Uitspraak Geschillencommissie Kifid nr. 2024-0597

(dr. S.O.H. Bakkerus, voorzitter, mr. A. Boer, J.J. Turkesteen, leden en mr. H.G.M. Spitsbaard, secretaris)

Datum uitspraak	11 juli 2024
Klacht van	Mevrouw [naam 1], verder te noemen consument 1 en de heer [naam 2], verder te noemen consument 2, gezamenlijk te noemen de consumenten
Tegen	Nationale-Nederlanden Schadeverzekering Maatschappij N.V., gevestigd te 's-Gravenhage, 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.
Aard uitspraak	Gedeeltelijk beslissing over de behandelbaarheid en gedeeltelijk niet-bindend advies
Uitkomst	Vordering gedeeltelijk niet behandelbaar en gedeeltelijk afgewezen
Bijlage	Relevante bepalingen uit het Reglement Geschillencommissie Kifid vanaf 1 april 2023 en uit wet- en regelgeving

Samenvatting

Rechtsbijstand: uitvoering van de overeenkomst. De consumenten klagen erover dat de uitvoerder geen deugdelijke rechtsbijstand heeft verleend. De uitvoerder heeft de vordering van hun inmiddels overleden moeder tegen de leverancier van de contactlens, voor het door de moeder opgelopen oogletsel, laten verjaren. De commissie oordeelt dat de uitvoerder zich op het standpunt mag stellen dat de vordering niet is verjaard, zolang daarover in rechte niet anders is beslist. Tegenover de gemotiveerde betwisting van de uitvoerder hebben de consumenten onvoldoende onderbouwd dat zij door toedoen van de uitvoerder in een nadeligere onderhandelings- of bewijspositie zijn komen te verkeren. De vordering van de consumenten in hun hoedanigheid van erfgenaam wordt dan ook afgewezen De vordering van de consumenten die ziet op de door hen ten behoeve van hun moeder gemaakte kosten is niet behandelbaar.

1. Procedure

1.1 De behandelend commissie, verder te noemen de commissie, beslist op basis van het reglement Geschillencommissie Financiële dienstverlening- vanaf 1 april 2022 (hierna: het reglement) en op basis van de door partijen aan Kifid ingestuurde documenten inclusief bijlagen.

Het gaat om: 1) het klachtformulier van de consumenten; 2) de aanvullende stukken van de consumenten; 3) het verweerschrift van de verzekeraar; 4) de repliek van de consumenten en 5) de dupliek van verzekeraar.

1.2 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.

1.3 De consumenten hebben 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 moeder van de consumenten (hierna: de of hun moeder) heeft op 26 juni 2018 een verkeerde contactlens voor haar rechteroog van de leverancier ontvangen. Nadat zij de lens in haar rechteroog had geplaatst, heeft zij problemen gekregen met haar zicht. Het is haar niet gelukt om de lens te verwijderen. Zij is dezelfde dag met consument 1 naar de Spoedeisende Hulp (SEH) gegaan. Daar is het de dienstdoende SEH-arts en de verpleegkundige ook niet gelukt de lens uit haar rechteroog te krijgen. Uiteindelijk heeft een arts-assistent Oogheelkunde uren later de lens uit haar oog kunnen verwijderen. Enkele dagen later heeft de moeder een nieuwe lens van de leverancier ontvangen. Zij bleef klachten houden waaronder problemen met haar zicht dat ernstig beperkt was. Na diverse bezoeken aan de huisarts en het ziekenhuis werd in augustus 2018 een infectie van het hoornvlies vastgesteld.

2.2 De moeder heeft de uitvoerder vervolgens om rechtsbijstand verzocht in verband met het door haar opgelopen oogletsel. Op 8 januari 2020 heeft de uitvoerder de producent van de lens (hierna: de producent) aansprakelijk gesteld op grond van artikel 6:185 BW (product-aansprakelijkheid) voor de door de moeder geleden en nog te lijden schade als gevolg van de verkeerde lens (hierna: de vordering).

2.3 Op 12 augustus 2020 heeft de uitvoerder namens de moeder de leverancier van de lens (hierna: de leverancier) aansprakelijk gesteld op basis van artikel 7:24 BW (consumentenkoop). De uitvoerder heeft ook een deelgeschilprocedure gevoerd tegen de leverancier, zijn aansprakelijkheidsverzekeraar en de producent. In de beschikking van 28 april 2021 heeft de rechtbank in de deelgeschilprocedure onder meer het volgende overwogen:

> *" [naam van de moeder] legt aan haar verzoek voor zover gericht tegen [naam van de leverancier] – samengevat – het volgende ten grondslag. [Naam van de leverancier] heeft aan [naam van de moeder} een lens verkocht en geleverd die niet de eigenschappen bezat die zij daarvan als koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. Ingevolge artikel 7:24 van het Burgerlijk Wetboek (BW) heeft [naam van de moeder] daarom recht op schadevergoeding. Ter zitting heeft [naam van de moeder] hieraan toegevoegd dat [naam van de leverancier] eveneens tekort geschoten is in de nakoming van de verplichtingen jegens [naam van de moeder] op grond van de geneeskundige behandelovereenkomst tussen partijen.*

Daarbij is [naam van de leverancier] volgens [naam van de moeder] ook aansprakelijk voor het handelen van [naam van de producent] als hulppersoon (artikel 6:77 BW). Bovendien heeft [naam van de leverancier] bij de uitvoering gebruik gemaakt van een ongeschikt(e) zaak/hulpmiddel (artikel 6:77 BW), door gebruik te maken van een voor [naam van de moeder] ongeschikte lens. [Naam verzekeraar van de leverancier] is als verzekeraar van [naam van de leverancier] eveneens (hoofdelijk) aansprakelijk voor de schade van [naam van de moeder], aldus [naam van de moeder]"

2.4 De leverancier heeft zich onder andere in de deelgeschilprocedure verweerd met een beroep op verjaring van de vordering van de moeder. In de beschikking van 28 april 2021 heeft de rechter inhoudelijk geoordeeld over de vordering van de moeder maar hij heeft niet geoordeeld over het verjaringsverweer van de leverancier.

2.5 Na een bezoek op 4 juni 2021 van de behandelend advocaat van de uitvoerder aan consument 1 en de moeder heeft hij in een brief van 8 juni 2021 aan hen geschreven:

"Wij hebben de gang van zaken tijdens de zitting nog eens met elkaar doorgenomen. U gaf aan dat de rechter aan partijen de vraag had voorgelegd of de verjaringsverweren nog besproken moesten worden en zo ja, dat we dan snel klaar waren. Daaruit had u afgeleid dat er kennelijk wel sprake was van een succesvol verjaringsverweer. Als dat het geval zou zijn, dan hadden de verwerende partijen uiteraard graag dit onderwerp nader willen bespreken, zodat dan duidelijk zou zijn geworden dat zij verder geen verplichtingen meer hadden ten opzichte van uw moeder. Die advocaten waren ervaren genoeg om zo'n kwestie uit te buiten, zo durf ik wel te stellen."

2.6 De moeder is op [datum] 2021 overleden.

2.7 Sinds april 2022 worden de consumenten bijgestaan door een andere (externe) advocaat. Op 23 juni 2023 heeft deze advocaat de rechtbank verzocht om een voorlopig deskundigenbericht te gelasten. In het verweerschrift in deze procedure heeft de advocaat van de leverancier opnieuw het verweer gevoerd dat de vordering van de consumenten op basis van consumentenkoop is verjaard.

2.8 Op 15 augustus 2023 heeft de uitvoerder aangeboden om het toen nog van het budget resterende bedrag van € 8.700,- aan de consumenten betaalbaar te stellen onder de voorwaarden dat zij na betaling geen aanspraak meer maken op bijstand door of op kosten van de uitvoerder en finale kwijting verlenen. De consumenten hebben dit aanbod niet geaccepteerd.

2.9 Per e-mail van 30 november 2023 heeft de uitvoerder aan de advocaat van de consumenten laten weten dat er bij het bereiken van het kostenmaximum van € 30.000,- geen aanvullende vergoeding wordt verleend voor de kosten van een deskundige. Consument 1 heeft in reactie daarop dezelfde dag in een e-mail aan haar advocaat geschreven:

> *"We zullen de auto, fiets en de scooter, tv, bankstel en al onze inrichting etc alles verkopen. En de werkgever is om een voorschot gevraagd. Zodat we die 5000,- kunnen betalen. Ik kan niet tegen onrecht en zal er dan ook alles aan doen. Dat heb ik mijn moeder ook beloofd."*

De klacht en vordering

2.10 De consumenten klagen bij Kifid over de rechtsbijstand die de uitvoerder aan hun moeder heeft verleend. De consumenten hebben een verklaring van erfrecht overgelegd waaruit blijkt dat zij de enige erfgenamen zijn. Consument 1 heeft een verklaring van consument 2 overgelegd, waaruit blijkt dat consument 1 bevoegd is om consument 2 (haar broer) in deze procedure te vertegenwoordigen.

2.11 Ter onderbouwing van hun klacht voeren de consumenten het volgende aan. De uitvoerder is tekortgeschoten in de verlening van de rechtsbijstand door de vordering op de leverancier te laten verjaren. Voor dit standpunt is steun te vinden in het verweer van de advocaat van de leverancier die zowel in de deelgeschilprocedure als tegen het verzoek om een voorlopig deskundigenbericht, het verweer heeft gevoerd dat de vordering is verjaard door het verstrijken van de in artikel 7:23 lid 2 BW genoemde termijn van twee jaar. Vervolgens heeft de advocaat van de uitvoerder het op de zitting in het deelgeschil over een andere boeg gegooid nadat de rechter ter zitting had gevraagd of de verjaringsverweren nog besproken moesten worden en zo ja, dat we dan snel klaar waren. De consumenten vinden dat de uitvoerder niet zomaar van aansprakelijkheidsgrond had mogen wisselen.

2.12 De uitvoerder ontkent ten onrechte dat de vordering op de leverancier is verjaard, waardoor hun moeder het recht op een goed proces is ontnomen. Door de verjaring van de vordering op basis van consumentenkoop, is de bewijslast die bij de tegenpartij lag, bij hun moeder komen te liggen. Gezien de complexheid van de situatie speelt dit een zeer grote rol. Hun moeder is de kans ontnomen om sneller en rechtvaardiger te procederen. Hun moeder had zelf nog dingen kunnen verklaren. De zaak had dan veel sneller kunnen worden afgerond. Dat de gezondheid van hun moeder direct vanaf het begin en langzaam steeds slechter werd is ook niet juist door de uitvoerder opgepakt. Consument 1 heeft in de diverse e-mails en telefoongesprekken haar zorg uitgesproken en bewijs geleverd zoals getapte telefoongesprekken die de uitvoerder niet wilde gebruiken en daarbij steeds zei: "Dit komt later wel."

2.13 De consumenten zijn ten onrechte klem gezet door de uitvoerder. Het budget waarop zij aanspraak kunnen maken bij de uitvoerder is onvoldoende om de eventuele kosten van een deskundige te betalen. Consument 1 heeft al haar bezittingen die maar iets van waarde hebben verkocht om de eventuele kosten van de deskundige te kunnen betalen. De uitvoerder hoopt nu dat het geld op is en de consumenten niet verder kunnen. De uitvoerder wil zijn verantwoordelijkheid niet nemen om tot een goede en rechtvaardige schikking te kunnen komen. De consumenten hebben hun moeder moeten beloven, dat zij tot het uiterste zullen gaan om recht te doen aan haar eerlijkheid.

Voor haar dood heeft hun moeder aangegeven de laatste 3 jaar geen kwaliteit van leven meer gehad te hebben. Dat de consumenten en hun moeder geen steun kregen van de uitvoerder en dat de uitvoerder nog steeds blijft ontkennen dat zij de vordering hebben laten verjaren doet het meeste zeer. Met dat idee stierf hun moeder en met dat onrecht kunnen de consumenten nog steeds geen normaal leven lijden. Dat de uitvoerder niet eerlijk is en niet wil bekennen, kunnen zij niet begrijpen. Dit drukt elke dag een stempel op hun leven. Aan rouwen komen zij niet eens toe.

2.14 De consumenten vorderen van de uitvoerder vergoeding van de als gevolg van de levering van de verkeerde lens door hun moeder geleden schade en vergoeding van de kosten die zij als gevolg daarvan hebben gemaakt ten behoeve van hun moeder.

Het verweer

2.15 De uitvoerder voert verweer tegen de stellingen van de consument. Voor zover relevant zal de commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

3. De beoordeling

Inleiding

3.1 De commissie zal in deze procedure niet oordelen over de vraag of de vordering van de consumenten op de leverancier verjaard is, omdat de leverancier in deze procedure geen partij is en hij zijn standpunt dus niet kan verdedigen. De commissie kan wel beoordelen of de uitvoerder tekort is geschoten in de uitvoering van de rechtsbijstand door zich op het standpunt te (blijven) stellen dat de vordering niet verjaard is en, als die vordering inderdaad is verjaard, of de moeder schade heeft geleden waarvoor de uitvoerder aansprakelijk is, welke vordering dan door vererving aan de consumenten toekomt. De commissie beantwoordt deze vraag ontkennend en licht dat hierna toe.

De vorderingen tot vergoeding van de kosten is niet behandelbaar

3.2 De commissie kan alleen oordelen over de vordering van de consumenten in hun hoedanigheid van erfgenamen van de vordering tot schadevergoeding van de moeder jegens de uitvoerder. De consumenten hebben geen eigen aanspraak onder de rechtsbijstandverzekering van de moeder. Op grond van het reglement kan de commissie daarom alleen oordelen over de vordering van hun moeder als afnemer van een financiële dienst (de rechtsbijstandverzekering)[1].

[1] Dit volgt uit vraag 1 van het reglement, de tekst van dit artikel is opgenomen in de bijlage bij deze uitspraak.

De vordering tot vergoeding van de door de consumenten ten behoeve van hun moeder gemaakte kosten is niet behandelbaar.

Geen tekortkoming van de uitvoerder

3.3 De rechtbank heeft niet geoordeeld over de aard van de overeenkomst tussen de moeder en de leverancier: een koopovereenkomst of een geneeskundige behandelovereenkomst (7:466 BW). In het verlengde daarvan heeft de rechter evenmin geoordeeld of de verjaringstermijn van artikel 7:23 lid 2 BW, die alleen voor koop geldt, is verstreken. Dat (de advocaat van) de leverancier zich daarop beroept, betekent nog niet dat er vanuit moet worden gegaan dat de vordering ook is verjaard. Het behoort tot de taak van de advocaat van de leverancier om alle mogelijke verweren aan te voeren tegen de vordering van de consument, waaronder dus ook een beroep op verjaring. De uitvoerder heeft dan de taak om te betwisten dat de vordering is verjaard. De commissie stelt vast dat de uitvoerder dit ook heeft gedaan. Anders dan de consumenten stellen, is de uitvoerder ter zitting in het deelgeschil niet gewisseld van rechtsgrond, maar hij heeft een extra rechtsgrond aan de vordering toegevoegd, namelijk de tekortkoming in de nakoming van de geneeskundige behandelovereenkomst. De commissie volgt de uitvoerder in zijn verweer dat de vraag van de rechter in de deelgeschilprocedure of de verjaringsverweren nog moesten worden besproken, met de toevoeging dat ze dan snel klaar zouden zijn, geen steun geeft voor het standpunt van de consumenten dat de vordering op de leverancier is verjaard. De advocaat van de leverancier heeft er toen immers voor gekozen om dit verweer niet verder te willen bespreken en de rechter heeft dit verweer in zijn beschikking vervolgens gepasseerd door daar in de beschikking niet meer op in te gaan. De klacht van de consumenten dat de uitvoerder tijdens de zitting van het deelgeschil van grondslag voor de aansprakelijkheid is gewisseld en dat daaruit kan worden afgeleid dat de vordering is verjaard, is daarom ongegrond.

3.4 De klacht van de consumenten dat de uitvoerder ten onrechte steeds blijft ontkennen dat de vordering is verjaard treft geen doel. De commissie is van oordeel dat de uitvoerder zich op het standpunt mag stellen dat de vordering niet is verjaard. Dat wordt pas anders als de rechter het beroep van de leverancier op verjaring honoreert, hij de vordering van de consumenten om die reden afwijst en die beslissing definitief is geworden.

3.5 De uitvoerder betwist gemotiveerd dat de consumenten door toedoen van de uitvoerder in een nadeligere onderhandelings- of bewijspositie zijn komen te verkeren. Daartoe voert hij aan dat in deze zaak niet ter discussie staat dat sprake is van een lensverwisseling waarvoor de leverancier en/of de producent aansprakelijk is. Volgens de uitvoerder volgt hieruit dat vervolgens zowel bij consumentkoop als bij de geneeskundige behandelovereenkomst de schadevergoeding volgens dezelfde wettelijke regels moet worden vastgesteld. Dit betekent dat de consumenten nog dezelfde bewijspositie hebben als de vordering op grond van consumentenkoop wel is verjaard maar de vordering op grond van de geneeskundige behandelingsovereenkomst niet.

Tegenover deze gemotiveerde betwisting van de uitvoerder hebben de consument onvoldoende onderbouwd dat zij door toedoen van de uitvoerder in een nadeligere onderhandelings- of bewijspositie zijn komen te verkeren. Dit klachtonderdeel is dan ook ongegrond.

3.6 De consumenten hebben onvoldoende onderbouwd dat de procedure door toedoen van de uitvoerder onnodig lang duurt en dat zij hierdoor schade hebben geleden. De commissie volgt de uitvoerder in zijn verweer dat de behandelingsduur van een letselzaak afhankelijk is van externe factoren en dat de consumenten op verschillende momenten de gelegenheid hadden om de zaak te schikken. Het staat de consumenten natuurlijk vrij om de wederpartij voor een hoger bedrag aan te spreken, waarbij de consumenten in overleg met hun advocaat een keuze kunnen maken tussen de kansen op een beter resultaat en de kosten die gemoeid zijn met verder procederen en die hoger kunnen zijn dan het bedrag dat de uitvoerder maximaal vergoedt. De klacht van de consumenten dat zij door de uitvoerder klem zijn gezet door het bereiken van het kostenmaximum is daarom ongegrond.

Slotsom

3.7 Het hiervoor overwogene leidt tot de conclusie dat in deze procedure niet is komen vast te staan dat de uitvoerder in de uitvoering van de rechtsbijstand is tekortgeschoten. De klacht van de consumenten daarover is ongegrond en hun vordering zal worden afgewezen. De vordering van de consumenten van de door hen ten behoeve van de moeder gemaakte kosten is niet behandelbaar.

4. De beslissing

De commissie beslist dat de klacht van de consumenten niet behandelbaar is voor zover die betrekking heeft op de vordering tot vergoeding van de ten behoeve van hun moeder door hen gemaakte kosten. Voor het overige wijst de commissie de vordering af.

Deze uitspraak is gedeeltelijk een beslissing over de behandelbaarheid en gedeeltelijk een niet-bindend advies. Tegen deze uitspraak staat geen beroep open bij de Commissie van Beroep Kifid. U kunt de zaak nog wel aan de rechter voorleggen.

Binnen 2 weken na verzending van de uitspraak kunt u schriftelijk verzoeken een overduidelijke vergissing in de uitspraak zoals een schrijffout, een verkeerde naam/datum of een rekenfout te herstellen. De beslissing in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Ook kunt u binnen 2 weken na verzending van de uitspraak schriftelijk verzoeken de uitspraak aan te vullen als u vindt dat niet op alle onderdelen van uw vordering is beslist. Dit ziet niet op de situatie waarin u meent dat de Geschillencommissie Kifid niet op al uw argumenten is ingegaan. 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.

Contactgegevens Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Telefoonnummer: 070 - 333 8 999
Website: www.kifid.nl

Bijlage - Relevante bepalingen uit het Kifid reglement en uit wetgeving

Reglement Geschillencommissie Kifid vanaf 1 april 2022

1. Waarover kunt u als consument klagen bij Kifid?

Kifid behandelt klachten over financiële diensten waarop Nederlands recht van toepassing is. U moet de financiële dienst als privépersoon afnemen. Met een financiële dienst bedoelen wij:

a. een betaaldienst zoals bedoeld in de Wet op het financieel toezicht. Bijvoorbeeld het overboeken van geld of het betalen met pin;
b. een financiële dienst zoals bedoeld in de Wet op het financieel toezicht. Ook als die wordt verleend met betrekking tot een financieel instrument of een levensverzekering met pensioenclausule. Een financieel instrument is bijvoorbeeld een effect, een recht van deelneming in een beleggingsinstelling, een optie of een rentetermijncontract;
c. een andere financiële dienst waarvoor u en uw financiële dienstverlener hebben afgesproken dat u bij Kifid terecht kunt met klachten.

Burgerlijk Wetboek

Artikel 7:23

1. De koper kan er geen beroep meer op doen dat hetgeen is afgeleverd niet aan de overeenkomst beantwoordt, indien hij de verkoper daarvan niet binnen bekwame tijd nadat hij dit heeft ontdekt of redelijkerwijs had behoren te ontdekken, kennis heeft gegeven. Blijkt echter aan de zaak een eigenschap te ontbreken die deze volgens de verkoper bezat, of heeft de afwijking betrekking op feiten die hij kende of behoorde te kennen doch die hij niet heeft meegedeeld, dan moet de kennisgeving binnen bekwame tijd na de ontdekking geschieden. Bij een consumentenkoop moet de kennisgeving binnen bekwame tijd na de ontdekking geschieden, waarbij een kennisgeving binnen een termijn van twee maanden na de ontdekking tijdig is.
2. Rechtsvorderingen en verweren, gegrond op feiten die de stelling zouden rechtvaardigen dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt, verjaren door verloop van twee jaren na de overeenkomstig het eerste lid gedane kennisgeving. Doch de koper behoudt de bevoegdheid om aan een vordering tot betaling van de prijs zijn recht op vermindering daarvan of op schadevergoeding tegen te werpen.
3. De termijn loopt niet zolang de koper zijn rechten niet kan uitoefenen als gevolg van opzet van de verkoper.

Artikel 7:24

1. Indien op grond van een consumentenkoop een zaak is afgeleverd die niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten, heeft de koper jegens de verkoper recht op schadevergoeding overeenkomstig de afdelingen 9 en 10 van titel 1 van Boek 6.

2. Bestaat de tekortkoming in een gebrek als bedoeld in afdeling 3 van titel 3 van Boek 6, dan is de verkoper niet aansprakelijk voor schade als in die afdeling bedoeld, tenzij
   a. hij het gebrek kende of behoorde te kennen,
   b. hij de afwezigheid van het gebrek heeft toegezegd of
   c. het betreft zaakschade terzake waarvan krachtens afdeling 3 van titel 3 van Boek 6 geen recht op vergoeding bestaat op grond van de in die afdeling geregelde franchise, onverminderd zijn verweren krachtens de afdelingen 9 en 10 van titel 1 van Boek 6.
3. Indien de verkoper de schade van de koper vergoedt krachtens lid 2 onder *a* of *b*, is de koper verplicht zijn rechten uit afdeling 3 van titel 3 van Boek 6 aan de verkoper over te dragen.

Artikel 7:446

1. De overeenkomst inzake geneeskundige behandeling - in deze afdeling verder aangeduid als de behandelingsovereenkomst - is de overeenkomst waarbij een natuurlijke persoon of een rechtspersoon, de hulpverlener, zich in de uitoefening van een geneeskundig beroep of bedrijf tegenover een ander, de opdrachtgever, verbindt tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst, rechtstreeks betrekking hebbende op de persoon van de opdrachtgever of van een bepaalde derde. Degene op wiens persoon de handelingen rechtstreeks betrekking hebben wordt verder aangeduid als de patiënt.