

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2016-142
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, alsmede mr. A.M.T Wigger en drs. L.B. Lauwaars RA, leden en mr. G.A. van de Watering, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 24 december 2014
Ingesteld door : Consument
Tegen : Univé Schade N.V., gevestigd te Assen, verder te noemen Verzekeraar.
Datum uitspraak : 29 maart 2016
Aard uitspraak : bindend advies

Samenvatting

Verzekeraar heeft vordering tot vergoeding van gemaakte advocaatkosten afgewezen met een beroep op te late melding en schending van zijn belangen. Toewijzing vordering vergoeding kosten voor zover die zien op gerechtelijke procedure, ook al heeft de advocaat Consument slechts op de achtergrond geadviseerd. Er is immers sprake van het behartigen van belangen in de zin van artikel 4 van richtlijn 87/344 EEG.

I. Procesverloop

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

- de klachtbrief van Consument inclusief bijlagen waaronder het door hem ondertekende vragenformulier en de met Verzekeraar in diens interne klachtprocedure gevoerde correspondentie;
- het verweerschrift van Verzekeraar;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Verzekeraar.

Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 21 september 2015 te Den Haag en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

Bij de beoordeling van de klacht gaat de Commissie uit van de volgende feiten.

- 2.1. Op 1 februari 2006 is Consument op tijdelijke basis in dienst getreden bij [werkgever] als interim-manager P&O. Na zijn indiensttreding is de naam van dit bedrijf gewijzigd in [naam bedrijf]. De eigenaren van dit bedrijf waren tevens mede-aandeelhouders van [naam bedrijf I], gevestigd te [plaats] dat per 1 april 2007 de HRM-activiteiten van [naam bedrijf] overnam. Per laatstgenoemde datum is Consument dan ook een arbeidsovereenkomst met [naam bedrijf I] aangegaan. Op 1 april 2008 is deze arbeidsovereenkomst omgezet naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

- 2.2. Per 1 januari 2008 werd [naam bedrijf 1] overgenomen door [naam bedrijf 2], gevestigd in [plaats 1].
- 2.3. Per 1 januari 2010 werd als gevolg van de economische recessie besloten tot opheffing van de afdeling waarbinnen Consument werkzaam was. Nadat Consument enige tijd arbeidsongeschikt was geweest en er bij terugkomst werd ingezet op re-integratie, werd Consument eind oktober 2010 door zijn werkgever te kennen gegeven dat de organisatie geen plaats meer voor hem had en dat hij diende te vertrekken. Er werd hem een vertrekregeling aangeboden.
- 2.4. Eind 2010 is Consument overgegaan tot inschakeling van een advocaat ter behartiging van zijn belangen.
- 2.5. Op 22 maart 2011 heeft Consument een vaststellingsovereenkomst met [naam bedrijf 2] gesloten waarbij werd overeengekomen dat zijn arbeidsovereenkomst per 1 oktober 2011 zou worden beëindigd.
- 2.6. Bij vonnis van 31 mei 2011 heeft de Rechtbank Leeuwarden [naam bedrijf 1] in staat van faillissement verklaard.
- 2.7. Op 1 juni 2011 heeft de Rechter-Commissaris de curator gemachtigd om de arbeidsovereenkomst van Consument op te zeggen tegen welke machtiging Consument zelf bij brief van 8 juni 2011 beroep heeft ingesteld bij de Rechtbank Almelo waarbij hij zich op de achtergrond heeft laten adviseren door zijn advocaat. Bij beschikking van 20 juni 2011 heeft deze het beroep van Consument verworpen.
- 2.8. Op 30 juni respectievelijk 1 juli 2011 heeft Consument de kwestie telefonisch respectievelijk schriftelijk gemeld bij Verzekeraar. Consument geeft daarbij aan dat hij vanaf mei 2011 geen salaris heeft ontvangen en een nieuw conflict dreigt omdat zijn werkgever weigert om de vaststellingsovereenkomst, waarin onder andere een outplacement-traject werd afgesproken, na te komen. Consument geeft tevens aan dat zijn dossier zich slecht laat overdragen, deze een brede juridische deskundigheid vereist en hij tot april 2011 ruim €5.000,- aan juridische kosten heeft moeten maken.
- 2.9. Bij brief van 5 juli 2011 laat Verzekeraar Consument weten dat uitgangspunt van de polis is dat rechtshulp wordt verleend door een juridisch deskundige en vergoeding van de reeds gemaakte kosten niet zal plaatsvinden omdat Consument niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit hoofde van de verzekering omdat hij de kwestie niet tijdig heeft gemeld en Consument, zonder toestemming van Verzekeraar, een extern advocaat heeft ingeschakeld. Verzekeraar voegt daaraan toe dat, als de zaak zich daar nog voor leent, hij wel de behandeling kan overnemen van de door Consument ingeschakelde advocaat.
- 2.10. Consument neemt hierna telefonisch contact op met Verzekeraar in welk gesprek Verzekeraar – naar het oordeel van Consument - Consument zou hebben afgeraden om de zaak aan hem over te dragen hetgeen door Verzekeraar wordt betwist. Een en ander leidt er in ieder geval niet toe dat Verzekeraar de behandeling van de kwestie overneemt.

- 2.11. Naar aanleiding van het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 7 november 2013 (C-442/12) inzake het recht op vrije advocaatkeuze verzoekt Consument Verzekeraar bij e-mail van 9 juli 2014 om zijn standpunt in heroverweging te nemen en alsnog over te gaan tot vergoeding van de door hem gemaakte kosten voor rechtsbijstand.
- 2.12. Bij e-mailbericht van 29 augustus 2014 laat Verzekeraar Consument weten dat hij het dossier heeft doorgenomen en intern heeft besproken maar niet bereid is om Consument tegemoet te komen in de kosten. Verzekeraar merkt daarbij op dat voordat de zaak bij hem al gemeld werd, al veel gebeurd was en de door Consument ingeschakelde advocaat al een groot aantal acties had ondernomen. De zaak verkeerde op het moment van melding al in een dusdanig ver stadium dat overname niet meer mogelijk was.
- 2.13. Consument doorloopt hierna de interne klachtprocedure bij Verzekeraar waarbij deze diens afwijzende standpunt handhaaft. Het is over dat afwijzende standpunt dat Consument een klacht aan Kifid heeft voorgelegd. Op de zitting van 21 september 2015 zijn partijen in de gelegenheid gesteld om een regeling in der minne te bereiken voor 15 oktober 2015. Partijen zijn in die opzet niet geslaagd maar hebben daarna van de gelegenheid gebruik gemaakt om beide nogmaals hun respectieve standpunten over het voetlicht te brengen.

3. Vordering, klacht en verweer

- 3.1. *Vordering*

Consument vordert vergoeding van de door hem gemaakte kosten van rechtsbijstand door hem begroot op een totaal bedrag van ongeveer €15.000,-. Daaronder ziet een bedrag van € 917,20 op de door Consument zelf gevoerde procedure bij de Rechtbank Almelo. Dit bedrag is opgebouwd uit 4 x € 170,-, zijnde het uurtarief van zijn advocaat die hem ter zake heeft geadviseerd en € 108,- reiskostenvergoeding.
- 3.2. *Grondslagen en argumenten daarvoor*

Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag. Verzekeraar is toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen uit hoofde van de rechtsbijstandsverzekering door Consument vergoeding van de door hem gemaakte kosten van rechtsbijstand te ontzeggen. Consument voert hiertoe de volgende argumenten aan.

 - Niet gesteld kan worden dat Consument de kwestie te laat heeft aangemeld. Het is bovendien niet zo dat de belangen van Verzekeraar door die vermeend late melding zijn geschaad terwijl Verzekeraar ook overigens helemaal niet heeft onderbouwd dat hij in zijn belangen is geschaad. Daarmee ontbreekt de basis voor de afwijzing van Verzekeraar.
 - Verzekeraar heeft verzuimd om te voldoen aan zijn verplichting om hem te informeren over zijn recht op een vrije advocaatkeuze.
 - De verzekeringsvoorwaarden die verzekeraar toepast zijn ook in strijd met de Europese regels omtrent de vrije advocaatkeuze omdat dit recht niet afhankelijk is van de vraag of bijstand voor de procedure ook verplicht is gesteld.

- Consument betwist dat Verzekeraar hem heeft aangeboden om de behandeling van deze kwestie over te nemen. Integendeel: hij heeft Consument zelfs geadviseerd om de kwestie niet over te dragen. Daarvan uitgaande kan hij Consument ook moeilijk verwijten dat hij niet de mogelijkheid heeft gehad om de schade te beperken.
- Ingevolge het arrest van het Europese Hof van 7 november 2013 geldt het recht op een vrije advocaatkeuze als er een gerechtelijke of administratieve procedure gevoerd wordt of gevoerd dient te worden. Nu Consument in deze kwestie herhaalde malen op het punt heeft gestaan om zijn werkgever te dagvaarden, dienen de door Consument gemaakte kosten voor vergoeding in aanmerking te komen.

3.3. *Verweer Verzekeraar*

Verzekeraar heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Hij heeft daartoe aangevoerd dat de rechtsbijstandsverzekering een naturaverzekering betreft hetgeen in beginsel meebrengt dat de rechtshulp wordt verleend door Verzekeraar zelf. Consument heeft in strijd met de verzekeringsvoorwaarden, zonder overleg met Verzekeraar en zonder diens toestemming, een advocaat ingeschakeld. Aan het beoordelen van het recht op vrije advocaatkeuze is Verzekeraar dan ook niet toegekomen. Om voor vergoeding van gemaakte kosten van rechtshulp in aanmerking te kunnen komen dient aan een aantal voorwaarden te worden voldaan. Zo dient de kwestie tijdig gemeld te zijn en dient het inschakelen van een extern rechtshulpverlener te geschieden met toestemming van Verzekeraar. Voor zover er al sprake was van een gerechtelijke procedure in de zin van de Europese richtlijn, heeft Consument de belangen van Verzekeraar geschaad omdat deze niet in de gelegenheid is gesteld om het door Consument voor te leggen geschil te toetsen op haalbaarheid terwijl Verzekeraar ook niet de kans heeft gekregen om met de door Consument ingeschakelde advocaat, gunstige prijsafspraken te maken. Verzekeraar heeft daarbij nadrukkelijk betwist dat hij Consument in het telefonisch onderhoud dat op 30 juni 2011 heeft plaatsgevonden geadviseerd zou hebben om de kwestie niet aan hem over te dragen.

Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling ingaan op hetgeen door Verzekeraar is aangevoerd.

4. **Beoordeling**

- 4.1. De Commissie ziet zich gesteld voor de vraag of Verzekeraar gehouden kan worden de door Consument gemaakte kosten van rechtsbijstand, waaronder die voor de procedure bij de Rechtbank Almelo, te vergoeden.
- 4.2. Op grond van de uitspraak van het Europese Hof van Justitie van 7 november 2013, zoals hierboven onder 2.11. reeds gememoreerd, neemt de Commissie daarbij als uitgangspunt – zie daarvoor onder andere haar uitspraak 2014/287 - dat een voor rechtsbijstand verzekerde, het recht heeft om zelf een advocaat te kiezen, in het geval dat een gerechtelijke of administratieve procedure dient te worden gevoerd. In dergelijke gevallen kan een verzekerde dan ook aanspraak maken op vergoeding van de *redelijke* kosten van rechtsbijstand waarbij het aan de betreffende verzekeraar is om aan te tonen dat niet gesproken kan worden van redelijke kosten.

- 4.3. Tussen partijen staat niet ter discussie dat de door Consument bij de Rechtbank Almelo gevoerde procedure ziet op een gerechtelijke procedure zoals bedoeld in artikel 4 van de richtlijn 87/344 EEG. De Commissie is mitsdien van oordeel dat daarvoor het recht op een vrije advocaatkeuze van toepassing is.
- 4.4. Genoemd artikel luidt immers, 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 (...)”.
- 4.5. Nu Consument zich in de procedure bij de Rechtbank Almelo heeft laten bijstaan door een advocaat in die zin dat deze hem op de achtergrond heeft geadviseerd, is naar het oordeel van de Commissie sprake van het *beartigen* van diens belangen in de zin van artikel van deze richtlijn. De daarvoor door Consument gemaakte en gevorderde kosten komen in beginsel dan ook voor vergoeding in aanmerking tenzij Verzekeraar kan aantonen dat deze kosten niet redelijk zijn.
- 4.6. Het verweer van Verzekeraar komt in de kern hier op neer dat hij door de late melding van Consument in zijn belangen werd geschaad, onder andere omdat hij niet in de gelegenheid is gesteld om gunstiger prijsafspraken met de desbetreffende advocaat te maken, en Consument daardoor volledig dekking heeft kunnen ontzeggen.
- 4.7. Naar het oordeel van de Commissie is Verzekeraar er niet voldoende in geslaagd om aan te tonen – en Verzekeraar heeft op onderhavig punt de bewijslast – dat hij in een *redelijk* belang is geschaad door de te late melding van Consument. Op grond van HR 5 oktober 2007, NJ 2008, 57 is van belangenschending door een te late melding slechts sprake indien een verzekeraar in een *daadwerkelijk praktisch* belang is geschaad. Onvoldoende is het feit dat een verzekeraar een *onderzoeksmogelijkheid* wordt ontnomen. Zie ook Parl. Gesch. titel 7.17 BW, Deventer: Kluwer 2007, p. 103. Verzekeraar had derhalve *concreet* moeten maken dat het door de advocaat van Consument aan Consument in rekening gebrachte tarief niet redelijk is en/of dat de zaak van Consument weinig kans op succes zou maken bij de rechter. Verzekeraar heeft dit evenwel nagelaten.
- 4.8. Nu de door Consument gemaakte kosten de Commissie niet onredelijk voorkomen en door Verzekeraar op dit punt niets concreets is aangevoerd, kunnen deze voor toewijzing in aanmerking komen. Dat geldt niet voor de door Consument ook gevorderde reiskosten. Die betreffen immers geen kosten van rechtshulp.
- 4.9. Afgezien van de hierboven genoemde procedure bij de Rechtbank Almelo, zo moet de Commissie vaststellen, is Consument echter niet betrokken geweest in een gerechtelijke dan wel administratieve procedure in de zin van artikel 4, lid 1 sub a van Richtlijn 87/344 EEG.

Consument heeft weliswaar verscheidene malen op het punt gestaan om zijn (thans ex-)werkgever door middel van een dagvaarding in rechte te betrekken maar zover is het, zo begrijpt de Commissie, nimmer gekomen. De overige door Consument gemaakte kosten van rechtshulp, zo oordeelt de Commissie, hebben dan ook geen betrekking op kosten die in een gerechtelijke of administratieve procedure in de zin van de richtlijn, zijn gemaakt en kunnen mitsdien reeds op die grond niet voor toewijzing in aanmerking komen.

- 4.10. Het bovenstaande zou mogelijk anders zijn indien als vaststaand kon worden aangenomen dat het aan verzekeraar zelf te wijten zou zijn geweest dat Consument zijn toevlucht heeft moeten zoeken bij een extern advocaat. Consument heeft in dat kader aangevoerd dat Verzekeraar hem op 30 juni 2011 telefonisch zou hebben geadviseerd om de kwestie **niet** aan hem over te dragen maar Verzekeraar heeft dat gemotiveerd betwist onder verwijzing naar zijn aan Consument gerichte brief van 5 juli 2011. Daaruit blijkt naar het oordeel van de Commissie in ieder geval dat Verzekeraar Consument de mogelijkheid heeft geboden om de kwestie aan hem over te dragen terwijl Consument, zo stelt de Commissie vast, niet van dat ter tafel liggende aanbod gebruik heeft gemaakt. Nu Consument zijn stelling niet nader met schriftelijke stukken heeft onderbouwd of anderszins aannemelijk heeft gemaakt, dient de Commissie hieraan dan ook voorbij te gaan.
- 4.11. Uit het bovenstaande volgt dat het verwijt van Consument dat Verzekeraar ten onrechte zou hebben nagelaten om hem te informeren over diens recht op een vrije advocaatkeuze, dient te falen voor zover dit onderdeel van de klacht ziet op de activiteiten van zijn advocaat die geen betrekking hebben op de bij de Rechtsbank Almelo gevoerde procedure. Afgezien van laatstgenoemde procedure, was immers geen sprake van het recht op een vrije-advocaatkeuze. Dat brengt eveneens mee dat ook dat onderdeel van de klacht van Consument dat hierop ziet dat zijn verzekeringsvoorwaarden in strijd zouden zijn met Europese regelgeving, eveneens dient te falen. Het zijn immers niet de verzekeringsvoorwaarden van onderhavige verzekering die in de weg staan aan toewijzing van de vordering van Consument. Die oorzaak is immers gelegen in het feit dat de door hem gemaakte kosten niet zijn gemaakt in een gerechtelijke of administratieve procedure in de zin van eerdergenoemde richtlijn.
- 4.12. Alles overziende komt de Commissie tot de conclusie dat, behoudens die kosten die Consument heeft gemaakt ten behoeve van de procedure bij de Rechtbank Almelo, Verzekeraar Consument terecht dekking heeft kunnen ontzeggen voor de door hem gemaakte kosten van rechtshulp.
- 4.13. Al hetgeen partijen verder nog hebben gesteld, kan niet tot een ander oordeel leiden.

5. Beslissing

De Commissie beslist dat Verzekeraar binnen vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, aan Consument vergoedt een bedrag van € 680,-. 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 bindende 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 www.kifid.nl/consumenten/hoe-wordt-uw-klacht-behandeld