Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2022-0417
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter en mr. W.H. Luk, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 26 mei 2021
Ingediend door	: De consument
Tegen	: Anker Insurance Company N.V., gevestigd te Groningen, h.o.d.n. Anker Rechtshulp, verder te noemen de uitvoerder
Datum uitspraak	: 19 mei 2022
Aard uitspraak	: Bindend advies
Uitkomst	: Vordering afgewezen
Bijlage	: Relevante bepaling uit de verzekeringsvoorwaarden

Samenvatting

Rechtsbijstandverzekering. Vrije advocaatkeuze. De consument vordert dat de uitvoerder de behandeling van de gemelde kwestie uitbesteedt aan de door hem gewenste advocaat. Naar het oordeel van de commissie kan de consument (nog) geen beroep op zijn recht op vrije advocaatkeuze doen. De vordering wordt afgewezen.

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 van de vertegenwoordiger van de consument; 2) de aanvullende stukken van de consument, bestaande uit de verzekeringsvoorwaarden, de reactie van de uitvoerder in de interne klachtprocedure en de verklaring van de consument waarin hij kiest voor een bindend advies; 3) het verweerschrift van de uitvoerder; 4) de repliek van de consument en 5) de dupliek van de uitvoerder.

1.2 De consument is in deze zaak vertegenwoordigd door professioneel gemachtigde de heer mr. G. Gabrelian, advocaat.

1.3 De commissie is van oordeel dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak wordt daarom op grond van de stukken beslist.

1.4 De consument en de verzekeraar hebben gekozen voor een bindend advies. Dit betekent dat partijen elkaar aan de uitspraak kunnen houden.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

2.1 De consument heeft bij Ansvar Verzekeringsmaatschappij N.V. onder andere een aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren in combinatie met een rechtsbijstand-verzekering. De uitvoering van de rechtsbijstand is overgedragen aan de uitvoerder.

2.2 De consument heeft bij de uitvoerder om rechtsbijstand verzocht. Het ging om een geschil met de school van de dochter van de consument. De consument wenste van de school een schadevergoeding te ontvangen omdat de school had verzuimd om aan zijn dochter gedurende de eerste twee jaren passend onderwijs te bieden en in het derde schooljaar voor thuisonderwijs te zorgen. De uitvoerder heeft het verzoek om rechts-hulp afgewezen, wegens het ontbreken van een redelijke kans op succes. Hierop heeft de consument gebruik gemaakt van de geschillenregeling, zoals opgenomen in de verzekeringsvoorwaarden.

2.3 In het advies dat mr. [naam 1] van [naam advocatenbureau] (verder te noemen de advocaat) in het kader van de geschillenregeling op 12 maart 2021 heeft uitgebracht, staat onder meer het volgende:

> *"**Zorgplicht – bieden van passend onderwijs***
> *(…)*
> ***Is voldaan aan de zorgplicht in het concrete geval?***
> *In het onderhavige geval kom ik daarom tot de conclusie dat aannemelijk is dat [naam van de school] niet afdoende inspanningen heeft geleverd om passend onderwijs voor [naam van de dochter van de consument] te verzorgen en daarmee niet aan haar (wettelijke) zorgplicht heeft voldaan.*
>
> *(…)*
>
> ***Zorgplicht – bieden van onderwijs bij ziekte***
> *(...)*
> *Hiermee acht ik voldoende aannemelijk dat niet alleen de inspanningsverplichting tot het bieden van passend onderwijs is geschonden, maar dat de zorgplicht ook in het derde jaar is geschonden, toen [naam van de school] weigerde enig onderwijs te bieden in verband met de omstandigheid dat [naam van de dochter van de consument] (ziek) thuis verbleef.*

Nota bene: een en ander onder de ***nadrukkelijke voorwaarde*** *dat er rapportages zijn van de adviezen van de jeugdarts en de psycholoog, waaruit voldoende blijkt dat werd afgeraden [naam van de dochter van de consument] op reguliere wijze naar school te laten gaan, doch dat zij wel nog steeds in staat was onderwijs (op afstand) te volgen.*

(…)

B.2 Bewijsmiddelen

(…)

Verzekerde stelt dat [naam van de school] in de eerste jaren verzuimd heeft passend onderwijs te bieden en deskundigenadviezen daartoe niet heeft opgevolgd. Ter onderbouwing hiervan kunnen dienen: uitkomsten van onderzoeken op basis waarvan deskundigen schriftelijk duidelijke aanbevelingen aan [naam van de school] doen, communicatie waaruit blijkt dat de adviezen door [naam van de school] niet (voldoende) zijn opgevolgd en rapporten / verslagen van docenten. Ook een (positieve) evaluatie van de voortgang van [naam van de dochter van de consument] in haar huidige onderwijsaanbod zou kunnen duiden op de leerbaarheid van [naam van de dochter van de consument] en daarmee een causaal verband tussen de studieachterstand en het gebrek aan passend onderwijs.

Daarnaast stelt de verzekerde dat [naam van de school] in het derde jaar geweigerd heeft enig (thuis)onderwijs te bieden. Van belang is dat verzekerde kan aantonen dat [naam van de school] inderdaad weigerde onderwijs te bieden toen [naam van de dochter van de consument] thuis verbleef. Daarnaast zijn eerder genoemde rapportages / schriftelijke stukken van de jeugdarts en / of psycholoog van belang. Uit de stukken moet duidelijk blijken dat werd afgeraden [naam van de dochter van de consument] naar school te laten gaan, maar dat [naam van de dochter van de consument] wel in staat was onderwijs te volgen.

(…)

<u>Welke juridische stappen dienen daarvoor te worden ondernomen"</u>

1. *Aansprakelijk stellen van het bevoegd gezag van de [naam van de school] door middel van een brief met onderbouwing van de geleden schade.*
2. *Als aansprakelijkheid wordt afgewezen dient de vordering bij de civiele rechter te worden ingesteld, waarbij ik tevens adviseer een beroep te doen op de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid."*

2.4 De uitvoerder heeft de gemelde kwestie op basis van de uitkomst van de geschillenregeling alsnog in behandeling genomen.

De consument wilde echter dat de behandeling van de zaak aan zijn vertegenwoordiger, mr. G. Gabrelian, zou worden uitbesteed. De uitvoerder heeft dit verzoek per e-mail van 26 maart 2021 afgewezen. Volgens de uitvoerder heeft de consument, ondanks het verzoek daartoe, niet de noodzakelijk geachte rapportages, zoals genoemd in het advies van de advocaat, verstrekt. Daarnaast kon de consument geen beroep op het recht op vrije advocaatkeuze doen omdat van een (gerechtelijke) procedure geen sprake was. Mr. Gabrelian heeft op 2 april 2021 hierover een klacht bij de uitvoerder ingediend. Bij brief van 13 april 2021 heeft de uitvoerder het afwijzende standpunt gehandhaafd.

De klacht en vordering

2.5 De consument vindt dat de uitvoerder zijn verzoek om de behandeling van de zaak aan mr. Gabrelian over te dragen, ten onrechte heeft afgewezen. Hij vordert dat de uitvoerder alsnog toestemming verleent aan mr. Gabrelian om op kosten van de uitvoerder het geschil met de school te behandelen. Mr. Gabrelian heeft namens de consument de volgende argumenten aangevoerd.

2.6 De consument doet een beroep op zijn recht op vrije advocaatkeuze, met dekking van de kosten hiervan, zoals vastgelegd in artikel 4:67 Wet op het financieel toezicht (Wft) en het daaraan ten grondslag liggende artikel 4 van de Richtlijn 87/344/EEG van 22 juni 1987. Dit recht is na het intrekken van de Richtlijn 87/344/EEG opgenomen in artikel 201 van de Richtlijn 2009/138/EG. Het betreft een dwingend voorschrift, waarop de consument altijd en bij elke vorm van procedure een beroep kan doen. Zie hiervoor bijvoorbeeld de zaken ECLI:NL:HR:2014:396 en ECLI:EU:C:2013:717, waarin is bepaald dat het recht op vrije advocaatkeuze niet afhankelijk is of beperkt kan worden door het besluit van de verzekeraar om een externe rechtsbijstandverlener in te schakelen. Het Hof van Justitie van de EU heeft in de zaak ECLI:EU:C:2020:372 zelfs geoordeeld dat het recht op vrije advocaatkeuze wordt verruimd tot voorbereidende fasen die tot een procedure kunnen leiden. De school heeft tot op heden de aansprakelijkheid afgewezen en vergoeding van de schade geweigerd. Een gerechtelijke procedure is in het geval van de consument dan ook onvermijdelijk om tot een vergoeding van de schade te kunnen komen. Het is duidelijk dat de consument aanspraak op zijn recht kan maken.

2.7 De uitvoerder gaat er ten onrechte vanuit dat de in de second opinion genoemde rapportages van doorslaggevend belang zijn. Deze rapportages zien namelijk alleen op het thuisonderwijs aan de dochter van de consument in het derde jaar.

De vordering tot schadevergoeding wegens studievertraging ziet echter op het schenden van de wettelijke plicht om de vereiste bijzondere begeleiding aan de dochter van de consument te bieden in alle jaren van haar studie. De grondslag hiervoor is niet afhankelijk van de eerdergenoemde rapportages. De consument beschikt overigens wel over de rapportages waarnaar de second opinion verwijst. Hij meent echter dat hij deze rapportages niet hoeft te overleggen, omdat deze alleen relevant zijn voor de onderbouwing van de vordering die ziet op het derde leerjaar. Het is onjuist dat de uitvoerder alleen gehouden is om rechtsbijstand te verlenen als de consument ook de tweede grondslag onderbouwt.

Het verweer

2.8 De uitvoerder heeft verweer gevoerd tegen de stellingen van de consument. Voor zover relevant zal de commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

3. De beoordeling

Kernvraag

3.1 De commissie ziet zich gesteld voor de vraag of de consument op kosten van de uitvoerder een externe advocaat mag inschakelen om zijn belangen in het geschil met de school te behartigen. De commissie beantwoordt deze vraag ontkennend. Zij zal dit hierna toelichten.

Vrije advocaatkeuze

3.2 De commissie stelt voorop dat het recht op vrije advocaatkeuze in de Nederlandse wetgeving is vastgelegd in artikel 4:67 Wet op het financieel toezicht (Wft). Dit artikel bepaalt – kortweg gezegd – onder andere dat een rechtsbijstandverzekeraar er zorg voor draagt dat in verzekeringsovereenkomst wordt bepaald dat een verzekerde in een gedekte zaak recht heeft op een advocaat naar keuze als sprake is van een gerechtelijke of administratieve procedure of als sprake is van een belangenconflict.[1]

Is er (al) sprake van een gerechtelijke of administratieve procedure?

3.3 In deze zaak staat vast dat er (nog) geen sprake is van een administratieve of gerechtelijke procedure. De uitvoerder zal, conform het advies van de advocaat, de school eerst aansprakelijk moeten stellen.

[1] Zie ook CvB Kifid 2021-0042, te vinden op www.kifid.nl.

Voor zover mr. Gabrelian stelt dat een gerechtelijke procedure onvermijdelijk is en daarbij verwijst naar een e-mail van de directeur van de school aan de consument van 31 maart 2021, overweegt de commissie dat mr. Gabrelian in zijn brief van 23 december 2021 heeft aangevoerd dat de reactie van de directeur van de school kan dienen als bewijs voor de grondslag dat de school aan de dochter van de consument gedurende de eerste twee schooljaren geen passend onderwijs heeft aangeboden. Volgens het advies van de advocaat is echter van belang dat de geleden schade, zowel als gevolg van het gebrek aan passend onderwijs gedurende de eerste twee schooljaren als het nalaten om in het derde schooljaar voor thuisonderwijs te zorgen, door middel van bewijsmiddelen wordt onderbouwd. Om uitvoering te kunnen geven aan het advies van de advocaat, is – anders dan de stelling van mr. Gabrelian – ook de onderbouwing van de schade omdat de school geen thuisonderwijs heeft geboden van belang. De commissie overweegt op dit punt dat de consument over de door de advocaat bedoelde rapporten beschikt, maar deze desgevraagd niet aan de uitvoerder heeft verstrekt. De consument heeft op grond van artikel 6 lid 2 van de Bijzondere voorwaarden Idéaalpakket Rechtsbijstand | 05/2014 (zie bijlage) de verplichting alle medewerking te verlenen die door de uitvoerder wordt gevraagd. Het ligt dan ook op de weg van de consument om de uitvoerder in het bezit te stellen van de gewenste stukken, zodat deze uitvoering kan geven aan het advies van de advocaat.

Is er sprake van een belangenconflict?

3.4 Een belangenconflict als genoemd in artikel 4:67 Wft doet zich (onder andere) voor als de rechtsbijstandverzekeraar ook de belangen behartigt van de wederpartij van de verzekerde. Niet is gebleken dat dat hier het geval is. De consument heeft ook niet gesteld dat sprake is van een belangenconflict. De commissie is daarom van oordeel dat geen sprake is van een belangenconflict.

Conclusie

3.5 Het hiervoor overwogene leidt de commissie tot de conclusie dat de uitvoerder het verzoek van de consument, om de behandeling van het gemelde geschil aan een externe advocaat uit te besteden, mocht afwijzen. De vordering wordt afgewezen.

4. De beslissing

De commissie wijst de vordering af.

Deze uitspraak is een bindend advies. Tegen deze uitspraak kunt u beroep instellen bij de Commissie van Beroep Kifid als wordt voldaan aan de vereisten van regel 7 van het Reglement Commissie van Beroep Kifid – vanaf 1 april 2022, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten. In regel 18.1 van dat reglement is bepaald dat beroep kan worden ingesteld tot 6 weken na de dag van deze uitspraak. Meer informatie over het instellen van beroep kunt u vinden op de website www.kifid.nl/in-beroep-gaan-bij-kifid.

Binnen 2 weken na de verzenddatum van deze uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen tot herstel van een overduidelijke vergissing in de uitspraak zoals een schrijffout, een verkeerde naam/datum of een rekenfout. De beslissing van de Geschillencommissie Kifid in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Ook kunt u binnen 2 weken na de verzenddatum van de uitspraak een schriftelijk verzoek indienen om de uitspraak aan te vullen als u vindt dat de Geschillencommissie Kifid niet heeft beslist over alle onderdelen van uw vordering. Dit ziet niet op de situatie waarin u meent dat de Geschillencommissie Kifid in haar uitspraak niet uitdrukkelijk al uw argumenten, ter onderbouwing van uw vordering, heeft behandeld. Meer informatie hierover staat onder vraag 58 en 59 van het Reglement Geschillencommissie Kifid – vanaf 1 april 2022, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten.

Bijlage – Voorwaarden Idéaalpakket Rechtsbijstand | 05/2014

Artikel 6 – Verplichtingen van de verzekerde

2. Medewerking

De verzekerde die een beroep op zijn verzekering doet verleent alle medewerking die gevraagd wordt door Anker of door de ingeschakelde externe deskundigen. Dit houdt in ieder geval in dat hij:

a. alle gegevens en stukken verstrekt die op zijn verzoek betrekking hebben;
b. Anker machtigt inzage te nemen in de stukken die een externe deskundige over zijn zaak ter beschikking heeft;
c. zich desgevraagd civiele partij stelt in een strafzaak en meewerkt aan het verhalen van gemaakte kosten van rechtsbijstand op derden;
d. alles nagelaten wat de belangen van Anker kan schaden.