Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 18 d.d. 1 september 2008
(mr. M.M. Mendel, voorzitter, mr. E.M. Dil - Stork en mr. P.A. Offers)

1. Procedure

De Commissie beslist met inachtneming van haar Reglement en op basis van de volgende stukken:
- de door partijen met de Commissie, de Raad van Toezicht Verzekeringen, de Ombudsman Verzekeringen en de Ombudsman Financiële Dienstverlening gevoerde correspondentie;
- de klacht van 5 oktober 2007;
- de aanvulling op de klacht van 5 november 2007;
- het antwoord van Aangeslotene van 19 december 2007;
- de repliek van Consument van 14 februari 2008;
- de dupliek van Aangeslotene van 12 maart 2008;
- de pleitnotitie van Consument, ingediend tijdens de nader te noemen zitting van 16 juni 2008.

De Commissie heeft vastgesteld dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft geleid.
De Commissie heeft voorts vastgesteld dat beide partijen het advies als bindend zullen aanvaarden.
De Commissie heeft partijen opgeroepen voor een mondelinge behandeling te Den Haag op maandag 16 juni 2008. Partijen zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:
2.1. Consument heeft bij Aangeslotene een rechtsbijstandverzekering afgesloten en heeft hem om rechtsbijstand gevraagd ter zake van een aanrijding op 18 februari 2006. Aangeslotene heeft op 17 mei 2006 aan de assurantieadviseur van Consument bericht dat een verhaalsactie op de wederpartij bij de aanrijding geen redelijke kans van slagen heeft. Nadat Consument via zijn raadsman op 3 januari 2007 aan Aangeslotene had bericht het met deze zienswijze niet eens te zijn, heeft Aangeslotene toepassing gegeven aan de in de polis opgenomen geschillenregeling en heeft een in dat kader geschakelde, door Consument gekozen advocaat geadviseerd de wederpartij bij de aanrijding te dagvaarden. Vervolgens heeft Aangeslotene aan Consument bericht conform het advies van de advocaat tot dagvaarding van de wederpartij te zullen overgaan.
Artikel 10 van de op het onderhavige geval van toepassing zijnde algemene polisvoorwaarden van rechtsbijstandverzekering bepaalt:
'De geschillenregeling
1. Als de verzekerde het oneens blijft met het oordeel van X over de regeling van het geschil waarvoor hij beroep op de verzekering heeft gedaan, dan kan hij X schriftelijk verzoeken dit meningsverschil voor te leggen aan een advocaat naar zijn keuze uit een lijst van advocaten, die X op verzoek aan hem verstrekt. Deze advocaten zijn niet in loondienst van X.

2. X legt dan dit meningsverschil, met alle relevante stukken, voor aan de gekozen advocaat en verzoekt hem zijn oordeel te geven. Desgewenst verwoordt de verzekerde ook zelf nog eens het meningsverschil.
Het oordeel van de advocaat is bindend voor X. (…)
3. De verlening van rechtsbijstand wordt door X voortgezet in overeenstemming met het oordeel van de advocaat, tenzij de verzekerde op dat moment te kennen geeft dat hij gebruik wil maken van het bepaalde in lid 5 van dit artikel.
4. (…)
5. Als verzekerde zich niet met het oordeel van de advocaat kan verenigen, kan hij de zaaksbehandeling voor eigen rekening en risico voortzetten.
Wordt hij daardoor alsnog geheel of gedeeltelijk in het gelijk gesteld, dan betaalt X alsnog de redelijk gemaakte kosten van rechtsbijstand (…).
6. Deze geschillenregeling is niet van toepassing op een meningsverschil over de regeling van het geschil tussen de verzekerde en een advocaat of een door X ingeschakelde externe deskundige.'

3 Geschil

3.1. Consument vordert:
a. verklaring voor recht dat artikel 10 lid 1 en lid 3 van de Algemene polisvoorwaarden nietig zijn;
b. veroordeling van Aangeslotene de verdere behandeling van de zaak op diens kosten uit te besteden aan een advocaat naar keuze van Consument;
c. verklaring voor recht dat zijn kosten van de juridische bijstand tegen Aangeslotene zullen worden vergoed vanaf 17 mei 2006 althans 23 juli 2007 (datum intreden verzuim) t/m datum uitspraak;
d. (subsidiair) veroordeling van Aangeslotene in de kosten van dit geding.
e. toepassing van artikel 24.3 van het Reglement door de Voorzitter van de Commissie.
3.2. Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen.
Door het advies van de advocaat in het kader van de geschillenregeling staat bindend vast dat Aangeslotene Consument op 17 mei 2006 onjuist heeft geadviseerd en dus ten onrechte de rechtsbijstand heeft beëindigd. Aldus staat bindend vast dat hij toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen uit de verzekeringsovereenkomst. Hij verkeert aldus volgens artikel 6:83 sub c BW sindsdien in verzuim en is aansprakelijk voor de schade als gevolg daarvan.
De geschillenregeling in de polis is in strijd met de wet (met name de artikelen 4:68 en 4:69 WFT) en met normen uit de rechtspraktijk. De regeling geldt als 'de verzekerde het oneens blijft', in plaats dat het wettelijk voorschrift gevolgd wordt de verzekerde op de geschillenregeling te wijzen 'telkens wanneer zich een belangenconflict voordoet of er een verschil van mening bestaat'. Bovendien zou Aangeslotene dan in een volgens hem kansloze zaak toch een procedure entameren. Een verzekerde zal daar geen vertrouwen in hebben. Daaraan doet niet af dat een andere behandelaar bij Aangeslotene de zaak overneemt.
Artikel 10 lid 1 voorziet in geschilbeslechting door een advocaat die door Aangeslotene is geselecteerd in een door hem zelf opgestelde lijst van advocaten. Dit duidt op een

allesbehalve objectieve geschillenbeslechting, die in strijd is met artikel 4:68 WFT en artikel 6:236 sub n BW. Consument verzoekt de Commissie ex artikel 6:236 BW de nietigheid van het beding uit te spreken. Het adviseren om met een met hem samenwerkende advocaat in zee te gaan, behoort Aangeslotene achterwege te laten. Artikel 10 lid 3 is onredelijk bezwarend als bedoeld in artikel 6:233 sub a BW.
Nadat Consument had gevraagd om een eigen advocaat heeft Aangeslotene de dossierbehandeling stilgelegd en is ook daardoor in verzuim. Consument zal te allen tijde meewerken aan de rechtsbijstandverlening door Aangeslotene in de aanrijdingskwestie.
Als de Commissie Consument in het gelijk stelt ter zake van een van zijn klachten, dan heeft deze recht op dekking van diens kosten van rechtsbijstand vanaf het intreden van het verzuim tot de uitspraak. Dit recht spruit voort uit artikel 8 sub d van de Algemene polisvoorwaarden en deze kosten dienen derhalve integraal door Aangeslotene te worden vergoed op gelijke voet als artikel 6 ervan (zoals hij advocaatkosten zou vergoeden).
3.3 Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren aangevoerd.
In de kern betreft de klacht dat Aangeslotene na uitvoering van de geschillenregeling zelf de dossierbehandeling voortzet.
Geen sprake is van strijdigheid met de artikelen 4:68 en 4:69 WFT. Het doel van de in artikel 4:68 voorgeschreven geschillenregeling is het bieden van een objectieve procedure indien verschil van mening bestaat met de verzekerde over de regeling van het geschil waarvoor een beroep op de rechtsbijstandverzekering is gedaan. Die procedure leidt tot een bindend oordeel over de verdere gedragslijn.
Sinds Uitspraak Nr. 2005/006 Rbs van de Raad van Toezicht Verzekeringen vat Aangeslotene onder 'lijst van advocaten' in artikel 10 lid 1 alle in Nederland gevestigde en werkzame advocaten. Aangeslotene heeft Consument verzocht een advocaat te noemen en heeft die keuze voetstoots gevolgd. Een advies dienaangaande heeft Aangeslotene hem niet verstrekt. De opmerkingen omtrent vernietigbaarheid van artikel 10 lid 1 zijn niet meer relevant. Artikel 10 is inmiddels gewijzigd. Slechts de rechter kan een polisbepaling vernietigen.
Gehandeld is conform artikel 10. Het eerste signaal dat Consument zich niet kon vinden in het oordeel van Aangeslotene is opgevat als een verzoek om toepassing van de geschillenregeling. De in dat kader conform het verzoek van Consument ingeschakelde advocaat deelde de twijfels van Aangeslotene, maar adviseerde te dagvaarden. Daarmee was er een bindend oordeel over de te volgen gedragslijn.
Direct na ontvangst van het advies berichtte een andere medewerker van Aangeslotene dat conform het advies een dagvaarding zou worden geconcipieerd. Volgens Consument is Aangeslotene echter verplicht de zaak uit te besteden aan een advocaat.
Dit standpunt vindt geen steun in de wet of in de polisbepaling. Doel van de geschillenregeling is een uitweg te bieden bij een meningsverschil tussen de rechtsbijstandverzekeraar en de verzekerde. Zodra het scheidsrechterlijk oordeel van de advocaat er is, is het meningsverschil uit de wereld en kan de dossierbehandeling, mits conform het advies, worden voortgezet. Niets verzet zich ertegen dat dit intern geschiedt, tenzij directe rechtsmaatregelen vereist zijn en het procesmonopolie geldt.

Denkbaar is dat een verzekerde onvoldoende vertrouwen heeft in voortzetting van de behandeling door de oorspronkelijke medewerker. Of dat bij Consument speelt, is niet te beoordelen.
De rechtsbijstand is niet beëindigd. Aangeslotene gaf slechts zijn oordeel over de haalbaarheid. Toen Consument kenbaar maakte dat hij het met dit oordeel niet eens was, heeft Aangeslotene direct de behandeling voortgezet door de geschillenregeling te activeren. Na de brief van 23 mei 2007 van de gemachtigde van Consument kon Aangeslotene slechts een afwachtende houding aannemen. Op de aangekondigde conceptdagvaarding werd immers geen prijs gesteld. Verder handelen werd door Consument onmogelijk gemaakt.
Consument meent dat een rechtsbijstandverzekeraar ex artikel 6:83 sub c BW in verzuim is zodra een haalbaarheidsoordeel later in het kader van de geschillenregeling geheel of gedeeltelijk met succes wordt gewraakt. Het is echter maar de vraag of het oordeel van een geschillenregelingadvocaat juist is. Voorts leidt een haalbaarheidsoordeel ook niet tot een tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen uit de verzekeringsovereenkomst. Er is immers slechts discussie over de vraag of een en zo ja welke juridische weg moet worden bewandeld. De wet houdt rekening met dergelijke situaties. In artikel 4:68 WFT is de geschillenregeling vastgelegd.
Uitgangspunt van artikel 8 sub d van de Algemene polisvoorwaarden is dat Aangeslotene geen rechtsbijstand verleent tegen zichzelf. Hij verkeert niet in verzuim. Voor inschakeling van de belangenbehartiger door Consument bestond geen grond. Ook zonder belangenbehartiger was de geschillenregeling uitgevoerd en had Aangeslotene conform het advies direct voorgesteld rechtsmaatregelen te treffen. Als het aan hem had gelegen, was de dagvaarding uitgebracht en was de zaak mogelijk al afgewikkeld. Het staat een verzekerde vrij om klacht(en) aan Kifid voor te leggen. Aangeslotene is echter niet verantwoordelijk voor de daaruit voortvloeiende kosten. Inschakeling van een gemachtigde bij Kifid is niet vereist. Artikel 8 sub d kent enkel een verplichting tot kostenvergoeding als verzekerde in een onherroepelijk vonnis in het gelijk wordt gesteld. Kennelijk wil Consument alsnog meewerken aan de rechtsbijstandverlening door Aangeslotene. Deze zal de zaaksbehandeling voortzetten na ontvangst van een schriftelijke bevestiging door Consument dat hij verdere rechtsbijstand wil.

4. Zitting

4.1. Ter zitting hebben Consument en Aangeslotene hun standpunten nader toegelicht. Consument heeft in aanvulling op het reeds gevorderde en onder verwijzing naar artikel 4:67 WFT, de Commissie verzocht te bepalen dat hij het recht heeft een advocaat naar eigen keuze aan te wijzen die de dagvaardingsprocedure in gang zal zetten. Voorts heeft hij verzocht om een verklaring voor recht dat hij recht heeft op vergoeding op grond van artikel 8 sub d van de Algemene polisvoorwaarden van de redelijk gemaakte kosten van rechtsbijstand.

5. Beoordeling

5.1. De Commissie ziet geen aanleiding tot het oordeel dat Aangeslotene in dit geval heeft gehandeld in strijd met het bepaalde in de artikelen 4:67 t/m 69 WFT.

5.2. Artikel 4:67 heeft blijkens de wetsgeschiedenis en het dienovereenkomstig bepaalde in de Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 22 juni 1987 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de rechtsbijstandverzekering (87/344/EEG) geen betrekking op een geval als het onderhavige.
5.3. Aangeslotene heeft verklaard dat hij na Uitspraak Nr. 2005/006 Rbs van de Raad van Toezicht Verzekeringen onder 'lijst van advocaten' in het toen nog geldende artikel 10.1 van de Algemene polisvoorwaarden verstaat alle in Nederland gevestigde en werkzame advocaten. Daarmee stemt overeen dat hij aan Consument heeft gevraagd een advocaat aan te wijzen die in het kader van de geschillenregeling advies zou uitbrengen. In zoverre heeft Aangeslotene een toepassing gegeven aan artikel 10.1 die in overeenstemming is met artikel 4:68 WFT. Voorts gaat het in kwesties als de onderhavige – een geschil omtrent de aanpak van de zaak – niet om een geschil als bedoeld in artikel 6:236 sub n BW. Een geschillenregeling als de onderhavige, gericht op het verkrijgen van een bindend advies met betrekking tot de kansrijkheid van een zaak, is niet het type geschil waarop artikel 236 sub n BW betrekking heeft. Een gang naar de burgerlijke rechter wordt bovendien niet uitgesloten. De onderhavige geschillenregeling is een uitvloeisel van de verplichting neergelegd in artikel 4:68 WFT. Deze regeling beperkt geen rechten maar biedt de verzekerde een extra waarborg.
5.4. Aangeslotene kon voorts, nadat de door Consument aangezochte advocaat advies had uitgebracht, aan Consument berichten dat hij op grond van artikel 10.3 van de Algemene polisvoorwaarden conform dat advies tot dagvaarding van de wederpartij zal overgaan. Artikel 4:68 WFT noch enig ander wetsartikel verbiedt dat de behandelaar van Aangeslotene die eerder had geoordeeld dat een verhaalsactie van Consument geen kans van slagen had, de behandeling voortzet, maar nu met inachtneming van het advies van de advocaat. Te minder is sprake van strijd met enig wetsartikel nu Aangeslotene de behandeling in handen van een andere behandelaar heeft gegeven. De Commissie acht daarom hetgeen is bepaald in artikel 10.3 niet onredelijk bezwarend als bedoeld in artikel 6:233 a BW, zoals Consument heeft betoogd.
5.5. Aangeslotene is niet in verzuim ter zake van de uitvoering van de door Consument gesloten rechtsbijstandverzekering. Aangeslotene heeft immers direct toepassing gegeven aan de geschillenregeling en heeft zich vervolgens bereid verklaard conform het in dat kader door de advocaat uitgebrachte advies de zaak verder te behandelen.
5.6. Het hierboven onder 3.1 onder a en b gevorderde kan derhalve niet worden toegewezen. Dat lot treft ook het onder c en d gevorderde.
5.8. Het bovenstaande leidt evenmin tot het oordeel dat het handelen van Aangeslotene strijdig zou kunnen zijn met tuchtrechtelijke bepalingen die voor Aangeslotene gelden, zodat voor toepassing van artikel 24.3 van het Reglement geen aanleiding bestaat.

6. Beslissing

De Commissie wijst, bij wijze van bindend advies, de klacht af.