

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-287

d.d. 28 juli 2014

**(mr. A.W.H. Vink, voorzitter, drs. W. Dullemond en mr. B.F. Keulen, leden en
mr. I.M.L. Venker, secretaris)**

Samenvatting

Rechtsbijstandverzekering. Consument is zijn verplichting om zo spoedig mogelijk na het ontstaan van het geschil zijn verzoek om rechtsbijstand bij Aangeslotene te melden niet nagekomen en heeft in strijd met de voorwaarden, zonder voorafgaand overleg met en toestemming van Aangeslotene, een advocaat ingeschakeld. Aangeslotene had er een gerechtvaardigd belang bij om zelf de opdracht aan de advocaat te verstrekken zodat zij tariefafspraken kon maken. De Commissie is evenwel van oordeel dat dit nadeel geheel verval van het recht op rechtsbijstand, althans het recht op vergoeding van de advocaatkosten, niet rechtvaardigt maar dat redelijkheid en billijkheid meebrengen dat het door Aangeslotene geleden nadeel op de vergoeding van de advocaatkosten in mindering dient te worden gebracht. Vordering gedeeltelijk toegewezen.

Consument,

tegen

DAS Nederlandse Rechtsbijstand Verzekeringmaatschappij N.V., gevestigd te Amsterdam, hierna te noemen Aangeslotene.

I. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:

- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het e-mailbericht van Consument van 28 oktober 2013, met daarbij onder meer het door Consument ondertekende klachtformulier;
- de brief met bijlagen van de gemachtigde van Consument van 29 oktober 2013;
- het e-mailbericht met bijlagen van de gemachtigde van Consument van 5 november 2013;
- de brief met bijlagen van de gemachtigde van Consument van 6 december 2013;
- de brief met bijlagen van de gemachtigde van Consument van 24 december 2013;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.

Tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid. Beide partijen zullen het advies van de Commissie als bindend aanvaarden. Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 12 mei 2014 en zijn aldaar verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

3.1. Consument heeft bij Aangeslotene een rechtsbijstandverzekering gesloten. In de toepasselijke algemene voorwaarden is, voor zover van belang, het volgende bepaald:

“Artikel 5 De verlening van de rechtsbijstand

5.1. De rechtsbijstand wordt verleend door deskundigen in loondienst van DAS, tenzij DAS besluit de verlening van de rechtsbijstand of een deel daarvan over te dragen aan een externe deskundige. Voorzover de deskundige in loondienst van DAS de rechtsbijstand verleent, overlegt DAS met de verzekerde over de wijze van behandeling en informeert hem over de haalbaarheid van het gewenste resultaat.

(...)

5.5. Als het naar het oordeel van DAS noodzakelijk is de behandeling of een deel daarvan over te dragen aan een externe deskundige, is uitsluitend DAS bevoegd om, na overleg met de verzekerde, opdrachten daartoe te verstrekken.

5.6. Als DAS een opdracht geeft aan een advocaat om de belangen van de verzekerde in een gerechtelijke of administratieve procedure te behartigen, volgt DAS de keuze van de verzekerde. (...)

(...)

Artikel 7 Verplichtingen van de verzekerde

7.1. De verzekerde die een verzoek om rechtsbijstand wil doen, meldt zijn verzoek zo spoedig mogelijk na het ontstaan van het geschil aan bij DAS.

(...)

Artikel 8 De uitsluitingen

DAS verleent geen (verdere) rechtsbijstand in de gevallen die omschreven zijn in de toepasselijke bijzondere voorwaarden. Daarnaast verleent DAS geen rechtsbijstand:

a. als de verzekerde in strijd met de verzekeringsvoorwaarden handelt en de belangen van DAS daardoor schaadt. Daarvan is in ieder geval sprake als hij zijn verzoek om rechtsbijstand zó laat heeft aangemeld dat DAS alleen maar met meer inspanningen of meer kosten rechtsbijstand zou kunnen verlenen;
(...).”

3.2. De zoon van Consument heeft op 2 december 2010 een verzoek tot afgifte van een medische verklaring klasse I ingediend bij de Inspectie Leefomgeving en Transport (hierna: de Inspectie). De medische verklaring is noodzakelijk voor toegang tot de opleiding tot verkeersvlieger en om het beroep van verkeersvlieger na het voltooien van de opleiding te kunnen uitoefenen. De zoon had op dat moment reeds een groot deel van de opleiding voltooid, welke kostbare opleiding door Consument werd betaald.

- 3.3. De Inspectie heeft het verzoek op 1 februari 2011 afgewezen. Consument heeft bezwaar gemaakt tegen het besluit en de Inspectie heeft het bezwaar bij besluit van 17 november 2011 ongegrond verklaard. Tegen dit besluit kon binnen 6 weken, en dus uiterlijk op 29 december 2011, beroep worden ingesteld. Op advies van diverse experts op het gebied van luchtvaart heeft Consument een in dit onderwerp gespecialiseerde advocaat ingeschakeld. De advocaat heeft op 23 december 2011 beroep ingesteld tegen het besluit van de Inspectie en bij brief van 11 januari 2012 de gronden van het beroep ingediend. De advocaat heeft ook een verzoek om een voorlopige voorziening ingediend. Consument heeft het geschil op 2 januari 2012 gemeld bij Aangeslotene onder toezending van de laatste bladzijde van het besluit van de Inspectie van 17 november 2011.
- 3.4. Aangeslotene heeft Consument op 4 januari 2012 gevraagd om toezending van aanvullende stukken teneinde te kunnen beoordelen of het geschil onder de dekking van de verzekering viel en hem meegedeeld dat de advocaatkosten van de door Consument ingeschakelde advocaat niet voor vergoeding in aanmerking komen. Bij brief van 10 februari 2012 heeft Aangeslotene Consument bericht dat het geschil onder de verzekering is gedekt en dat zij de behandeling van de zaak van de advocaat kan overnemen. Van dit aanbod heeft Consument geen gebruik gemaakt. De beroepsprocedure is met bijstand van de advocaat gevoerd. De rechtbank heeft bij beslissing van 3 mei 2012 het beroep gegrond verklaard.

4. De vordering en grondslagen

- 4.1. Consument vordert betaling van een bedrag van € 22.351,73 ter vergoeding van de door hem gemaakte advocaatkosten.
- 4.2. Deze vordering steunt kort en zakelijk op de volgende grondslagen:
- Consument heeft de zaak tijdig bij Aangeslotene gemeld. Namens Consument heeft zijn externe bedrijfsadviseur op 19 en 21 december 2011 en in ieder geval vóór 23 december 2011 contact met Aangeslotene gehad over het geschil. Het ligt dan voor de hand dat Aangeslotene dan in ieder geval had doorverwezen naar de juiste afdeling zodat het geschil in behandeling kan worden genomen. Verder blijkt uit twee autoreply e-mailberichten van Aangeslotene van 2 januari 2012 dat Consument ook per e-mail de zaak reeds voor die datum bij Aangeslotene heeft gemeld. Consument heeft deze e-mail bij Aangeslotene opgevraagd maar hierop geen reactie ontvangen.
 - Gelet op het belang van de zaak, het spoedeisend karakter, het bijzondere vakgebied en de werkwijze van Aangeslotene was behandeling van de zaak door een advocaat die in het specifieke onderwerp van het geschil gespecialiseerd is, vereist. Consument weet uit ervaring dat Aangeslotene niet in staat is snel en adequaat op te treden terwijl dit nu juist in dit geschil wel vereist was.
 - Op grond van het arrest van het Hof van Justitie van 7 november 2013 (C-442/12) in de zaak Sneller/DAS had Consument het recht van vrije advocaatkeuze in de gevoerde procedure en is Aangeslotene gehouden de advocaatkosten te vergoeden.
- 4.3. Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd:

- Consument heeft de zaak te laat gemeld en is zijn verplichtingen jegens Aangeslotene, zoals neergelegd in artikel 7.1 in samenhang met artikel 8 onder a van de toepasselijke voorwaarden, dus niet nagekomen. Het verzoek om afgifte van de medische verklaring is op 1 februari 2011 afgewezen en hiertegen kon bezwaar worden gemaakt. Consument had het geschil toen moeten melden maar heeft pas op 2 januari 2012, na het verstrijken van de beroepstermijn van het besluit van 17 november 2011, melding van de zaak gedaan. Hij had bij deze melding ook niet alle van belang zijnde stukken gevoegd waardoor Aangeslotene op dat moment een dekkingsvoorbehoud moest maken. Indien, zoals Consument stelt, voordien reeds contact was geweest met Aangeslotene over het geschil is de zaak bij die gelegenheid in ieder geval niet gemeld. De e-mailberichten die Consument op 2 januari 2012 van Aangeslotene heeft ontvangen betreffen auto-replyberichten als ontvangstbevestiging van de melding van de zaak door Consument. Aangeslotene is door de niet tijdige melding in haar belangen geschaad omdat zij niet namens Consument bezwaar tegen de beschikking van 1 februari 2011 heeft kunnen maken en daarmee mogelijk het voeren van een beroepsprocedure had kunnen voorkomen. Zij is dus niet gehouden om rechtsbijstand te verlenen.
- Consument heeft in het verleden vaker geschillen bij Aangeslotene gemeld en wist dus wanneer en op welke wijze hij een zaak moest melden.
- Consument heeft zelf en zonder voorafgaand overleg met of toestemming van Aangeslotene, een advocaat ingeschakeld. Op grond van artikel 5 van de voorwaarden is uitsluitend Aangeslotene bevoegd om opdracht tot behandeling van de zaak aan een advocaat te geven en komen alleen dan de advocaatkosten voor vergoeding in aanmerking. Het arrest van het Hof van Justitie maakt dit niet anders omdat het Hof zich niet heeft uitgelaten over de opdrachtverstrekking. Aangeslotene is in haar belangen geschaad doordat Consument zelf de opdracht aan de advocaat heeft verstrekt. Zij had bij het verstrekken van de opdracht aan de advocaat de opdracht kunnen definiëren, instructies kunnen geven en tariefafspraken kunnen maken. Aangeslotene kan voorts, op basis van de door Consument overgelegde declaraties van de advocaat, niet beoordelen of alle werkzaamheden betrekking hebben op de periode na 17 november 2011.
- De verzekering biedt dekking in natura en voorziet niet in een kostenvergoeding. Aangeslotene kon het geschil zelf behandelen en heeft Consument ook aangeboden de behandeling van de zaak van de advocaat over te nemen. Het stond Consument vrij hiervan geen gebruik te maken. De consequenties van die keuze dienen niet voor rekening van Aangeslotene te komen.

5. Beoordeling

- 5.1. De commissie ziet zich gesteld voor de vraag of Aangeslotene de in het kader van de beroepsprocedure door Consument gemaakte advocaatkosten moet vergoeden.
- 5.2. Tussen partijen staat niet ter discussie dat de door de advocaat gevoerde procedure een administratieve procedure is in de zin van artikel 4, lid 1, sub a van de richtlijn 87/344 EEG. Op grond van de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese

Unie van 7 november 2013 (C-442/12) geldt als uitgangspunt dat de voor rechtsbijstand verzekerde het recht heeft vrij een advocaat te kiezen wanneer een gerechtelijke of administratieve procedure dient te worden gevoerd. Dit brengt mee dat de kosten van de door Consument gekozen advocaat in beginsel door Aangeslotene dienen te worden vergoed.

- 5.3. Aangeslotene heeft zich op het standpunt gesteld dat de kosten niet voor vergoeding in aanmerking komen omdat Consument in strijd met de verzekeringsvoorwaarden heeft gehandeld omdat hij de zaak niet tijdig heeft gemeld en omdat hij zelf de advocaat van zijn keuze opdracht heeft gegeven zijn belangen in de procedure te behartigen en de belangen van Aangeslotene hierdoor zijn geschaad.
- 5.4. Consument en Aangeslotene verschillen van mening over het moment waarop Consument de zaak had moeten melden en ook over het tijdstip waarop zaak is gemeld. In het midden kan blijven of Consument de zaak reeds na de beschikking van 1 februari 2011 had moeten melden nu de Commissie van oordeel is dat Aangeslotene onvoldoende concrete feiten en omstandigheden heeft aangevoerd waaruit zou kunnen blijken dat en, zo ja, waarom en in hoeverre een behandeling van het bezwaar door Aangeslotene tot een andere uitkomst had geleid en, zoals Aangeslotene stelt, een daaropvolgende beroepsprocedure had kunnen voorkomen. Aldus kan niet worden vastgesteld dat Aangeslotene als gevolg van het feit dat Consument de zaak niet al in februari 2011 heeft gemeld, in enig redelijk belang is geschaad.
- Bij besluit van 17 november 2011 is het bezwaar van Consument afgewezen. Hij had een termijn van zes weken om hiertegen beroep aan te tekenen. Ook als Consument de zaak al op 21 december 2011 en niet pas op 2 januari 2012 heeft gemeld, is naar het oordeel van de Commissie sprake van een te late melding. Hoewel het voor Consument een hectische periode was omdat hij na het besluit binnen een voor hem relatief korte periode bezwaar moest aantekenen en het belang voor Consument en diens zoon groot was, is de Commissie van oordeel dat Consument, ook gelet op de omstandigheid dat hij wel direct een advocaat heeft ingeschakeld, de zaak toch in ieder geval binnen een termijn van een week had kunnen en moeten melden bij Aangeslotene. Doordat hij dit niet heeft gedaan, is hij zijn verplichting de zaak zo spoedig mogelijk te melden niet nagekomen. Op grond van artikel 5.5 van de toepasselijke verzekeringsvoorwaarden is uitsluitend Aangeslotene bevoegd de opdracht aan de advocaat te verstrekken. Vaststaat dat Consument in strijd met deze bepaling zelf, en zonder voorafgaand overleg met Aangeslotene, een advocaat opdracht heeft gegeven zijn belangen te behartigen.
- 5.5. De volgende vraag die ter beantwoording voor ligt is of Aangeslotene in haar belangen is geschaad doordat Consument in strijd met de polisvoorwaarden heeft gehandeld. Aangeslotene heeft hiertoe aangevoerd dat zij door de late melding, nadat Consument al een advocaat had ingeschakeld, niet de mogelijkheid heeft gehad om tariefafspraken te maken met de in te schakelen externe advocaat. Hierbij had Aangeslotene (en gelet op het toepasselijke maximum van door Aangeslotene te vergoeden externe kosten ook Consument) naar het oordeel van de Commissie een gerechtvaardigd belang. De Commissie is evenwel anders dan Aangeslotene van

oordeel dat het handelen van Consument in strijd met de polisvoorwaarden een volledig verval van het recht op rechtsbijstand, althans van het recht op vergoeding van de advocaatkosten, niet kan rechtvaardigen, maar dat de redelijkheid en billijkheid meebrengen dat het door Aangeslotene als gevolg van het handelen van Consument geleden nadeel op de vergoeding van de advocaatkosten in mindering dient te worden gebracht. Het door Aangeslotene geleden nadeel bestaat dan in het feit dat zij niet in de gelegenheid is geweest om gunstiger prijsafspraken met de gekozen advocaat te maken. Nu achteraf niet meer is vast te stellen tot welke afspraken Aangeslotene zou zijn gekomen moet dat nadeel naar billijkheid worden geschat. Dit een en ander in aanmerking nemend, is de Commissie van oordeel dat Aangeslotene een bedrag van € 15.000,- aan Consument dient te vergoeden voor de door hem gemaakte advocaatkosten en dat de resterende kosten voor rekening van Consument dienen te blijven. Omdat Consument in overwegende mate in het gelijk wordt gesteld, zal Aangeslotene tevens worden veroordeeld tot vergoeding van de door Consument betaalde eigen bijdrage.

- 5.6. Al hetgeen partijen verder nog hebben gesteld, kan niet tot een andere beslissing leiden en zal onbesproken blijven.

6. Beslissing

De Commissie stelt bij wege van bindend advies vast dat Aangeslotene binnen een termijn van twee weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd aan Consument vergoedt een bedrag van € 15.000,-, vermeerderd met de door Consument betaalde eigen bijdrage aan de behandeling van deze klacht, zijnde € 50,-, en wijst het meer of anders gevorderde af.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van beslissingen van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Daarbij geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht/4#stappenplan.