). Het tweede arrest heeft betrekking op beleggingsverzekeringen aangeboden door Nationale Nederlanden.¹⁷ Dit tweede arrest is het vervolg op de beantwoording van prejudiciële vragen door de Hoge Raad in 2022.¹⁸

In beide arresten oordeelde het Hof Den Haag dat de desbetreffende algemene voorwaarden (enkele) oneerlijke bedingen bevatten en dat die bedingen om die reden vernietigbaar zijn. Het praktische gevolg daarvan is dat ten onrechte kosten op grond van deze oneerlijke bedingen in rekening zijn gebracht aan verzekeringnemers. Voor de goede orde: het gaat hier niet om toegekende schadevergoedingen maar om verklaringen voor recht in collectieve acties aangespannen door de Vereniging Woekerpolis.nl.

De door de Vereniging Woekerpolis.nl geïnitieerde collectieve actie had betrekking op bepaalde beleggingsverzekeringen die in de periode 1982 tot 2008 waren aangeboden door Nationale Nederlanden. Het betrof hier zogenaamde universal life verzekeringen. Dit betekent dat de bruto premie wordt belegd en dat vervolgens vanuit de beleggingen de kosten- en de risicopremie worden voldaan door de beleggingen deels te verkopen. De opzet en werking van een universal life beleggingsverzekering verschilt dus materieel van een unit linked verzekering waarbij de kosten- en de risicopremie wordt ingehouden op de verzekeringspremie en het restant vervolgens wordt belegd.¹⁹

15. Geschillencommissie KiFID 14 juli 2023, nummer 0535.

16. In de tegen Aegon aangespannen collectieve actie ging het om de beleggingsverzekeringen KoersPlan, het VermogensPlan en het FundPlan en in de tegen NN aangespannen collectieve actie ging het om de beleggingsverzekeringen Flexibel Verzekerd Beleggen.

17. Hof Den Haag 26 september 2023 ECLI:NL:GHDHA:2023:1854.

18. HR 11 februari 2022 ECLI:NL:HR:2022:166 (JOR 2022/120 m. nt. Bosselaar). Zie ook Hof Den Haag 31 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:543 (JOR 2020/286 m. nt. 't Hart).

19. Zie voor een uiteenzetting van de kenmerken en verschillen van universal life verzekeringen en unit link verzekeringen mijn annotatie bij HR 12 februari 2022 in Ondernemingsrecht (Ondernemingsrecht 2022/58 met annotatie van F.M.A. 't Hart).

De Vereniging Woekerpolis.nl achtte twee specifieke voorwaarden oneerlijk dan wel onredelijk bezwaarend. Ik beperk me tot het oordeel van het Hof Den Haag over het beding omtrent onder andere de overlijdensrisicopremie nu dit oordeel treffend illustreert hoe de toetsing geschiedt, al moet nog blijken of de uitkomst van deze toetsing in de ogen van de Hoge Raad stand houdt.²⁰

Het desbetreffende beding luidt als volgt:

1. *Op de voor de voor de verzekeringnemer uitstaande participaties in de door hem aangegeven fondsen zal iedere kalendermaand een vergoeding voor de door de Maatschappij in verband met deze verzekering gemaakte administratie- en beheerskosten in mindering worden gebracht, alsmede de over de betreffende maand verschuldigde overlijdensrisicopremie.*
2. *Indien de waarde van de in het eerste lid bedoelde participaties de betreffende kalendermaand onvoldoende blijkt te zijn om daarop de over die maand verschuldigde administratie- en beheerskosten en overlijdensrisicopremie geheel in mindering te brengen, vervalt de verzekering per de laatste dag van de maand. Indien de verzekering een afkoopwaarde heeft, wordt deze aan de verzekeringnemer uitgekeerd tegen inlevering van de polis.*

De Vereniging had zich op het standpunt gesteld dat dit beding oneerlijk is omdat de hoogte van de overlijdensrisicopremie niet wordt genoemd en ook niet wordt weergegeven hoe de premie kan worden berekend. Ook zou het mechanisme niet duidelijk zijn, omdat de economische gevolgen van de hoogte van de premie voor het rendement niet uit het beding kunnen worden afgeleid.

Daarnaast zou het beding onduidelijk en oneerlijk zijn omdat voor de verzekeringnemer niet duidelijk was welke kosten in rekening werden gebracht en wat de hoogte daarvan was. Nationale Nederlanden betwist niet dat de hoogte van de premie niet wordt genoemd en evenmin dat die premie uit de toepasselijke voorwaarden valt te herleiden. Wel voert Nationale Nederlanden aan dat het mechanisme van het inhouden van de overlijdensrisicopremie voor het rendement (via het hefboomeffect) is uiteengezet, in de eerste plaats doordat in het eerste lid is aangegeven dat de overlijdensrisicopremie in mindering wordt gebracht op de uitstaande participaties en verder in het tweede lid van het desbetreffende beding.

Het Hof oordeelt dat het beding niet transparant is omdat:

20. Nationale Nederland heeft aangekondigd cassatieberoep in te stellen.

"het niet de hoogte van de premie voor het overlijdensrisico noemt en evenmin de methode waardoor de premie bij benadering kan worden vastgesteld. Verder is het artikel niet transparant in het uiteenzetten van het mechanisme waardoor de overlijdensrisicopremie hoger wordt, als de waarde van de participaties kleiner wordt (het hefboomeffect). Die duidelijkheid wordt ook niet verkregen als men weet dat de premie op de uitstaande participaties in mindering komt en evenmin als men weet dat bij onvoldoende participaties vanwege de kosten en de premies de verzekering kan vervallen".²¹

Het is vaste jurisprudentie dat het enkele feit dat een beding niet transparant is niet per se betekent dat het beding ook oneerlijk is. Dat is stap 2 van de toetsing: bezien moet worden of het beding ook tot stand zou zijn gekomen indien daarover zou zijn onderhandeld of dat sprake is van een 'aanzienlijke verstoring van het evenwicht'. En stap 2 brengt naar het oordeel van het Hof met zich dat dit beding niet oneerlijk is voor zover dat de overlijdensrisicopremie betreft:

"De omstandigheid dat een beding niet transparant is en/of dat de verzekeringnemer daarover onvoldoende is geïnformeerd dwingt echter niet zonder meer tot de conclusie dat er sprake is van een aanzienlijke verstoring van het contractuele evenwicht ten nadele van de consument. Zo ook hier niet. **De verzekeringnemer moet immers hebben geweten dat hij (tevens) een overlijdensrisicoverzekering sloot en ook moet het hem duidelijk zijn geweest dat tegenover die dekking een risicopremie staat.** Dat betekent dat NN ervan mocht uitgaan dat de afnemer met het beding akkoord was gegaan als daarover afzonderlijk op eerlijke en billijke wijze was onderhandeld. Daarmee veroorzaakt het beding geen aanzienlijke verstoring van het evenwicht ten nadele van de consument, zodat er geen reden is voor vernietiging voor zover het de overlijdensrisicopremie betreft."²²

Op basis van een soortgelijke overweging kwam de Geschillencommissie van het KiFID tot het oordeel in het eerder aangehaald bindend advies ter zake van - kort gezegd - ASR Loyalis Schade, dat geen sprake was van een oneerlijk beding, hoewel de voorwaarden dus niet voorafgaand aan de verzekering aan de consument bekend waren.²³

Een slechter lot treffen de in het bovenstaand beding genoemde beheer- en administratiekosten. Ook hier toetst het Hof Den Haag eerst of het beding transparant is:

"Het hof is van oordeel dat het beding dat beheer- en administratiekosten in rekening worden gebracht zeer summier is geformuleerd. Het is **wellicht taalkundig en grammaticaal begrijpelijk**, maar voor de consument is daaruit niet af te leiden welke kosten er al dan niet onder vallen en wat de omvang van de desbetreffende kosten bij benadering zou kunnen zijn."²⁴

Om vervolgens te beoordelen of het beding oneerlijk is:

"Dit niet transparante beding moet wel worden aangemerkt als oneerlijk in de zin van artikel 3 van Richtlijn 93/13, omdat het, in strijd met de goede trouw, **het evenwicht tussen de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen ten nadele van de verzekeringnemer aanzienlijk verstoort.**

Tegenover de verplichting tot betaling van de vele, veelsoortige kosten voor de aan- en verkoop van participaties, voor marketing, voor het opstellen van de verzekeringsovereenkomst en de opname van de verzekering in de administratie, voor de afsluitprovisie van de assurantietussenpersoon, voor incasso en voor doorlopende provisie, krijgt de consument geen wezenlijke tegenprestatie. **NN mocht er dan ook niet van uitgaan dat de verzekeringnemer met het beding akkoord was gegaan, als daarover afzonderlijk was onderhandeld."**

Vanaf 1995 kwamen bij de Ombudsman klachten binnen over de omvang van de kosten en de onduidelijkheid daarover en niet aannemelijk is dat NN daarvan niet op de hoogte is geweest. Het moet voor NN duidelijk zijn geweest dat het rendement van zijn belegging voor de verzekeringnemer van wezenlijk belang was om de overeenkomst aan te gaan. Het was aan NN wèl duidelijk, maar aan de verzekeringnemer niet voldoende bekend **dat de omvang van de kosten aanmerkelijke invloed had op het rendement van de verzekering.** Onder die omstandigheden moet het beding als oneerlijk worden aangemerkt.²⁵

Met als conclusie dat het beding oneerlijk en daarmee onredelijk bezwarend in de zin van art. 6:233 onder a BW en dus vernietigd dient te worden. Het Hof Den Haag voegt daaraan toe dat ingevolge het Dexia arrest van het HvJ uit 2021 het aldus vernietigde beding niet door nationale bepalingen van aanvullend recht mag worden vervangen.²⁶ Ook dit laatste heeft dus een materiële impact indien een beding als een oneerlijk beding moet worden beschouwd. De

21. Hof Den Haag 26 september 2023 ECLI:NL:GHDHA:2023:1854, r.o. 24.3.
22. Hof Den Haag 26 september 2023 ECLI:NL:GHDHA:2023:1854, r.o. 24.3.
23. Geschillencommissie KiFID 14 juli 2023, nummer 0535.

24. Hof Den Haag 26 september 2023 ECLI:NL:GHDHA:2023:1854, r.o. 24.4.
25. Hof Den Haag 26 september 2023 ECLI:NL:GHDHA:2023:1854, r.o. 24.5.
26. HvJ EU 27 januari 2021, ECLI:EU:C:2021:68.

ambtshalve toetsing resulteert in een ‘alles of niets’ oordeel voor zowel de consument als de instelling die het desbetreffende beding hanteert.

Nog een paar andere interessante overwegingen uit dit recente arrest van het Hof Den Haag.

Nationale Nederlanden had betoogd dat de desbetreffende bedingen als een kernbeding moeten worden beschouwd zodat toetsing achterwege dient te blijven. Het Hof verwerpt dit betoog:

*”De toetsing van algemene voorwaarden ziet niet op kernbedingen (art. 6:231 sub a BW, artikel 4 lid 2 Richtlijn 93/13) voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd. NN stelt dat de bedingen die de Vereniging ter vernietiging voordraagt, bedingen zijn zoals bedoeld in artikel 4 lid 2 Richtlijn 93/13: **bedingen die de gelijkwaardigheid van prijs en de tegenprestatie betreffen. Daarvan is geen sprake. De bedingen waarover het gaat bepalen de te betalen kosten en de manier waarop dat moet gebeuren; dit zijn modaliteiten van de prestatie ofwel niet de kern van de prestatie in de zin van artikel 6:231 sub a BW.**”²⁷*

Een andere interessante overweging van het Hof Den Haag is dat de omstandigheid dat Nationale Nederlanden verzekeringsnemers op enig moment heeft gecompenseerd niet relevant is bij de toetsing of een beding oneerlijk is nu dat een omstandigheid is die na het afsluiten van de overeenkomst zich heeft voorgedaan:

*”Bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van het beding worden **alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst in aanmerking genomen, en alle andere bedingen.** Bepalend zijn alle omstandigheden waarvan de wederpartij van de consument op het moment van het sluiten van de overeenkomst kennis kon hebben en die gevolgen kunnen hebben voor de latere uitvoering van de overeenkomst. Dat betekent dat de Vereniging gelijk heeft dat na het sluiten van de overeenkomst opgekomen omstandigheden in beginsel niet van belang zijn voor de beoordeling of het beding oneerlijk is. Dat geldt met name voor de omstandigheid dat NN uiteindelijk een tegemoetkomingsregeling heeft getroffen”²⁸*

Verder is het Hof Den Haag het niet met Nationale Nederlanden eens dat uit de prejudiciële beslissingen van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat geen toetsing mag plaatsvinden aan de Richtlijn Oneerlijke bedingen omdat op levensverzekeringen de Derde Levensrichtlijn van toepassing is.

Interessanter zijn de daarop volgende overwegingen van het Hof Den Haag. Immers, beleggingsverzekeringen werden al aangeboden sinds de jaren 80/begin jaren 90 dus dat roept de vraag op hoe en aan welke nationale bepalingen ambtshalve getoetst moet worden. Voor beleggingsverzekeringen afgesloten na 1994 is dat een richtlijn conforme toetsing en voor beleggingsverzekeringen afgesloten tussen 1993 en 1995 is dat een toetsing aan de hand van afdeling 6.5.3 BW:

*”Wel is juist dat de rechter niet rechtstreeks aan Richtlijn 93/13 toetst, maar de nationale bepalingen, afdeling 6.5.3 BW, uitlegt **met inachtneming van de Richtlijn.** Zoals hiervoor is overwogen is afdeling 6.5.3 BW vanaf 1993 van toepassing op door een partij gebruikte algemene voorwaarden. Richtlijn 93/13 is van toepassing op na 31 december 1994 gesloten overeenkomsten. Vanaf die datum moeten de bepalingen van afdeling 6.5.3 BW en speciaal artikel 6:233 onder a BW in overeenstemming met Richtlijn 93/13 worden uitgelegd en toegepast.”²⁹*

En ten aanzien van voor 1993 afgesloten beleggingsverzekeringen overweegt het Hof Den Haag dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid met zich kan brengen dat op een oneerlijk beding geen beroep mag worden gedaan:

*”De verzekeringsovereenkomsten waarover deze procedure gaat, zijn vanaf 1992 gesloten. De nationale dan wel Europese regelingen zijn **niet van toepassing op vóór 1993 dan wel 1995 gesloten verzekeringsovereenkomsten.** Vóór 1993 was het mogelijk dat op grond van de (beperkende werking van de) redelijkheid en billijkheid op een oneerlijk of onredelijk bezwarend beding geen beroep mocht worden gedaan door de gebruiker. Daarbij waren alle omstandigheden van belang, **ook die van na het sluiten van de overeenkomst**”³⁰*

Het valt op dat ten aanzien van deze laatste categorie beleggingsverzekeringen ook omstandigheden van na het afsluiten van de overeenkomst, meegewogen mogen worden. Wellicht dat de omstandigheid dat compensatie is verstrekt daar wel soelaas kan bieden.

5. Slotbeschouwing

Het laatste (juridische) woord over de zorgplicht bij beleggingsverzekeringen is nog niet gesproken. Over het feit dat deze rechtsstrijd lang duurt wil ik opmerken dat het een ieders goed recht is om zich tot de rechter te wenden. Dat recht mag niet feitelijk

27. Hof Den Haag 26 september 2023 ECLI:NL:GHDHA:2023:1854, r.o. 23.5.

28. Hof Den Haag 26 september 2023 ECLI:NL:GHDHA:2023:1854, r.o. 25.8.

29. Hof Den Haag 26 september 2023 ECLI:NL:GHDHA:2023:1854, r.o. 23.4.

30. Hof Den Haag 26 september 2023 ECLI:NL:GHDHA:2023:1854, r.o. 23.4.

of formeel worden ontzegd, hoe bezwaarlijk wellicht voor procederende verzekeringnemers. Daartegenover staat het risico voor financiële ondernemingen dat een lange rechtsstrijd die ziet op de omvang en de naleving van de zorgplicht het risico met zich brengt dat het steeds lastiger wordt voor rechters om tot een oordeel te komen op basis van de maatstaven en inzichten zoals die golden ten tijde van de totstandkoming van het desbetreffende financiële product. Ook de ontwikkeling in de rechtspraak kan voor financiële ondernemingen een nadelig effect hebben. De ontwikkeling van rechtspraak ten aanzien van de ambtshalve toetsing laat dat zien.

De ambtshalve toetsing van bedingen in door financiële ondernemingen gehanteerde overeenkomsten en voorwaarden zal naar mijn verwachting nog meer aan betekenis toenemen als gevolg van onder andere het *Ocidental* arrest van het HvJ (en daarmee de uitbreiding van die toetsing tot de precontractuele fase) en het feit dat ook het KiFID ambtshalve zal toetsen. Het woord is weer aan de Hoge Raad.

F.M.A. 't Hart
Advocaat te Amsterdam