Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-431 d.d. 9 december 2014
(mr. P.A. Offers, voorzitter, mr. E.M. Dil-Stork en B.F. Keulen, leden en mr. F.E. Uijleman, secretaris)

Samenvatting

Rechtsbijstandverzekering. Consumenten hebben hun rechtsbijstandverzekeraar in 2013 verzocht om rechtsbijstand ten behoeve van een geschil met de curator van hun failliete bedrijf. De verzekeraar heeft dit verzoek afgewezen. De commissie oordeelt dat de verzekeraar de rechtsbijstandverlening ten onrechte heeft geweigerd. Ten aanzien van de schade stelt de commissie vast dat consumenten hierdoor de kans op een goede afloop is ontnomen en dat daarom aan de hand van de goede en kwade kansen die zij in een procedure tegen de curator zouden hebben gehad, het resultaat van de rechtsbijstand schattenderwijs moet worden vastgesteld. De commissie schat de kans op succes op 50%. De verzekeraar moet de helft van de geleden schade aan consumenten vergoeden.

Consument I;
Consument II,
Consument I en II, hierna ook te noemen Consumenten.

tegen

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

1. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:
- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- de door Consumenten ondertekende klachtformulieren Geschillencommissie;
- de brief van Consumenten met bijlagen van 28 mei 2014;
- het verweerschrift van Aangeslotene met bijlage van 7 augustus 2014;
- de pleitnota van Consumenten van 27 oktober 2014.

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 27 oktober 2014.
Aldaar zijn Consument I en Aangeslotene verschenen. Consument II is niet ter zitting verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

3.1. Sinds 2008 waren Consumenten beiden directeur van bedrijf [X].

3.2. In 2012 hebben zij ieder hun bedrijfsauto, te weten [auto 1] en [auto 2], tegen betaling overgenomen van bedrijf [X]. Consument II heeft voor zijn [auto 1] een bedrag van € 9.400,- betaald en Consument I € 4.000,- voor zijn [auto 2].

3.3. Op 17 september 2013 heeft de rechtbank bedrijf [X] failliet verklaard.

3.4. De curator heeft Consumenten bij brief van 3 oktober 2013 bericht dat hij heeft geconstateerd dat zij voor hun auto een te lage koopprijs hebben betaald en dat de schuldeisers hierdoor zijn benadeeld. Verder heeft de curator Consumenten bericht dat hij de aan de verkoop van de auto's ten grondslag liggende koopovereenkomsten op grond van artikel 42 Faillissementswet (Fw) vernietigt en dat Consumenten op grond van artikel 51 Fw verplicht zijn de auto's aan hem terug te geven.

3.5. Op 4 oktober 2013 hebben Consumenten bij Aangeslotene een verzoek om rechtsbijstand ingediend voor het geschil met de curator.

3.6. Aangeslotene heeft het verzoek bij brief van 14 oktober 2013 afgewezen omdat het geschil volgens haar op grond van artikel 8 lid 16 van de Bijzondere Voorwaarden Rechtsbijstand Particulieren niet onder de verzekering is gedekt. Nadien heeft Aangeslotene het verzoek om rechtsbijstand eveneens afgewezen op grond van artikel 8 leden 6 en 12.

3.7. In de Bijzondere Voorwaarden Rechtsbijstand Particulieren (hierna genoemd: Bijzondere Verzekeringsvoorwaarden) staat, voor zover relevant, het volgende:

"Artikel 1

Aanvullende begripsomschrijvingen

In deze Bijzondere Voorwaarden verstaan wij onder:

1. **Gebeurtenis**
   In afwijking van de omschrijving in de Algemene Begripsomschrijvingen verstaan wij onder gebeurtenis het voorval dat, of de feitelijke ontwikkeling die redelijkerwijs moet worden beschouwd als de oorzaak van het geschil. In geval van het verhaal van schade is het schadeveroorzakende voorval de gebeurtenis.

Artikel 3

Omvang van de dekking

1. Als de verzekerde als particulier ten gevolge van een gebeurtenis betrokken raakt in een geschil, waardoor hij in een eigen behoefte aan rechtsbijstand moet voorzien, kan hij aanspraak maken op het verlenen van rechtsbijstand.

Artikel 8

Bijzondere uitsluitingen

De schaderegelaar verleent geen (verdere) rechtsbijstand:

(…)

6. als de behoefte aan rechtsbijstand het beoogde of zekere gevolg is van het handelen of nalaten van de verzekerde, of als hij het ontstaan van deze behoefte willens en wetens heeft geaccepteerd om enig voordeel te behouden of te behalen;

(…)

9. in een geschil tussen een verzekerde en de schaderegelaar of in een geschil over de uitleg en/of uitvoering van deze Bijzondere Voorwaarden. De schaderegelaar vergoedt de

redelijk gemaakte kosten van rechtsbijstand alsnog als de verzekerde in een onherroepelijk vonnis gelijk krijgt;
(…)
12. bij het voeren van verweer tegen vorderingen die ontstaan uit een onrechtmatige daad, inclusief vorderingen op grond van artikel 5:37 BW, of regresacties die daarvoor in de plaats komen;
(…)
16. in geschillen over de aanschaf van tweedehands voertuigen en/of vaartuigen. Deze uitsluiting geldt niet als deze voertuigen en/of vaartuigen worden gekocht onder schriftelijke garantie bij een officiële dealer;"

3.8. Consumenten hebben hun auto aan de curator ter beschikking gesteld. De curator heeft daarop beide auto's verkocht.

4. De vordering en grondslagen

4.1. Consumenten vorderen dat Aangeslotene
a) het aankoopbedrag van de auto's ad € 9.400,- en € 4.000,- vergoedt, vermeerderd met € 728,17 aan wettelijke rente;
b) de kosten van de procedure bij de Ombudsman Financiële Dienstverlening vergoedt en de in dat kader gemaakte advocaatkosten, zijnde in totaal € 1.885,42;
c) de kosten van de procedure bij de Commissie vergoedt en de in dat kader gemaakte advocaatkosten;
d) de kosten van rechtsbijstand vergoedt van het voeren van een procedure tegen de curator.

4.2. Deze vordering steunt kort en zakelijk op de volgende grondslagen:
Aangeslotene heeft het verzoek om rechtsbijstand ten onrechte afgewezen
- op grond van artikel 8 lid 16 van de Bijzondere Verzekeringsvoorwaarden. Het artikel is niet van toepassing omdat het geschil waarvoor rechtsbijstand is verzocht geen betrekking heeft op de aanschaf van tweedehands voertuigen maar op de door de curator ingeroepen vernietiging van de koopovereenkomsten uit hoofde van artikel 42 Fw. Voorts brengt een redelijke uitleg van het artikel mee dat Aangeslotene alleen een beroep op de uitsluitingsgrond kan doen ten aanzien van geschillen die zien op de conformiteit van de aangeschafte tweedehands auto's.
- op grond van artikel 8 lid 12 van de Bijzondere Verzekeringsvoorwaarden. Consumenten hebben rechtsbijstand gevraagd ten behoeve van het instellen van een eis tegen de curator. Van een verzoek om rechtsbijstand tot het voeren van verweer is geen sprake. Hiernaast voeren zij aan dat artikel 42 Fw geen lex specialis is van de onrechtmatige daad.
- op grond van artikel 8 sub 6 van de Bijzondere Verzekeringsvoorwaarden. Consumenten voeren aan dat aan de voorwaarden van dit artikel niet is voldaan omdat van paulianeus handelen geen sprake is geweest. Zij stellen daartoe dat zij een marktconforme prijs voor de auto's hebben betaald en dat het beroep van de curator op artikel 42 Fw derhalve onterecht is.

4.3. Aangeslotene voert tegen de stellingen van Consumenten verweer. Op de stellingen die Aangeslotene aan haar verweer ten grondslag legt, wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

5. Beoordeling

5.1. Aangeslotene heeft het verzoek om rechtsbijstand afgewezen met een beroep op een drietal uitsluitingsgronden.
Artikel 8 lid 16

5.2. Aangeslotene voert primair als verweer dat op grond van artikel 8 lid 16 van de Bijzondere Verzekeringsvoorwaarden geen aanspraak op rechtsbijstand bestaat. In dit artikel is kort gezegd bepaald dat geen rechtsbijstand wordt verleend ten aanzien van geschillen over de aanschaf van tweedehands voertuigen. Hiervan is volgens Aangeslotene sprake nu de vernietigde koopovereenkomsten door Consumenten waren gesloten ten behoeve van een tweedehands [auto 1] en [auto 2]. Consumenten betwisten dit en voeren aan dat het geschil tussen hen en de curator gaat over de rechtmatigheid van de ingeroepen vernietiging uit hoofde van artikel 42 Fw. De Commissie volgt Consumenten in hun standpunt en voegt hieraan toe dat het geschil er meer in het bijzonder over gaat of Consumenten een paulianeuze handeling hebben verricht. Dat de verrichte handeling in het onderhavige geval verband houdt met de aankoop van twee tweedehands voertuigen, maakt dit niet anders. Een en ander betekent dat het beroep van Aangeslotene op de in artikel 8 lid 16 van de Bijzondere Verzekeringsvoorwaarden opgenomen uitsluitingsgrond faalt.
Artikel 8 lid 12

5.3. Artikel 8 lid 12 van de Bijzondere Verzekeringsvoorwaarden bepaalt dat geen rechtsbijstand wordt verleend bij het voeren van verweer tegen vorderingen die ontstaan uit een onrechtmatige daad, inclusief vorderingen op grond van artikel 5:37 BW, of regresacties die daarvoor in de plaats komen. Aangeslotene voert aan dat dit artikel van toepassing is omdat Consumenten rechtsbijstand hebben gevraagd teneinde zich te verweren tegen het standpunt van de curator dat zij een paulianeuze en daarmee onrechtmatige handeling hebben verricht jegens de schuldeisers van bedrijf [X]. Consumenten stellen daarentegen dat van het voeren van verweer noch van een vordering uit onrechtmatige daad sprake is.
De Commissie zal eerst ingaan op de vraag of in het onderhavige geval sprake is van een vordering uit onrechtmatige daad ex artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek (BW). De Commissie beantwoordt deze vraag ontkennend nu vaststaat dat de curator de koopovereenkomsten heeft vernietigd met een beroep op artikel 42 Fw. Het betoog van Aangeslotene dat artikel 42 Fw een lex specialis is van artikel 6:162 BW wijst de Commissie van de hand. Ter toelichting dient het volgende. Op grond van artikel 6:238 lid 2 BW heeft als uitgangspunt te gelden dat bij een overeenkomst tussen een gebruiker van algemene voorwaarden en een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf, de bepalingen duidelijk en begrijpelijk moeten zijn opgesteld en dat bij twijfel over de betekenis van een bepaling in de algemene voorwaarden de voor de consument meest gunstige uitleg prevaleert (de contra proferentem-regel). De Commissie is met Consumenten van oordeel dat niet duidelijk is dat ook een vordering uit hoofde van artikel 42 Fw onder de uitsluiting valt. Daarbij acht de Commissie van belang dat het artikel niet expliciet als een species van de onrechtmatige daad is vermeld, iets wat Aangeslotene wel heeft gedaan ten opzichte van artikel artikel 5:37 BW en regresacties. Het gevolg hiervan is dat er redelijkerwijs twijfel bestaat over de aard van de vorderingen die Aangeslotene aanmerkt als een vordering uit onrechtmatige daad en dat artikel 8 lid 12 van de Bijzondere Verzekeringsvoorwaarden ingevolge de contra proferentem-regel ten gunste van Consumenten moet worden uitgelegd. De lezing van Consumenten komt erop neer dat een vordering, die haar grondslag vindt in

artikel 42 Fw, niet gelijk kan worden gesteld met een vordering uit onrechtmatige daad zoals bedoeld in de uitsluitingsbepaling. De Commissie acht deze uitleg niet onbegrijpelijk. Het voorgaande brengt mee dat de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord en dat het beroep van Aangeslotene op artikel 8 lid 12 van de Bijzondere Verzekeringsvoorwaarden reeds daarom moet worden verworpen. De tweede vraag, die erop neerkomt of de rechtsbijstand is ingeroepen voor het voeren van verweer, behoeft derhalve geen bespreking meer.

Artikel 8 lid 6

5.4. De laatste uitsluitingsgrond waar Aangeslotene zich op beroept is opgenomen in artikel 8 lid 6 van de Bijzondere Verzekeringsvoorwaarden. Ingevolge dit artikel wordt geen rechtsbijstand verleend als de behoefte aan rechtsbijstand het beoogde of zekere gevolg is van het handelen of nalaten van de verzekerde, of als hij het ontstaan van deze behoefte willens en wetens heeft geaccepteerd om enig voordeel te behouden of te behalen. Aangeslotene betoogt dat de behoefte van Consumenten aan rechtsbijstand is te wijten aan hun eigen handelen. Zij voert daartoe aan dat Consumenten uit eigen beweging een te lage koopprijs voor de auto's hebben betaald en daarmee paulianeus jegens (de schuldeisers van) bedrijf [X] hebben gehandeld. Consumenten hebben hiertegen gemotiveerd verweer gevoerd, dat erop neerkomt dat zij voor de auto's een marktconforme prijs hebben betaald en dat de inroeping door de curator van artikel 42 Fw derhalve onterecht is.
De Commissie overweegt dat uit artikel 150 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering volgt dat de partij die zich beroept op door hem gestelde feiten of rechten de bewijslast daarvan draagt. Omdat Aangeslotene stelt dat Consumenten paulianeus hebben gehandeld rust de bewijslast op haar. De Commissie stelt vast dat Aangeslotene geen concrete feiten en omstandigheden heeft aangevoerd ter onderbouwing van haar standpunt. Indien en voor zover Aangeslotene haar standpunt slechts baseert op het feit dat de curator de vernietiging van de koopovereenkomsten heeft ingeroepen uit hoofde van artikel 42 Fw, overweegt de Commissie dat dit niet kan dienen als bewijs. Het enkele feit dat de curator de vernietiging buitengerechtelijk heeft ingeroepen betekent immers niet dat deze vernietiging ook rechtsgeldig is geweest. Nu niet is komen vast te staan dat Consumenten paulianeus hebben gehandeld, komt Aangeslotene evenmin een beroep toe op artikel 8 lid 6 van de Bijzondere Voorwaarden.

5.5. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat Aangeslotene het verzoek van Consumenten om rechtsbijstand ten onrechte heeft afgewezen. Dit heeft tot gevolg dat de Commissie moet nagaan of de gestelde schade voor vergoeding in aanmerking komt.

Vordering onder a

5.6. Consumenten stellen dat zij als gevolg van het afwijzende dekkingsstandpunt geen vordering tegen de curator hebben kunnen instellen teneinde de auto's dan wel de daarvoor betaalde aankoopbedragen terug te krijgen. Hiernaast hebben zij onweersproken gesteld dat het instellen van bedoelde vordering thans niet meer mogelijk is omdat de auto's door de curator zijn verkocht en de boedel negatief is. De Commissie overweegt dat wanneer Aangeslotene haar verplichting tot het verlenen van rechtsbijstand aanstonds was nagekomen, er meerdere uitkomsten mogelijk waren: (i) ofwel Consumenten hadden de auto's teruggekregen, (ii) ofwel Consumenten hadden de aankoopbedragen teruggekregen, (iii) ofwel Consumenten hadden niets teruggekregen, (iv) ofwel zij hadden met de curator een regeling kunnen treffen. Wat de uitkomst van de aanstonds verleende rechtsbijstand zou zijn geweest staat niet vast. Wel staat vast dat Consumenten door de weigering van

Aangeslotene om rechtsbijstand te verlenen de kans op een voor hen goede afloop is ontnomen. De Commissie dient daarom aan de hand van de goede en kwade kansen die Consumenten in een procedure tegen de curator zouden hebben gehad (vgl. HR 12 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491) het resultaat van de rechtsbijstand, zo die aanstonds zou zijn verleend, schattenderwijs vast te stellen. Gelet op de stellingen van Consumenten enerzijds en die van de curator respectievelijk Aangeslotene anderzijds schat de Commissie de kans op succes op 50%. Nu Aangeslotene de aankoopbedragen noch het bedrag aan wettelijke rente heeft betwist, brengt een en ander mee dat Aangeslotene de helft van de onder 4.1. sub a vermelde bedragen dient te vergoeden. Dit komt in totaal neer op een bedrag van € 7.064,09.

Vordering onder b en c

5.7. Aangeslotene voert primair als verweer dat de kosten van rechtsbijstand die Consumenten ten behoeve van de procedures bij het Kifid hebben gemaakt, niet voor vergoeding in aanmerking komen op grond van artikel 8 lid 9 van de Bijzondere Verzekeringsvoorwaarden. In dit artikel is enerzijds bepaald dat Aangeslotene geen rechtsbijstand verleent in een geschil over de uitleg en/of uitvoering van de Bijzondere Verzekeringsvoorwaarden, en anderzijds dat de redelijk gemaakte kosten van rechtsbijstand alsnog zullen worden vergoed als de verzekerde in een onherroepelijk vonnis gelijk krijgt. De Commissie leidt uit de tweede volzin van artikel 8 lid 9 af dat kosten van rechtsbijstand alleen voor vergoeding in aanmerking kunnen komen indien een procedure bij de burgerlijke rechter wordt gevoerd. De bepaling acht de Commissie onredelijk bezwarend omdat deze Consumenten dwingt een procedure bij de burgerlijke rechter aanhangig te maken in plaats van bij het Kifid, hetgeen aanzienlijk hogere kosten voor Consumenten mee zou brengen. Dit leidt ertoe dat de Commissie het beroep op genoemd artikel zal passeren.
Consumenten vorderen onder b een vergoeding van € 1.885,42 ter zake van de (advocaat)kosten die zijn gemaakt in de procedure bij de Ombudsman Financiële Dienstverlening. Aangeslotene heeft de hoogte van deze kosten betwist. De Commissie stelt vast dat Consumenten het gevorderde bedrag niet hebben onderbouwd. Dit betekent dat niet kan worden vastgesteld of de gestelde kosten daadwerkelijk zijn gemaakt en in een redelijke verhouding staan tot de omvang van de verrichte werkzaamheden en het daarmee te bereiken doel. Deze vordering zal daarom worden afgewezen.
Ten aanzien van de vordering onder c hebben Consumenten ter zitting aangevoerd dat zij de (advocaat)kosten die zijn gemaakt in de procedure bij de Commissie schatten op een bedrag van € 5.925,61. Ook deze vordering is onvoldoende onderbouwd.
Nu Consumenten gedeeltelijk in het gelijk zijn gesteld kent de Commissie hen op de voet van artikel 40.9 van het reglement een vergoeding toe voor het aanhangig maken en de behandeling van hun klacht. De Commissie zoekt voor de beoordeling van de hoogte van deze vergoeding overeenkomstig voormeld artikel aansluiting bij het daar genoemde liquidatietarief, meer in het bijzonder Tarief II daarvan. Nu het om twee Consumenten gaat acht de Commissie een vergoeding op basis van vier punten redelijk, hetgeen neerkomt op een bedrag van € 1.808,-.
Hiernaast dient Aangeslotene aan Consumenten te vergoeden de door ieder van hen betaalde eigen bijdrage van € 50,- voor de behandeling van deze klacht.

Vordering onder d)

5.8. Ter zitting hebben Consumenten aangevoerd dat zij deze vordering niet langer handhaven. De Commissie zal de beoordeling van deze vordering daarom buiten beschouwing laten.

6. Beslissing

De Commissie wijst de vordering van Consumenten in zoverre toe

6.1. dat Aangeslotene aan Consumenten een bedrag van € 7.064,09 vergoedt bij wege van schadevergoeding;

6.2. dat Aangeslotene aan Consumenten een bedrag van € 1.808,- vergoedt aan kosten van rechtsbijstand en de eigen bijdrage van tweemaal € 50,- voor de behandeling van het geschil door de Commissie;

6.3. dat betaling van een en ander moet plaatsvinden binnen een termijn van vier weken na de verzenddatum van dit bindend advies.

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 www.kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht-1/4#stappen-plan.