Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2022-0359 (mr. J.L.M. Luiten, voorzitter, mr. S.W.A. Kelterman, mr. P.G. Salvadori, leden en mr. T.A. Tang, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 23 juni 2021
Ingediend door	: De consument
Tegen	: ASR Schadeverzekering N.V., h.o.d.n. Ditzo, gevestigd te Utrecht, verder te noemen de verzekeraar, waarbij de uitvoering van de rechtsbijstand is overgedragen aan DAS Nederlandse Rechtsbijstand Verzekeringmaatschappij N.V., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de uitvoerder
Datum uitspraak	: 2 mei 2022
Aard uitspraak	: Niet-bindend advies
Uitkomst	: Vordering (gedeeltelijk) toegewezen

Samenvatting

Rechtsbijstandverzekering. De uitvoerder heeft verzuimd om tijdig opgave te doen van een advocaat en tijdig hoger beroep in te stellen tegen een vonnis van de rechtbank. Partijen verschillen van mening over de vraag of de consument door de tekortkoming van de uitvoerder schade heeft geleden. De commissie stelt vast dat de consument door het verstrijken van de hoger beroepstermijn de kans op een goede afloop is ontnomen en dat daarom aan de hand van de goede en kwade kansen die hij bij een tijdig instellen van hoger beroep zou hebben gehad, het resultaat van de rechtsbijstand schattenderwijs moet worden vastgesteld. De commissie schat de kans op succes op 50% en schat de schade op €10.000,00. De vordering wordt gedeeltelijk toegewezen. De overige vorderingen van de consument worden afgewezen vanwege het ontbreken van een onderbouwing.

1. 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) de klachtbrief en het klachtformulier van de consument; 2) de aanvullende stukken van de consument; 3) het verweerschrift van de uitvoerder; 4) de repliek van de consument met geluidsfragmenten met drumgeluiden en 5) de dupliek van de uitvoerder.

1.2 Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 19 november 2021. Op de hoorzitting was de consument aanwezig. Namens de uitvoerder waren aanwezig: mr. [naam 1] (adjunct-directeur) en mr. [naam 2] (bedrijfsjurist).

1.3 De consument heeft gekozen voor een niet-bindend advies. Dit betekent dat partijen elkaar niet aan de uitspraak kunnen houden.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

2.1 De consument heeft een particuliere rechtsbijstandverzekering bij de verzekeraar waarbij de uitvoering van de rechtsbijstand is uitbesteed aan de uitvoerder.

2.2 Op 31 oktober 2017 heeft de consument een woning gekocht. Omdat de consument van mening is dat de gekochte woning vanwege geluidsoverlast door het drummen van de buurjongen niet geschikt is voor normaal gebruik, is er tussen hem en de verkoper van de woning een geschil ontstaan over de koopprijs die de consument heeft betaald voor de woning. Voor dit geschil heeft de consument op 26 juli 2018 een beroep op zijn rechtsbijstandverzekering gedaan. De uitvoerder heeft de zaak in behandeling genomen en de behandeling van de zaak uitbesteed aan mr. [naam advocaat], advocaat.

2.3 Het geschil met de verkoper is uiteindelijk voorgelegd aan de rechtbank Midden-Nederland en bij vonnis van 8 januari 2021 heeft de rechtbank de vorderingen van de consument afgewezen.

2.4 Bij e-mail van 21 januari 2021 heeft de consument de uitvoerder bericht dat hij hoger beroep wilde instellen tegen het vonnis. In dezelfde e-mail heeft de consument de uitvoerder verzocht toe te zeggen dat de advocaatkosten voor het hoger beroep worden vergoed. Daarnaast heeft de consument de uitvoerder laten weten dat hij zich graag wilde laten bijstaan door een andere advocaat dan mr. [naam advocaat] die hem bijstond tijdens de procedure bij de rechtbank.

2.5 Op 24 februari 2021 heeft de uitvoerder de consument per e-mail geschreven dat nu mr. [naam advocaat] de hoger beroepsprocedure niet kan voeren, hij een nieuwe uitbesteding voor de hoger beroepsprocedure zal regelen. In dezelfde e-mail heeft de uitvoerder de consument gevraagd of hij zelf al een advocaat heeft uitgekozen of dat hij een aantal namen van kantoren binnen het netwerk van de uitvoerder wenst te ontvangen zodat hij daaruit een advocaat kan kiezen.

2.6 Bij e-mail van 19 maart 2021 heeft de consument de uitvoerder verzocht om een voorstel te doen van advocaten in zijn regio.

2.7 Omdat de consument op 6 april 2021 nog geen reactie van de uitvoerder had ontvangen, heeft hij de uitvoerder, met het oog op het verstrijken van de termijn, verzocht om per direct hoger beroep in te stellen en alsnog een voorstel te doen van een geschikte netwerkadvocaat voor bijstand bij de inhoudelijke behandeling.

2.8 Het hoger beroep is, ondanks opnieuw een herinnering op 15 april 2021, niet ingesteld en de consument heeft vervolgens een klacht ingediend bij de uitvoerder.

2.9 Hierna heeft de uitvoerder de consument verzocht om hem het procesadvies van mr. [naam advocaat] toe te sturen. De consument heeft in zijn e-mail van 2 juni 2021 geweigerd om het procesadvies aan de uitvoerder te verstrekken omdat de communicatie tussen hem en mr. [naam advocaat] vertrouwelijk is. In dezelfde e-mail heeft de consument een vergoeding van € 42.000,00 van de uitvoerder gevorderd.

2.10 De uitvoerder heeft in zijn e-mail van 17 juni 2021 erkend dat een en ander inderdaad niet goed was gegaan waardoor de termijn voor het instellen van hoger beroep was verstreken. De vordering tot schadevergoeding heeft de uitvoerder niettemin afgewezen omdat er volgens hem geen aanleiding bestond om aan te nemen dat in hoger beroep anders zou zijn geoordeeld dan in eerste aanleg was gedaan.

2.11 Partijen zijn het oneens over een door de uitvoerder te betalen schadevergoeding en hebben de onenigheid niet kunnen oplossen. De consument heeft zijn klacht daarom aan Kifid voorgelegd.

De klacht en vordering

2.12 De consument is van mening dat de uitvoerder toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen jegens hem en dat hij hierdoor schade heeft geleden. Hij verwijst in dit verband ook naar de Gedragscode Rechtshulpverlening DAS, de Kwaliteitscode Rechtsbijstand en de moreel-ethische verklaring (eed en belofte). Door de fout van de uitvoerder is er geen hoger beroep ingesteld waardoor hem de mogelijkheid is ontnomen om zijn schade, die in ieder geval € 41.000,00 (het verschil tussen de koop- en de vraagprijs van de woning) bedraagt, op de verkoper te verhalen. Hij vordert daarom, na wijziging in zijn repliek, een bedrag van € 41.000,00 van de uitvoerder en een nader door de commissie te bepalen bedrag als vergoeding voor de aantasting van zijn woongenot die meer dan twee jaar lang heeft voortgeduurd, de rente die hij over het schadebedrag heeft moeten betalen en de tijd die hij aan deze zaak heeft moeten besteden. De consument vordert hierover ook de wettelijke rente vanaf 8 april 2021. Ter onderbouwing van zijn vordering heeft hij het volgende aangevoerd.

2.13 Naast dat de consument ervan uit had mogen gaan dat de uitvoerder zijn e-mails zou lezen en daarop zou acteren, is de opstelling van de uitvoerder, nadat duidelijk was geworden dat er geen hoger beroep was ingesteld, klachtwaardig.

De uitvoerder heeft geen excuses aangeboden voor de fout en de uitvoerder heeft zonder verdere toelichting aanvullende stukken bij de consument opgevraagd. Verder verwijt de consument de uitvoerder dat hem geen rechtsbijstand is geboden voor het geschil met de uitvoerder over de fout terwijl er wel een rechtsbijstandverzekering is afgesloten. Bovendien heeft het niet instellen van hoger beroep zelfs tot een kostenbesparing bij de uitvoerder geleid. De uitvoerder had daarom op zijn minst nog een redelijk voorstel kunnen doen om de kwestie in der minne op te lossen.

2.14 De haalbaarheid van het hoger beroep heeft nooit ter discussie gestaan. De uitvoerder had toestemming verleend voor het inschakelen van een advocaat voor zowel de procedure bij de rechtbank als het hoger beroep. Daaruit blijkt al dat de uitvoerder een redelijke kans van slagen zag voor het hoger beroep. Was dat niet het geval, dan had de uitvoerder dat aan hem moeten meedelen waarna de geschillenregeling uit de voorwaarden zou zijn toegepast. Dat mr. [naam advocaat] om vertrouwelijke redenen de hoger beroepsprocedure niet kon voeren, betekent niet dat zij geen redelijke kans van slagen zag voor het hoger beroep. Bovendien heeft mr. [naam advocaat] geen officieel procesadvies gegeven en is de correspondentie tussen de consument en mr. [naam advocaat] vertrouwelijk.

2.15 Volgens de consument is het vonnis op diverse punten onzorgvuldig, eenzijdig, onjuist en onvolledig. De rechtbank gaat ten onrechte voorbij aan het arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 8 november 2007[1] en heeft ten onrechte geconcludeerd dat het drummen qua frequentie en duur per keer te weinig was om te kunnen spreken van ernstige structurele overlast. Naast dat de rechtbank het overzicht van de consument met de door de hem opgenomen drummomenten ten onrechte heeft opgevat als een overzicht met alle drummomenten, lijkt het alsof de rechtbank geen gebruik heeft gemaakt van de expertise van het geluidbureau en de door dat bureau opgestelde rapporten. Dat er sprake was van ernstige en structurele overlast, blijkt volgens de consument juist uit die rapporten en de schriftelijke verklaring van de buurman, de vader van de drummende buurjongen, van 10 september 2018. De buurman heeft verklaard dat de buurjongen met regelmaat drumt en dat de verkoper hem vlak voor een eerdere bezichtiging heeft gevraagd om de buurjongen te verzoeken om op het tijdstip van de bezichtiging niet te drummen. Hieruit blijkt duidelijk dat de verkoper bekend was met de geluidsoverlast en de intensiteit van de overlast. Toen de consument op de dag dat de woning werd geleverd melding had gedaan van de geluidsoverlast, heeft de verkoper opgemerkt dat de consument zelf maar met de buurman moest gaan praten.

[1] Gerechtshof Amsterdam 8 november 2007, ECLI:NL:GHAMS:207:BC2940, te vinden op www.rechtspraak.nl.

Ook daaruit kan al worden afgeleid dat de verkoper wist van de geluidsoverlast en dat de verkoper hem daar bewust niet over heeft geïnformeerd.

2.16 Ten onrechte heeft de rechtbank aangenomen dat de consument niet meer zou weten dat hij bij de koop heeft geïnformeerd naar de geluidsoverlast. Tijdens de zitting bij de rechtbank heeft de consument verklaard niet meer te weten of hij letterlijk naar geluidsoverlast heeft geïnformeerd maar bij het sluiten van de koop heeft de consument duidelijk en uitgebreid gevraagd naar de gehorigheid van de woning en of er bijzonderheden waren waar hij kennis van zou moeten nemen. Dat de gehorigheid van de woning ter sprake was gekomen, blijkt ook uit de verklaring van de makelaar van 30 december 2019. Ook werd er maximale druk op de consument uitgeoefend omdat hij binnen een zeer kort tijdsbestek een eenmalig bod uit kon brengen. Doordat de consument heeft gedwaald, en mogelijk zelfs is bedrogen, heeft hij uiteindelijk een bod gedaan dat € 41.000,00 hoger was dan de vraagprijs.

2.17 Uiteindelijk heeft de buurjongen vanaf maart 2020 een elektronisch drumstel gekregen waardoor de consument geen of nauwelijks overlast meer heeft, maar dit staat volgens de consument geheel los van de schade die hij heeft geleden.

Het verweer

2.18 De uitvoerder heeft erkend dat er geen tijdige opgave is gedaan van een advocaat waardoor er geen hoger beroep is ingesteld. Hiervoor heeft de uitvoerder zijn excuses aangeboden maar hij betwist dat het niet instellen van hoger beroep tot schade bij de consument heeft geleid. De uitvoerder wijst in dit verband naar het vonnis waarin de rechtbank heeft geoordeeld dat de verkoper niet was tekortgeschoten en dat er ook geen sprake was van geluidsoverlast die het normaal gebruik van de woning in de weg stond. De uitvoerder betwist dat in hoger beroep anders zou zijn geoordeeld.

2.19 Onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 22 februari 2019[2] stelt de uitvoerder dat het aan de consument is om bewijs te leveren van het feit dat het hoger beroep door hem was gewonnen en welk bedrag daarin aan hem zou zijn toegekend. Naast dat de consument geen bewijs heeft aangeleverd, heeft de consument ook geweigerd om het procesadvies te delen. Dat de consument het procesadvies niet wil delen en mr. [naam advocaat] niet bereid was om hoger beroep in te stellen, kan slechts tot één conclusie leiden: het advies was niet gunstig voor de consument. Uit de repliek is af te leiden dat de consument zelf ook geen advocaat heeft kunnen vinden die bereid was om hoger beroep voor hem in te stellen.

[2] HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:272, te vinden op www.rechtspraak.nl.

Ook daaruit kan worden afgeleid dat de door de consument aangezochte advocaten geen redelijke kans op succes aanwezig achtten. Bovendien zou de uitvoerder, als hij tijdig een advocaat had voorgesteld, de advocaat ook hebben gevraagd om de haalbaarheid van het hoger beroep te beoordelen. Alleen als er kans van slagen is, komen de kosten van rechtsbijstand voor het hoger beroep voor vergoeding in aanmerking.

2.20 Het komt de uitvoerder voor dat de consument (vrijwel) alle argumenten al naar voren heeft gebracht bij de rechtbank en die argumenten hebben de rechtbank niet overtuigd want de vordering is afgewezen. Hoe dan ook, het staat vast dat de consument de rechtbank niet heeft kunnen overtuigen van zijn argumenten, maar wat niet vast staat is dat de vordering van de consument in hoger beroep wel zou zijn toegewezen.

2.21 Naast het feit dat de rechtsbijstandverzekering geen dekking biedt voor een geschil met de uitvoerder zelf, is de geschillenregeling in dit geval niet van toepassing.

3. De beoordeling

3.1 Partijen zijn het erover eens dat de uitvoerder jegens de consument een fout heeft gemaakt door niet tijdig opgave te doen van een advocaat en niet tijdig hoger beroep in te stellen tegen het vonnis van de rechtbank. Het staat dus vast dat de uitvoerder is tekortgeschoten in de uitvoering van de verzochte rechtsbijstand jegens de consument. Partijen verschillen wel van mening over de vraag of de consument door de tekortkoming van de uitvoerder schade heeft geleden.

3.2 Voor de vaststelling van de schade moet een vergelijking worden gemaakt tussen de situatie waarin de consument zich nu bevindt, en de situatie waarin hij zich zou hebben bevonden zonder de fout van de uitvoerder.

3.3 De situatie waarin de consument zich nu bevindt, is duidelijk: door het niet tijdig instellen van hoger beroep is het vonnis van 8 januari 2021 onherroepelijk geworden.

3.4 Wat er zou zijn gebeurd als de uitvoerder wel tijdig opgave had gedaan van een advocaat en tijdig hoger beroep was ingesteld, is minder duidelijk en niet eenvoudig te bepalen. Of het hoger beroep succes zou hebben gehad, is namelijk ook afhankelijk van de argumenten die de consument in het hoger beroep zou hebben aangevoerd, en hoe het gerechtshof die argumenten zou hebben beoordeeld. De uitkomst daarvan is achteraf niet meer met zekerheid vast te stellen.

Wel staat vast dat de consument door de fout van de uitvoerder nu geen kans meer heeft op een betere uitkomst in de zaak tegen de verkoper.

3.5 Als de ontnomen kans op succes een reële, dat wil zeggen niet zeer kleine, kans is, kan de commissie de schade begroten door te beoordelen hoe de hoger beroeps-procedure was verlopen als de uitvoerder wel tijdig opgave had gedaan van een advocaat en hoger beroep was ingesteld, en kan zij het toewijsbare bedrag aan schade-vergoeding schatten aan de hand van de goede en kwade kansen die de consument in de procedure zou hebben gehad.

3.6 De commissie overweegt dat wanneer de uitvoerder wel tijdig rechtsbijstand zou hebben verleend, er meerdere uitkomsten mogelijk waren: (i) ofwel de vorderingen zouden zijn afgewezen, (ii) ofwel de vorderingen zouden voor een deel zijn toe-gewezen, of (iii) ofwel de vorderingen zouden volledig zijn toegewezen. Wat de uitkomst zou zijn geweest staat niet vast. Rekening houdend met het vonnis van de rechtbank is geenszins zeker dat de vorderingen in hoger beroep zouden zijn toegewezen. Daar staat tegenover dat de consument tijdens de mondelinge behandeling bij Kifid heeft verklaard dat de buurjongen een drumopleiding volgt. Gelet hierop en de verklaring van de buurman lijkt het de commissie aannemelijk dat er voorafgaand aan en na de aankoop van de woning per maand veel meer werd gedrumd dan gemiddeld een half uur tot een uur, hetgeen dus anders is dan door de rechtbank is vastgesteld. Hoewel dit niet zonder meer betekent dat de vorderingen van de consument zouden zijn toegewezen in hoger beroep, was de kans daarop wel degelijk aanwezig. Immers, indien de consument in hoger beroep zou zijn geslaagd in het bewijs van zijn stellingen dat (1:) de buurjongen bijna dagelijks drumde en (2:) de verkopende partij hem ondanks zijn navraag niet heeft ingelicht daarover, dan zou consument zeer wel mogelijk een geslaagd beroep op dwaling hebben kunnen doen. De uitvoerder heeft in dit verband nog verwezen naar een procesadvies dat mr. [naam advocaat] zou hebben gegeven, maar door de consument wordt betwist dat een procesadvies is uitgebracht. Bovendien dient de commissie in deze procedure zelfstandig een beoordeling van de goede en kwade kansen van het hoger beroep te maken en is zij daarin niet gebonden aan een eventueel procesadvies. Verdere concrete aanknopings-punten voor een nadere specificering van de slagingskans van een hoger beroep heeft de commissie niet in het dossier kunnen aantreffen. Bij deze stand van zaken schat de commissie deze kans daarom in op 50%.

3.7 De consument vordert in deze procedure een vergoeding van € 41.000,00 (het verschil tussen vraagprijs en aankoopprijs van de woning) en een nader door de commissie te bepalen bedrag als vergoeding voor de aantasting van zijn woongenot, de rente die hij over het schadebedrag heeft moeten betalen en de tijd die hij aan deze zaak heeft moeten besteden. De consument heeft voor de posten waar hij een nader door de commissie te bepalen bedrag vordert, geen onderbouwing aangeleverd. De commissie ziet ook niet in waarom de verkoper in een hoger beroepsprocedure is aan te spreken voor aantasting van het woongenot. Voor wat betreft de bestede tijd overweegt de commissie conform haar vaste lijn aan uitspraken dat een vergoeding voor bestede tijd in beginsel niet wordt toegewezen.[3] Men heeft in het maatschappelijk verkeer het een en ander van elkaar te dulden en het oplossen van conflicten kost nu eenmaal tijd, waarvoor ook bepaalde kosten moeten worden gemaakt en die komen in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking. De commissie zal daarom voorbijgaan aan de vordering om een nader te bepalen bedrag toe te kennen.

3.8 De commissie dient in de eerste plaats vast te stellen welke schadevergoeding de consument toegewezen zou hebben gekregen in het geval het hoger beroep tijdig zou zijn ingesteld én zou zijn gewonnen. Deze schade zou naar alle waarschijnlijkheid door het gerechtshof zijn vastgesteld door een koopprijsvermindering toe te passen. Anders gezegd: het waardeverschil tussen enerzijds de woning zonder geluidsoverlast (de woning die consument wilde kopen) en anderzijds de woning mét geluidsoverlast (de woning die consument heeft gekocht). De commissie zal dit bedrag schatten, nu concrete gegevens om dat precies vast te stellen ontbreken. Nadat de commissie dit bedrag heeft geschat, zal daarop vervolgens de hierboven vastgestelde 50% worden toegepast.

3.9 Bij de schatting van het waardeverschil speelt mee dat de woning, zoals consument heeft gesteld, een populaire woning was, waarop door meerdere partijen werd geboden en waarvoor de consument aanzienlijk moest overbieden. Ook met de geluidsoverlast lag de waarde van de woning daarom naar alle waarschijnlijkheid een stuk boven de vraagprijs. De commissie schat de koopprijsvermindering die het hof in verband de drumoverlast zou hebben toegekend op € 20.000,00. Gelet op de goede en kwade kansen, is de uitvoerder voor 50 % van dit bedrag aansprakelijk. De beslissing is daarom dat de uitvoerder een bedrag van € 10.000,00 aan de consument moet vergoeden.

3.10 De consument heeft verder nog geklaagd over de opstelling van de uitvoerder nadat hem duidelijk was geworden dat de hoger beroepstermijn was verstreken.

---

[3] *GC Kifid 2016-360, GC Kifid 2017-868, GC Kifid 2018-118 en GC 2020-1033, te raadplegen op www.kifid.nl.*

Hoewel de uitvoerder in de verweerfase van deze klachtprocedure en tijdens de mondelinge behandeling van deze klacht zijn excuses heeft aangeboden voor de situatie, blijkt niet uit het klachtdossier dat de uitvoerder zijn excuses had aangeboden nadat hij tot de ontdekking kwam dat de hoger beroepstermijn was verstreken. Het had de uitvoerder gesierd als hij dit wel direct had gedaan. Uit het klachtdossier maakt de commissie verder op dat de uitvoerder nadere informatie, en in het bijzonder het procesadvies, bij de consument had opgevraagd zodat hij de consument van een volledige reactie kon voorzien. Hoewel de commissie kan begrijpen dat de consument nader geïnformeerd had willen worden, heeft de uitvoerder wel aangegeven dat hij die informatie nodig had om een volledige reactie te geven. Nu verder niet is gesteld en ook niet is gebleken dat de opstelling van de uitvoerder tot enige schade heeft geleid, behoeft dit punt geen verdere bespreking.

4. De beslissing

De commissie beslist dat de uitvoerder binnen vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, aan de consument een bedrag van € 10.000,00 vergoedt, vermeerderd met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 8 april 2021 tot aan de dag van algehele voldoening.

Deze uitspraak is een niet-bindend advies. Tegen deze uitspraak staat geen hoger beroep open bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. U kunt de zaak nog wel aan de rechter voorleggen.

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.