

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2021-0300
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, mr. dr. S.O.H. Bakkerus,
mr. S.W.A. Kelterman, mr. drs. S.F. van Merwijk, mr. L. van Berkum, leden
en mr. W.H. Luk, secretaris)**

Klacht ontvangen op	: 24 april 2020
Ingediend door	: De consument
Tegen	: DAS Nederlandse Rechtsbijstand Verzekeringmaatschappij N.V., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de verzekeraar
Datum uitspraak	: 31 maart 2021
Aard uitspraak	: Bindend advies
Uitkomst	: Vordering toegewezen
Bijlage(n)	: Relevante bepalingen uit de verzekeringsvoorwaarden

Samenvatting

Rechtsbijstandverzekering. De consument vordert van de verzekeraar vergoeding van de gemaakte advocaatkosten. De verzekeraar heeft dit verzoek afgewezen, omdat de advocaatkosten niet in het kader van een gerechtelijke of administratieve procedure zijn gemaakt. De vraag die de commissie hierdoor moet beantwoorden is of de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie op 14 mei 2020 gevolgen heeft voor de Nederlandse rechtsbijstandverzekeringspraktijk en voor deze zaak van de consument. De commissie beantwoordt deze vraag bevestigend. Het begrip ‘gerechtelijke procedure’ moet in lijn met de uitspraak van het Hof ruim worden uitgelegd. Een verzekerde moet in elke fase die tot een procedure bij de rechter kan leiden de mogelijkheid hebben de door hem gewenste externe rechtshulpverlener in te schakelen. De vordering wordt toegewezen.

I. De procedure

- 1.1 De commissie beslist op basis van haar reglement en op basis van de door partijen aan Kifid ingestuurde documenten inclusief bijlagen. Het gaat om: 1) het klachtformulier van de consument; 2) de aanvullende stukken van de consument van 11, 15 en 22 mei 2020; 3) het verweerschrift van de verzekeraar; 4) de repliek van de consument en 5) de dupliek van de advocaat van de verzekeraar.
- 1.2 Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 9 december 2020. Op de hoorzitting was de consument aanwezig. Namens de verzekeraar waren aanwezig mr. [naam 1], mr. [naam 2], en mr. W.A.M. Rupert en mr. D.A. Pronk, advocaten. De advocaten hebben tijdens de zitting pleitaantekeningen voorgedragen en overgelegd.

- 1.3 De consument en de verzekeraar hebben gekozen voor een bindend advies. Dit betekent dat partijen elkaar aan de uitspraak kunnen houden, ook als de verzekeraar beroep instelt met inachtneming van rechtsoverweging 3.20.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

- 2.1 De consument heeft als onderdeel van een Denta Risk Plus Pakket Zakelijk bij de verzekeraar een rechtsbijstandverzekering voor zorgverleners inclusief particuliere dekking afgesloten. Op de rechtsbijstandverzekering zijn van toepassing de Algemene polisvoorwaarden (01-2016), de Bijzondere polisvoorwaarden 131 (03-2014) en de Bijzondere polisvoorwaarden 12111 (01-2017) voor particulieren. De relevante bepalingen uit deze verzekeringsvoorwaarden en clausules als vermeld op het polisblad, zijn in de bijlage bij deze uitspraak opgenomen.
- 2.2 De consument heeft op 23 juni 2019 een zaak bij de verzekeraar gemeld. In de kern ging het erom dat de consument in december 2018 na een triatlonwedstrijd in de Verenigde Staten, waaraan zij als atlete deelnam, werd benaderd door een journalist. Deze journalist wilde voor het tijdschrift van de Nederlandse Triatlonbond (NTB) een artikel over de consument schrijven. De consument heeft hier positief op gereageerd. Volgens de consument stond het gepubliceerde artikel echter vol met onwaarheden, foute citaten en was de toon in het artikel negatief. Het artikel heeft volgens de consument tot onder andere reputatieschade en gederfde inkomsten geleid. Als toelichting op haar verzoek om rechtsbijstand heeft de consument bij haar melding van de zaak het volgende gesteld:
- “Recentelijk heb ik wegens deze publicatie besloten een (sportrecht)specialist in te schakelen om namens mij op te treden tegen de NTB. Ik heb de polisvoorwaarden bestudeerd en de onrechtmatige publicatie, mijn verzoek tot rectificatie en/of de schade die ik wil gaan verhalen vallen onder de polisvoorwaarden. Ik heb recht op vrije advocaatkeuze en zou daartoe een specialist willen inschakelen, (...).”*
- 2.3 Bij brief van 28 juni 2019 heeft de verzekeraar de consument bevestigd dat hij de zaak in behandeling heeft genomen. Omdat de verzekeraar de zaak zelf kon behandelen, wilde hij geen externe deskundige inschakelen. De kosten die de consument had gemaakt of nog moest maken tot aan een eventuele civiele procedure, kwamen volgens de verzekeraar niet voor vergoeding in aanmerking. Als het uiteindelijk nodig zou zijn om een gerechtelijke procedure te voeren, zouden de advocaatkosten wel voor vergoeding in aanmerking komen.

Onder verwijzing naar artikel 4 van de Bijzondere Polisvoorwaarden heeft de verzekeraar de consument er verder op gewezen dat het kostenmaximum voor een te voeren gerechtelijke procedure met verplichte procesvertegenwoordiging € 35.000,00 en voor een gerechtelijke procedure zonder verplichte procesvertegenwoordiging € 5.000,00 bedraagt.

- 2.4 Per e-mailbericht van 6 september 2019 heeft de consument de verzekeraar nogmaals verzocht de gemaakte advocaatkosten te vergoeden. Als reactie hierop heeft de verzekeraar de consument op 12 september 2019 er (weer) op gewezen dat de kosten van een advocaat in het minnelijke traject niet worden vergoed. De consument kon opnieuw contact met de verzekeraar opnemen voor een eventuele vergoeding van de advocaatkosten als uiteindelijk sprake was van een gerechtelijke procedure.
- 2.5 Per e-mailbericht van 11 oktober 2019 heeft de consument de verzekeraar meegedeeld dat zij met haar advocaat een gerechtelijke procedure wilde starten en dat zij daarvoor vergoeding van de advocaatkosten wenste. Per e-mailbericht van 17 oktober 2019 heeft de verzekeraar voor de beoordeling van het verzoek de consument om toezending van het dossier van haar advocaat verzocht.
- 2.6 De verzekeraar heeft de advocaat op 14 november 2019 het volgende meegedeeld:
- “Inmiddels heb ik mevrouw [naam van de consument] gesproken en aangegeven dat wij de kosten (tot een maximum van € 5.000,00) zullen vergoeden. Mevrouw [naam van de consument] kan de nota bij ons indienen.”*
- 2.7 De consument heeft de verzekeraar op 26 november 2019 een declaratie van de advocaat gestuurd van € 4.171,72. Op 6 december 2019 heeft de consument de verzekeraar een tweede declaratie van de advocaat gestuurd van € 907,14.
- 2.8 De verzekeraar heeft de consument bij brief van 31 december 2019 toestemming gegeven om een opdracht aan de door haar gekozen advocaat te verstrekken voor het voeren van een procedure bij de kantonrechter voor rectificatie en een schadevergoeding naar aanleiding van de onrechtmatige publicatie. De verzekeraar heeft de consument nogmaals op het kostenmaximum gewezen en om toezending van de nota's en processtukken verzocht. In het begeleidende e-mailbericht heeft de verzekeraar de consument gewezen op het volgende:

“Om de door u toegezonden declaratie(s) te kunnen beoordelen ontvangen wij graag een kopie van:

- *de door u ontvangen declaratie(s) met bijbehorende specificaties;*
- *de tussen u en uw advocaat gemaakte prijsafspraken;*

- *de processtukken;*
- *eventueel: vonnis/beschikking of proces-verbaal of vaststellingsovereenkomst, waaruit blijkt dat de procedure beëindigd is.”*

- 2.9 Op 6 januari 2020 heeft de consument bij de verzekeraar haar ongenoegen geuit over het uitblijven van de vergoeding van haar advocaatkosten. Daarnaast heeft zij opgemerkt dat in de eerder toegezonden brochure over uitbesteding van de behandeling aan een externe advocaat een ander kostenmaximum was vermeld, namelijk € 6.050,00. Hierover is bij de consument onduidelijkheid ontstaan. Als reactie hierop heeft de verzekeraar de consument per e-mailbericht van 7 januari 2020 om toezending van de urenspecificaties behorende bij de nota's en ook de processtukken verzocht. Verder heeft de verzekeraar de consument meegedeeld dat voor de advocaatkosten een kostenmaximum geldt van € 5.000,00 exclusief btw en € 6.050,00 inclusief btw.
- 2.10 Bij brief van 13 januari 2020 heeft de verzekeraar, na ontvangst van de specificaties, de consument gevraagd welke procedure is gevoerd, aangezien dit nog niet duidelijk was. Per e-mailbericht van 22 april 2020 heeft de verzekeraar de consument er nogmaals op gewezen dat voor de vraag of de gemaakte advocaatkosten voor vergoeding in aanmerking komen, van belang is te weten welke procedure is gevoerd.
- 2.11 De consument heeft hierop per e-mailbericht van 23 april 2020 bij de verzekeraar geklaagd over de wijze waarop haar verzoek om vergoeding van de advocaatkosten is behandeld en de verzekeraar meegedeeld dat zij de zaak aan Kifid zou voorleggen.

De klacht en vordering

- 2.12 De consument vordert van de verzekeraar een vergoeding van € 5.000,00 voor de gemaakte advocaatkosten en een vergoeding van € 200,00 voor de rente voor het rood staan op haar rekeningen.
- 2.13 Ter onderbouwing van haar vordering heeft de consument het volgende aangevoerd. De consument vindt dat zij de door haar gewenste advocaat mocht inschakelen op kosten van de verzekeraar. Dit volgt uit het recht op vrije advocaatkeuze. De verzekeraar heeft op 14 november 2019 aan de advocaat van de consument een onvoorwaardelijke toezegging gedaan om een bedrag van € 5.000,00 uit te keren.
- 2.14 Daarnaast klaagt de consument over de service en de communicatie van de kant van de verzekeraar. De consument heeft veelvuldig geprobeerd in contact te komen met de verzekeraar en daarbij ook haar uiterste best gedaan om de facturen op de juiste wijze aan te leveren.

De verzekeraar is zijn beloftes telkens niet nagekomen. Verder heeft de verzekeraar in het e-mailbericht van 31 december 2019 plotseling aanvullende eisen gesteld, die de consument niet kende. Deze eisen staan ook niet in de verzekeringvoorwaarden. Daarnaast heeft de door de verzekeraar toegezonden brochure tot verwarring geleid, aangezien daarin andere bedragen zijn genoemd dan de verzekeraar eerder had meegedeeld. Het is voor de consument als leek erg ondoorzichtig welke kosten horen bij het voeren van een procedure. De verzekeraar had deze eisen veel eerder kenbaar moeten maken. De verzekeraar wist namelijk al in juni 2019 dat de consument een externe advocaat had ingeschakeld. Ook de door de verzekeraar toegezonden brochure over de gang van zaken bij de keuze voor een externe advocaat heeft tot verwarring bij de consument geleid. Als de verzekeraar de consument beter had begeleid en haar tijdig de nodige informatie had verschaft, had de consument de kosten beter kunnen controleren en had dit eventueel haar besluitvorming kunnen beïnvloeden.

- 2.15 De consument voelde zich verder getreiterd door de wijze waarop de verzekeraar haar zaak heeft behandeld. Het dossier is door meerdere medewerkers van de verzekeraar behandeld. De consument heeft de indruk dat de behandeling van de zaak aan een andere behandelaar wordt overgedragen, als het een ‘pestkop’ niet lukt om de klant ‘kapot te pesten’.

Het verweer

- 2.16 De verzekeraar heeft verweer gevoerd tegen de stellingen van de consument. De verzekeraar heeft met betrekking tot het verzoek van de consument om de gemaakte advocaatkosten te vergoeden aangevoerd dat dit verzoek op juiste gronden is afgewezen. In artikel 3 van de Algemene polisvoorwaarden is namelijk bepaald dat de kosten van externe rechtshulp voor vergoeding in aanmerking komen als een procedure moet worden gevoerd. Nu niet is gebleken dat een procedure is gevoerd, hoeft de verzekeraar de gemaakte kosten niet te vergoeden. De commissie heeft in eerdere uitspraken overeenkomstig geoordeeld.¹ Voor zover de consument alsnog processtukken in de kwestie overlegt, zal de verzekeraar beoordelen of de door haar gemaakte kosten voor vergoeding in aanmerking komen.
- 2.17 Desgevraagd heeft de verzekeraar aangevoerd dat het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (verder te noemen ‘HvJ EU’) van 14 mei 2020² geen relevante betekenis heeft voor de klacht van de consument. In die zaak staat namelijk de Belgische bemiddelingsprocedure centraal. Dit is een met wettelijke grondslag en waarborgen omklede procedure, die bovendien met een procedure in eigenlijke zin vervlochten is, nu de in het Belgisch procesrecht verankerde bemiddelingsprocedure voorziet in een rechterlijke bekrachtiging.

¹ Kifid GC 2015-061, overweging 4.5, Kifid GC 2016-472, overweging 4.5 en Kifid GC 2020-482, overweging 4.3.

² HvJ EU 14 mei 2020, C-667/18, ECLI:EU:C:2020:372.

Verder kent het Nederlands recht, anders dan het Belgisch procesrecht, geen bemiddelingsprocedure ter definitieve vaststelling van rechten, laat staan dat een rechter een eventueel tot stand gekomen overeenkomst moet bekrachtigen.

- 2.18 Gelet op de Richtlijnen 87/344/EEG en 2009/138/EG en de daarop gebaseerde Nederlandse regelgeving kan er geen andere conclusie zijn dan dat in de zaak van de consument, waarin sprake is van buitengerechtelijke werkzaamheden die losstaan van welke procedure ook, geen recht op vrije advocaatkeuze bestaat. Het uitbreiden van het recht op vrije advocaatkeuze tot situaties, waarin geen sprake is van een gerechtelijke procedure, verdraagt zich dan ook niet met de hiervoor genoemde richtlijnen en de bedoeling ervan. Voor zover dit anders zou zijn, zou de in de Europese regelgeving gestelde eis van een 'gerechtelijke of administratieve procedure' volledig inhoudsloos maken. Elke rechtsbijstandverzekeraar zou dan gedwongen worden (ook, of slechts) kostenverzekeraar te zijn. Dit terwijl de richtlijnen twee typen dekking onderscheiden, namelijk de natura- en de kostendekking.
- 2.19 Als een verzekerde in elk stadium van een conflict, dus ook als van een procedure nog geen sprake is, door de verzekeraar gefinancierde externe rechtshulp kan verlangen, leidt dat tot een significante verhoging van de schadelast, die dan wel in de premie zal moeten worden verdisconteerd. Verder zal het ertoe leiden dat verzekerden over een lager budget beschikken, terwijl dat budget al vóór de procedure wordt aangewend. De verzekerde heeft dan het risico dat het kostenmaximum al is bereikt, nog voordat een procedure is gestart. Dan heeft de verzekerde dus juist géén vrije keuze meer in een gerechtelijke of administratieve procedure. Het verder uitbreiden van de vrije advocaatkeuze, in de zin dat een verzekerde te allen tijde en in elke fase van een conflict aanspraak kan maken op door de verzekeraar gefinancierde externe rechtshulp druist dan ook in tegen de belangen van de verzekerden.
- 2.20 De verzekeraar betwist verder het standpunt van de consument dat met het e-mailbericht van 14 november 2019 een onvoorwaardelijke vergoeding van € 5.000,00 is toegezegd. Het bericht aan zowel de consument als haar advocaat volgde namelijk op een telefoongesprek en zag op de overdracht van de zaak in verband met het voeren van een procedure. De consument gaat er ten onrechte aan voorbij dat de kostenvergoeding betrekking heeft op hetgeen de verzekeraar met de consument heeft besproken en ook heeft bevestigd, namelijk dat de kosten worden vergoed voor de behandeling van de procedure die de consument zou gaan voeren.
- 2.21 Voor vergoeding van de gevorderde rente bestaat geen grondslag. Omdat de consument ondanks herhaald verzoek de verzekeraar niet de processtukken heeft toegezonden, kan zij de verzekeraar niet aanspreken tot vergoeding van rente.

- 2.22 De verzekeraar heeft met betrekking tot de communicatie erkend dat hij soms te traag op de vragen van de consument heeft gereageerd en dat de brochure die op 31 december 2019 aan de consument is verzonden mogelijk tot verwarring heeft geleid. Dit neemt volgens de verzekeraar niet weg dat hij de consument al in de brief van 28 juni 2019 en later op 14 november 2019 heeft geïnformeerd over de hoogte van het kostenmaximum en dat hij de consument erop heeft gewezen dat zij zelf een rechtshulpverlener mag kiezen als dat nodig is in het kader van een gerechtelijke of administratieve procedure. De verzekeraar heeft tijdens de zitting betwist dat sprake is van aanvullende voorwaarden.
- 2.23 Voor wat betreft de klacht van de consument dat zij zich getreiterd voelt, stelt de verzekeraar dat een dergelijk beeld niet uit het dossier blijkt.

3. De beoordeling

- 3.1 In de kern gaat het in deze zaak om de vraag of de consument recht heeft op vergoeding van de door haar gemaakte advocaatkosten. De commissie beantwoordt deze vraag bevestigend en zal dit hierna toelichten. Daarbij zal de commissie ingaan op de van toepassing zijnde verzekeringsvoorwaarden, de lijn in de jurisprudentie en de uitspraak van het HvJ EU van 14 mei 2020. Vervolgens zal de commissie ingaan op de overige klachtonderdelen van de consument.

Hoe is het in de verzekeringsvoorwaarden bepaald?

- 3.2 De verzekeraar stelt dat de kosten van een externe rechtshulpverlener niet voor vergoeding in aanmerking komen en verwijst daarbij naar artikel 3 van de Algemene Polisvoorwaarden. In dit artikel is bepaald dat de verzekerde zelf een rechtshulpverlener mag kiezen, als het nodig is om namens de verzekerde een *gerechtelijke of administratieve procedure* te voeren. Vast staat dat de consument geen gerechtelijke procedure tegen de NTB is gestart. Het standpunt van de verzekeraar dat de gemaakte advocaatkosten niet in het kader van een procedure bij een gerechtelijke instantie zijn gemaakt, is dan ook juist.

De lijn in de regelgeving en de huidige rechtspraak

- 3.3 Het recht op vrije advocaatkeuze is in de Nederlandse wetgeving vastgelegd in artikel 4:67 Wet op het financieel toezicht. In dat artikel staat, voor zover hier van belang, het volgende:

“Een rechtsbijstandverzekeraar draagt er zorg voor dat in de overeenkomst inzake de rechtsbijstanddekking uitdrukkelijk wordt bepaald dat het de verzekerde vrij staat een advocaat of een andere rechtens bevoegde deskundige te kiezen indien:

a. een advocaat of andere rechtens bevoegde deskundige wordt verzocht de belangen van de verzekerde in een gerechtelijke of administratieve procedure te verdedigen, te vertegenwoordigen of te behartigen (...)”

3.4 Deze bepaling is gebaseerd op richtlijn 87/344/EEG, die inmiddels is ingetrokken bij richtlijn 2009/138/EG. Artikel 4 van richtlijn 87/344/EEG luidde, voor zover hier van belang, als volgt:

*“In elke overeenkomst inzake rechtsbijstandverzekering moet uitdrukkelijk worden bepaald dat:
a) indien een advocaat of andere persoon die volgens het nationaal recht gekwalificeerd is, wordt gevraagd de belangen van de verzekerde in een gerechtelijke of administratieve procedure te verdedigen, te vertegenwoordigen of te behartigen, de verzekerde vrij is om deze advocaat of andere persoon te kiezen (...)”*

Van belang is ook de elfde overweging van de considerans van richtlijn 87/344/EEG:

“Overwegende dat het belang van de voor rechtsbijstand verzekerde inhoudt dat deze zelf zijn advocaat moet kunnen kiezen of elke andere persoon met de kwalificaties die door het nationale recht worden toegestaan in het kader van gerechtelijke of administratieve procedures en telkens wanneer er zich een belangenconflict voordoet”.

- 3.5 In het DAS/Sneller-arrest van 7 november 2013 heeft het HvJ EU zich uitgesproken over de vrije advocaatkeuze bij rechtsbijstandverzekeringen. Het hof heeft in deze uitspraak overwogen dat het belang van de voor rechtsbijstand verzekerde inhoudt dat deze in geval van een gerechtelijke of administratieve procedure zelf zijn advocaat moet kunnen kiezen, of elke andere persoon met kwalificaties die door het nationale recht worden erkend.³
- 3.6 Op 7 april 2016 heeft het HvJ EU twee uitspraken gedaan die in het verlengde van het DAS/Sneller-arrest liggen. In de zaken Massar/DAS en Büyüktipi/Achmea hebben de verzekerden hun rechtsbijstandverzekeraars verzocht om kostendekking voor rechtsbijstand in respectievelijk een ontslagprocedure bij het UWV en een bezwaarprocedure tegen een indicatiebesluit van het Centrum Indicatiestelling Zorg ('CIZ'). Het HvJ EU heeft toen geoordeeld dat beide procedures onder het begrip 'administratieve procedure' vallen, op grond waarvan de verzekerden recht hebben op vrije advocaatkeuze.⁴ De in die procedures gemaakte advocaatkosten vallen derhalve onder de dekking van de rechtsbijstandverzekering.
- 3.7 Samenvattend volgt uit overwegingen 3.2 t/m 3.6 dat een verzekerde recht op vrije advocaatkeuze heeft in geval van een gerechtelijke of administratieve procedure. De in overweging 3.6 genoemde uitspraken van het HvJ EU maken duidelijk dat dit recht ook geldt voor ontslag- en bezwaarprocedures.

³ HvJ EU 7 november 2013, C-442/12, ECLI:EU:C:2013:717, overweging 22.

⁴ HvJ EU 7 april 2016, C-460/14, ECLI:EU:C:2016:216 en HvJ EU 7 april 2016, C5/15, ECLI:EU:C:2016:218.

Ruimere uitleg van het begrip ‘gerechtelijke procedure’

- 3.8 Het HvJ EU heeft op 14 mei 2020 opnieuw een uitspraak gedaan die betrekking heeft op het recht op vrije advocaatkeuze.⁵ Het ging er in die zaak om dat de Belgische advocatenordes het niet eens waren met het feit dat de Belgische wetgever het recht op vrije advocaatkeuze wel heeft uitgebreid tot de arbitrageprocedure maar niet tot de bemiddelingsprocedure. Volgens de Belgische advocatenordes was de Belgische wet op dit punt niet in lijn met artikel 201 van richtlijn 2009/138/EG (deze bepaling is overgenomen van artikel 4 van de richtlijn 87/344/EEG).⁶ De vraag die het HvJ EU moest beantwoorden was of het begrip ‘gerechtelijke procedure’ als bedoeld in artikel 201 lid 1 onder a van de richtlijn 2009/138/EG ook ziet op gerechtelijke of buitengerechtelijke bemiddeling.
- 3.9 Het HvJ EU heeft deze vraag bevestigend beantwoord. Onder het begrip ‘gerechtelijke procedure’ moet volgens het HvJ EU ook worden verstaan een procedure voor gerechtelijke of buitengerechtelijke bemiddeling waarbij een rechterlijke instantie betrokken is of kan zijn, hetzij bij het inleiden van deze procedure hetzij na afloop ervan.

Het HvJ EU oordeelde daarover onder meer het volgende:

- “30. Het begrip ‘gerechtelijke procedure’ in de zin van artikel 201 van richtlijn 2009/138 moet even ruim worden uitgelegd als het begrip ‘administratieve procedure’, aangezien het voorts incoherent zou zijn om deze twee begrippen verschillend uit te leggen wat betreft het recht om een advocaat of vertegenwoordiger te kiezen.
31. Hieruit volgt dat het begrip ‘gerechtelijke procedure’ niet kan worden beperkt tot uitsluitend niet-administratieve procedures voor een gerecht in eigenlijke zin, en ook niet door een onderscheid te maken tussen de voorbereidende fase en de besluitfase van een dergelijke procedure. Elke fase die kan leiden tot een procedure bij een rechterlijke instantie, zelfs een voorafgaande fase, moet dus worden geacht onder het begrip ‘gerechtelijke procedure’ in de zin van artikel 201 van richtlijn 2009/138 te vallen.”

Wat betekent deze uitspraak voor de rechtsbijstandverzekering en voor de zaak van de consument?

- 3.10 Terugkerend naar de zaak van de consument, rijst de vraag of, en zo ja, in hoeverre de uitspraak van het HvJ EU van toepassing is op de rechtsbijstandverzekeringspraktijk in Nederland.

⁵ Zie eerder onder randnummer 2.17.

⁶ Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II).

- 3.11 Hoewel de prejudiciële vraag die door het Grondwettelijk Hof van België aan het HvJ EU is voorgelegd, ziet op de vraag of het recht op vrije advocaatkeuze geldt voor de Belgische gerechtelijke of buitengerechtelijke bemiddelingsprocedure, ziet de commissie voldoende aanknopingspunten om aan te nemen dat de hiervoor onder 3.9 geciteerde uitleg van het begrip gerechtelijke procedure door het HvJ EU niet alleen ziet op de Belgische bemiddelingsprocedure. Dat wil zeggen dat dit begrip ook bij rechtsbijstandverzekeringen in Nederland ruim moet worden opgevat. Uit eerdere uitspraken van het HvJ EU betreffende de vrije keuze van rechtshulpverlener kan worden geconcludeerd dat artikel 4 lid 1 van richtlijn 87/344/EEG – en dus ook artikel 201 lid 1 onder a van richtlijn 2009/138/EG – een *algemene* strekking en een bindend karakter heeft.⁷ In de uitspraak van 14 mei 2020 heeft het HvJ EU in de overwegingen 30 en 31 ‘in algemene zin’ overwogen dat het begrip ‘gerechtelijke procedure’ in de zin van artikel 201 van richtlijn 2009/138/EG even ruim moet worden uitgelegd als het begrip ‘administratieve procedure’. Gelet op de eerdere uitspraken, betekent dit dat het begrip ‘gerechtelijke procedure’ in de zin van artikel 201 lid 1 onder a van richtlijn 2009/138/EG niet kan worden beperkt door een onderscheid te maken tussen een voorbereidende fase en de besluitfase. *Elke* fase die kan leiden tot een procedure bij de rechterlijke instantie, zelfs een *voorafgaande* fase, valt onder het begrip ‘gerechtelijke procedure’.
- 3.12 De verzekeraar stelt nog dat het HvJ EU met de woorden ‘*elke fase*’ in overweging 31 van het arrest van 14 mei 2020 overweegt dat elke fase van een procedure die kan leiden tot een rechterlijke component (een procedure bij een rechterlijke instantie) onder het begrip ‘gerechtelijke procedure’ valt. De commissie is van oordeel dat uit de wijze waarop de tweede zin van overweging 31 is geformuleerd niet kan worden opgemaakt dat de woorden ‘*elke fase*’ betrekking hebben op een bepaalde procedure. Dit betekent dat een verzekerde in geval van een beroep op de rechtsbijstandverzekering in *elke* fase die kan leiden tot een procedure bij een rechterlijke instantie een beroep op de vrije advocaatkeuze toekomt. Daarbij geldt wel als voorwaarde dat sprake moet zijn van een conflict, te definiëren als het bestaan van een belangentegenstelling. Dit betekent voor de zaak van de consument dat zij, ondanks dat de gemelde kwestie niet tot een procedure bij een gerechtelijke instantie heeft geleid, voor het conflict met NTB recht had op gefinancierde rechtsbijstand door de door haar gewenste externe rechtshulpverlener.

⁷ Zie HvJ EU 14 mei 2020, C-667/18, ECLI:EU:C:2020:372, overweging 22.

- 3.13 Voor zover de verzekeraar stelt dat de hiervoor genoemde verruiming ertoe zal leiden dat de rechtsbijstandverzekering niet meer betaalbaar zal zijn, overweegt de commissie dat de arresten DAS/Sneller, Massar/DAS en Büyüktipi/Achmea, waarin het recht op vrije keuze van rechtshulpverlener telkens verder is verruimd, ertoe hebben geleid dat rechtsbijstandverzekeraars maatregelen hebben genomen om de rechtsbijstandverzekering betaalbaar te houden. Het is aan de verzekeraars om hieraan verdere invulling te geven. Het feit dat de Nederlandse rechtsbijstandverzekering een naturaverzekering is, mag er niet toe leiden dat verzekerden worden beperkt in de mogelijkheid om in geval van een juridisch conflict een zelfgekozen rechtshulpverlener te kiezen. De stelling van de verzekeraar dat de hiervoor genoemde verruiming van het recht op vrije advocaatkeuze in strijd is met de belangen van de verzekerden, deelt de commissie niet. Wel onderschrijft de commissie het standpunt van de verzekeraar dat het beschikbaar stellen van budget voor inschakeling van een externe rechtshulpverlener, zonder dat sprake is van een procedure voor een gerecht, voor een verzekerde het risico behelst dat het budget al (grotendeels of geheel) is verbruikt voordat hij aan de procedure begint. Naar het oordeel van de commissie ligt hierin een taak voor rechtsbijstandverzekeraars en de ingeschakelde advocaten om verzekerden zowel te informeren over de mogelijkheden als ook te wijzen op mogelijke risico's, zodat verzekerden hierin een weloverwogen beslissing kunnen nemen.
- 3.14 Conclusie van het bovenstaande is dat de verzekeraar het recht op vrije advocaatkeuze bij een conflict in haar polisvoorwaarden niet had mogen beperken tot die gevallen waarin een gerechtelijke procedure wordt gevoerd. De verzekeraar kan dan ook op dit punt geen beroep doen op deze bepalingen in de verschillende voorwaarden en is gehouden de gemaakte advocaatkosten tot het kostenmaximum aan de consument te vergoeden. Het door consument gevorderde bedrag van € 5.000,00 is dus toewijsbaar, voor zover de gemaakte kosten redelijk zijn.

Vergoeding voor rente wegens rood staan

- 3.15 De consument vordert van de verzekeraar verder een vergoeding voor de rente die zij heeft moeten betalen voor het rood staan. Deze vordering komt naar het oordeel van de commissie niet voor toewijzing in aanmerking. De consument heeft namelijk niet inzichtelijk gemaakt in hoeverre het rood staan het gevolg is van de beslissing van de verzekeraar om de gemaakte advocaatkosten niet te vergoeden. Het enkele feit dat de consument de advocaatkosten tot op heden zelf heeft moeten betalen, is daarvoor onvoldoende. Het had op de weg van de consument gelegen om nader toe te lichten waarom zij de advocaatkosten niet zelf kon betalen, maar daarvoor geld heeft moeten lenen bij de bank, hoeveel geld zij wanneer heeft geleend en welke rente zij daarvoor heeft moeten betalen. Nu zij dat niet heeft gedaan, is het causaal verband tussen het verweten gedrag van de verzekeraar en de gestelde schade, in de vorm van de betaalde rente, onvoldoende komen vast te staan.

Onvoorwaardelijke toezegging?

3.16 Nu de vordering voor wat betreft de gemaakte advocaatkosten op grond van het hiervoor overwogene wordt toegewezen, kan het antwoord op de vraag of de verzekeraar per e-mailbericht van 14 november 2019 een toezegging heeft gedaan, in het midden blijven.

Slechte communicatie en bejegening

3.17 Voor zover de consument klaagt dat de verzekeraar niet tijdig op haar berichten heeft gereageerd, overweegt de commissie dat de verzekeraar heeft erkend dat hij niet altijd even adequaat op de vragen van de consument heeft gereageerd. Dit klachtonderdeel behoeft geen verdere bespreking. De consument is ook van mening dat de verzekeraar haar onvoldoende heeft begeleid en op 31 december 2019 aanvullende voorwaarden heeft gesteld die haar tot dat moment onbekend waren. De verzekeraar heeft dit betwist. De commissie overweegt dat de verzekeraar de consument al bij brief van 28 juni 2019 heeft geïnformeerd over de mogelijkheden om op kosten van de verzekeraar een externe rechtshulpverlener in te schakelen. Dat de verzekeraar de gemaakte advocaatkosten alleen wenste te vergoeden voor zover deze in het kader van een gerechtelijke of administratieve procedure zijn gemaakt, had dan ook voor de consument duidelijk moeten zijn. De door de consument genoemde aanvullende voorwaarden, als vermeld in het e-mailbericht van de verzekeraar van 31 december 2019, zijn misschien niet eerder genoemd (dus in die zin misschien plotseling te noemen), maar hebben wel betrekking op een eventueel te voeren dan wel gevoerde procedure. Van aanvullende voorwaarden kan daarom niet worden gesproken. De commissie begrijpt verder dat bij de consument verwarring is ontstaan door de brochure over de procedure bij uitbesteding van de behandeling aan een externe advocaat. De verzekeraar heeft hierop toegelicht dat het verschil tussen de bedragen moet worden gevonden in de btw. De consument heeft na deze toelichting niet gesteld dat zij recht heeft op een ander bedrag dan het eerdergenoemde kostenmaximum van € 5.000,00. Ondanks de ontstane verwarring op dit punt is de commissie van oordeel dat de verzekeraar de consument op correcte wijze over de hoogte van het kostenmaximum heeft geïnformeerd.

3.18 De consument heeft het gevoel dat ze door de verzekeraar wordt getreiterd. De verzekeraar heeft dit betwist. Het is de commissie niet duidelijk welk gedrag van de verzekeraar de consument hierbij voor ogen heeft. Op het klachtformulier verwijst de consument op dit punt naar de omstandigheid dat het dossier 'van de een naar de ander gaat' en dat ze de indruk heeft dat haar dossier telkens aan een andere medewerker wordt overgedragen met het doel de consument 'kapot te pesten'. De stukken uit het dossier bieden geen aanleiding om aan te nemen dat de medewerkers van de verzekeraar bij de behandeling van de zaak de consument op de door haar gestelde wijze onheus hebben bejegend. De consument noemt verder de telefoongesprekken die zij met name na 31 december 2019 met de medewerkers van de verzekeraar heeft gevoerd. Volgens de consument was in deze gesprekken sprake van een venijnige ondertoon.

De commissie beschikt niet over opnames van deze gesprekken of transcripties ervan, zodat zij niet in de beoordeling ervan kan treden.

Slotsom

3.19 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de klacht van de consument grotendeels gegrond is en dat de vordering van de consument voor wat betreft de vergoeding van de gemaakte advocaatkosten wordt toegewezen.

Beroep

3.20 Met verwijzing naar artikel 2.2 onder a van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening zal de commissie, gelet op het belang van de zaak, bepalen dat tegen deze uitspraak beroep open staat. Daarbij geldt – de verzekeraar heeft dit toegezegd op de hoorzitting - dat de verzekeraar de kosten zal dragen die een uitsluitend door haar ingesteld beroep voor de consument meebrengen en dat de uitspraak van de Commissie van Beroep in dat geval niet kan leiden tot een lagere vergoedingsplicht dan in deze uitspraak is opgelegd.

4. De beslissing

De commissie wijst de vordering toe, in die zin dat de verzekeraar de gemaakte advocaatkosten tot het kostenmaximum van € 5.000,00 vergoedt, voor zover deze kosten redelijk zijn. Al het overige wordt afgewezen.

Tegen deze uitspraak staat hoger beroep open bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Voor het instellen van beroep geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak. Het reglement van de commissie van Beroep en meer informatie over het instellen van beroep kunt u vinden op de website www.kifid.nl/in-beroep-gaan-bij-kifid.

Binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen tot herstel van vergissingen in de uitspraak zoals schrijffouten, een verkeerde naam/datum of rekenfouten. De beslissing van de geschillencommissie in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Binnen een maand na de verzenddatum van de uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen om de uitspraak aan te vullen als u vindt dat de geschillencommissie niet heeft beslist over alle onderdelen van uw vordering. Dit ziet niet op de situatie waarin u meent dat de geschillencommissie in haar uitspraak niet uitdrukkelijk al uw argumenten, ter onderbouwing van uw vordering, heeft behandeld. Meer informatie hierover staat in artikel 40 van het reglement van de geschillencommissie, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten.

Bijlage

Relevante clausule als vermeld op het polisblad

Kostenmaximum

Als een geschil geheel of gedeeltelijk onder de particuliere voorwaarden valt, wordt de vergoeding van eventuele externe kosten bepaald door de bedrijfsvoorwaarden, met uitsluiting derhalve van de particuliere voorwaarden.

Relevante bepalingen uit de verzekeringsvoorwaarden

Algemene polisvoorwaarden (01-2016)

3. Hoe verleent DAS de juridische hulp?

(...)

Zelf een externe rechtshulpverlener kiezen

U mag zelf een rechtshulpverlener kiezen, als het nodig is om namens u een gerechtelijke of administratieve procedure te voeren. In veel gevallen kan de juridisch specialist van DAS die procedure voor u voeren. Maar als u dat wilt, mag u ook een rechtshulpverlener kiezen die niet bij DAS in dienst is. Bijvoorbeeld een advocaat. Dit noemen wij een externe rechtshulpverlener.

Bijzondere polisvoorwaarden I31 (03-2014)

4. Hoe geeft DAS rechtsbijstand en welke kosten betaalt DAS?

- a. In de algemene polisvoorwaarden leest u op welke manier DAS rechtsbijstand verleent. Op het polisblad staat welke algemene polisvoorwaarden gelden.
- b. DAS betaalt per conflict aan externe kosten nooit meer dan het kostenmaximum van 35.000 euro.
- c. Is het in een gerechtelijke of administratieve procedure volgens de wet- en regelgeving niet verplicht om een advocaat in te schakelen? Dan is er geen sprake van verplichte procesvertegenwoordiging en geldt het volgende:
 - I. Als een juridisch specialist die in dienst is van DAS rechtsbijstand verleent, zijn dit interne kosten.

Dit geldt ook als een door DAS aangewezen incasso- of deurwaarderskantoor de vordering incasseert. Deze interne kosten vergoedt DAS onbeperkt. Bijkomende externe kosten vergoedt DAS tot aan het verzekerde kostenmaximum.

2. Schakelt DAS op uw verzoek een door u gekozen externe rechtshulpverlener in (waaronder ook valt een incasso- of deurwaarderskantoor dat niet door DAS is aangewezen)? Dan betaalt DAS, als onderdeel van het verzekerde kostenmaximum, de noodzakelijke en redelijke behandelkosten (honorarium inclusief kantoorkosten en overige kosten) van deze externe rechtshulpverlener in die procedure. DAS betaalt voor deze behandelkosten maximaal per:

- | | |
|---|------------|
| • arbeidsrechtelijke procedure | 2.500 euro |
| • bestuursrechtelijke en sociaal-verzekeringsrechtelijke procedure voor twee instanties tezamen | 3.000 euro |
| • overige procedure | 5.000 euro |
| (...)" | |

Alle vermelde bedragen zijn exclusief btw. Kunt u de btw niet verrekenen? Dan betaalt DAS ook de btw over maximaal dit bedrag.

Bijzondere polisvoorwaarden I2111 (01-2017)

2. Wanneer kunt u juridische hulp van DAS krijgen?

U bent alleen verzekerd als privépersoon. U krijgt dus alleen juridische hulp van DAS, als u een conflict hebt over iets wat u als privépersoon is overkomen of wat u als privépersoon hebt gedaan. Dit geldt ook voor de personen die samen met u op deze polis meeverzekerd zijn.

(...)

4. Hoe geeft DAS juridische hulp en welke kosten betaalt DAS?

- In de algemene polisvoorwaarden leest u op welke manier DAS juridische hulp verleent. In uw polis staat welke algemene polisvoorwaarden gelden.
- DAS betaalt per conflict aan externe kosten nooit meer dan 30.000 euro. Dit bedrag noemen we het externe kostenmaximum. Het externe kostenmaximum geldt niet voor:
 - verhaal van schade die in het verkeer is ontstaan;
 - een strafzaak.

Let op! Is er sprake van een conflict waarbij meer belanghebbenden zijn betrokken? Dan betaalt DAS maximaal de kosten zoals in de algemene voorwaarden bij het artikel 'Zijn er meer belanghebbenden betrokken' is vermeld.

- c. Is het in een gerechtelijke of administratieve procedure volgens de wet- en regelgeving niet verplicht om een advocaat in te schakelen? Dan is er geen sprake van verplichte procesvertegenwoordiging en geldt het volgende:
1. Als een juridisch specialist die in dienst is van DAS juridische hulp verleent, zijn dit interne kosten. Deze interne kosten vergoedt DAS onbeperkt. Bijkomende externe kosten vergoedt DAS ook tot aan het verzekerde externe kostenmaximum.
 2. Schakelt DAS op uw verzoek een door u gekozen externe rechtshulpverlener in (waaronder ook valt een incasso- of deurwaarderskantoor dat niet door DAS is aangewezen)? Dan betaalt DAS, als onderdeel van het verzekerde kostenmaximum, de noodzakelijke en redelijke behandelkosten (honorarium inclusief kantoorkosten en overige kosten) van deze externe rechtshulpverlener in die procedure. DAS betaalt voor deze behandelkosten maximaal per:

• arbeidsrechtelijke procedure	3.025 euro
• bestuursrechtelijke en sociaal-verzekeringsrechtelijke procedure voor twee instanties samen	3.630 euro
• overige procedure	6.050 euro