

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2018-407
(mr. dr. S.O.H. Bakkerus, voorzitter en mr. D.B. Holthinrichs, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 11 april 2017
Ingediend door : Consument
Tegen : Achmea Schadeverzekeringen N.V., gevestigd te Apeldoorn, verder te noemen
Verzekeraar, die de uitvoering van de verzekerde rechtsbijstand heeft overgedragen aan
Stichting Achmea Rechtsbijstand, gevestigd te Tilburg, verder te noemen
Rechtsbijstanduitvoerder
Datum uitspraak : 10 juli 2018
Aard uitspraak : Bindend advies

Samenvatting

Rechtsbijstandverzekering. Consument heeft een beroep op haar rechtsbijstandverzekering gedaan inzake een geschil met haar burens. Zij verlangde dat haar burens werden gedwongen om het roken in hun tuin, onder een overkapping grenzend aan de woning van Consument, te staken. Rechtsbijstanduitvoerder heeft de geschillenregeling in werking gesteld na verschil van inzicht over de haalbaarheid van deze vordering. De advocaat die in de geschillenregeling adviseerde heeft aanvullend deskundigenonderzoek voorgesteld. Consument weigerde conform de verzekeringsvoorwaarden de kosten daarvan voor te schieten aangezien zij dit onderzoek niet noodzakelijk acht. De Commissie oordeelt dat Rechtsbijstanduitvoerder op correcte wijze uitvoering heeft gegeven aan de geschillenregeling. De vordering wordt afgewezen.

I. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar Reglement en op basis van de volgende stukken:

- de klachtbrief van Consument met bijlagen;
- het verweerschrift van Rechtsbijstanduitvoerder;
- de repliek van Consument en de aanvulling daarop;
- de dupliek van Rechtsbijstanduitvoerder;
- het bericht van Consument dat zij kiest voor bindend advies.

De Commissie stelt vast dat partijen hebben gekozen voor bindend advies.

De Commissie stelt vast dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak kan daarom op grond van de stukken worden beslist.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

2.1. Consument heeft sinds 2001 een rechtsbijstandverzekering (hierna: 'Verzekering') bij Verzekeraar waarvan de uitvoering in handen is gegeven van Rechtsbijstanduitvoerder. Op de Verzekering zijn de voorwaarden 'CNV Gezinsrechtshulpverzekering' (hierna: 'Verzekeringsvoorwaarden') van toepassing, waarin – voor zover relevant – is bepaald:

"11. Wat doet Achmea Rechtsbijstand als u een conflict meldt?

(...)

Achmea Rechtsbijstand kan vragen om een rapport van een expert

Soms hebben we meer bewijs nodig in uw zaak. Bijvoorbeeld als het niet helemaal duidelijk is hoe de schade veroorzaakt is, en door wie. Of hoe groot de schade is.

Achmea Rechtsbijstand heeft dan een rapport van een expert nodig. U moet ervoor zorgen dat dit rapport gemaakt wordt. Achmea Rechtsbijstand overlegt met u welke expert dit gaat doen. Als uit het rapport blijkt dat u voldoende bewijs heeft voor uw conflict, vergoedt Achmea Rechtsbijstand alsnog de kosten van de expert.

Soms vindt Achmea Rechtsbijstand het beter om het rapport te laten maken door een expert die de rechter kiest. Achmea Rechtsbijstand zal dit dan met u bespreken.

(...)

12. Heeft u een conflict over de juridische hulp die u krijgt? (Geschillenregeling)

Bent u het niet eens met de juridische acties van de medewerkers van Achmea

Rechtsbijstand of van de advocaat die Achmea Rechtsbijstand gekozen heeft (de

netwerkadvoocaat)? Of bent u het niet eens met de juridische acties van een andere

juridisch deskundige die Achmea Rechtsbijstand heeft gekozen? Of met de beoordeling van deze personen van uw kans op succes? En krijgt u hierover een conflict?

Dan geldt de geschillenregeling. U kunt dan een advocaat kiezen die als scheiderechter optreedt. Achmea Rechtsbijstand benoemt deze advocaat en vraagt hem hoe het conflict tussen u en de tegenpartij moet worden opgelost. De advocaat moet dit schrijven in een rapport aan u en Achmea Rechtsbijstand. In dit rapport moet ook staan waarom Achmea Rechtsbijstand het conflict zo moet oplossen. Achmea Rechtsbijstand vergoedt de kosten van deze advocaat.

Vindt de advocaat iets anders dan Achmea Rechtsbijstand of dan de advocaat of juridisch deskundige die u eerder geholpen heeft? Dan moet Achmea Rechtsbijstand doen wat de advocaat in zijn rapport schrijft. Achmea Rechtsbijstand kan ook aan u voorstellen dat een andere advocaat u verder juridische hulp geeft, in plaats van Achmea Rechtsbijstand. Als Achmea Rechtsbijstand dat tegen u zegt, kunt u zelf een advocaat kiezen. Deze advocaat moet een onafhankelijk advies geven. Dit kan daarom nooit de advocaat zijn die optrad als scheiderechter. En ook niet iemand die werkt op het kantoor van de advocaat die optrad als scheiderechter. Vindt de advocaat hetzelfde als Achmea Rechtsbijstand of als de advocaat of expert die u eerder geholpen heeft? En u bent het hiermee niet eens? Dan kunt u zelf verder gaan met uw zaak. U kunt dan zelf een advocaat kiezen die u hierbij helpt.

Let op: u moet deze advocaat zelf betalen. Als u geen succes heeft met uw zaak,

vergoedt Achmea Rechtsbijstand niets van de kosten van deze advocaat. Heeft u wel succes met uw zaak? Dan vergoedt Achmea Rechtsbijstand de kosten van deze advocaat wel. Maar Achmea Rechtsbijstand vergoedt alleen wat redelijk is, bijvoorbeeld wat een advocaat in dit soort situaties meestal kost. En Achmea Rechtsbijstand vergoedt niet méér dan € 8.000, -. Achmea Rechtsbijstand bepaalt of zij het resultaat van uw zaak ziet als een succes, of niet.”

- 2.2. Op 2 december 2015 heeft Consument bij Rechtsbijstanduitvoerder een verzoek om rechtsbijstand gedaan in verband met een geschil met haar voormalige burens (hierna: ‘Burens’). Zij gaf daarbij aan medische klachten te hebben omdat de Burens rookten onder de overkapping in hun tuin welke grenst aan haar vorige woning.
- 2.3. Op 9 december 2015 heeft een jurist van Rechtsbijstanduitvoerder (hierna: ‘Jurist’) contact opgenomen met Consument en het dossier besproken. Tevens heeft hij vermeld het dossier nader op haalbaarheid te onderzoeken. Op 15 februari 2016 heeft de Jurist nadere informatie opgevraagd, die Consument op 12 mei 2016 heeft aangeleverd. Op 14 juni 2016 heeft de Jurist een haalbaarheidsadvies gegeven in het dossier, dat – voor zover relevant – als volgt luidt:

Wat is uw situatie en wat wilt u bereiken?

Uw burens roken regelmatig in hun eigen tuin en op hun terras. U ondervindt hiervan overlast in de vorm van rook die uw woning binnendringt. U wilt dat hier een einde aan komt en dat het uw burens verboden wordt om in hun tuin te roken.

Wat is uw juridische positie en de kans van slagen?

Vooropstaat dat uw burens het recht hebben om in hun eigen tuin een sigaret te roken. Er is geen wet die dat verbiedt. Alleen als dat roken zodanige vormen aanneemt dat het ten opzichte van u onrechtmatig wordt, is het mogelijk om daartegen juridische actie te ondernemen.

Helaas betekent het feit dat u gezondheidsproblemen heeft door rook die uw woning binnenkomt, nog niet dat uw burens ten opzichte van u onrechtmatig handelen. Daarvoor is meer nodig.

Op de eerste plaats is het belangrijk om precies de tijdstippen, frequentie en duur in kaart te brengen van de keren dat uw burens roken.

Daarnaast moeten we aantonen dat er rooklucht uw woning binnenkomt en dat die rooklucht afkomstig is van uw burens. U geeft namelijk aan dat ook als alle (ventilatie)openingen in uw woning dicht zijn, er toch een rooklucht in uw woning hangt.

Een andere belangrijk aspect in deze zaak betreft uw gezondheidssituatie. Voor de vraag of er sprake is van onrechtmatig handelen door uw burens kijkt de rechter alleen naar objectieve feiten en omstandigheden. Aangetoond moet worden dat de overlast, objectief bezien, onrechtmatig is. Het feit dat u astma heeft, hoe vervelend dit uiteraard voor u ook is, blijft daarbij in principe buiten beschouwing.

Pas als we over deze feiten en omstandigheden duidelijkheid hebben kan ik voor u nagaan of er een redelijke kans bestaat om met succes uw burens aan te spreken op hun rookgedrag.

Dit is mijn voorstel voor het plan van aanpak

Het is belangrijk dat u gedurende tenminste enkele weken een zo gedetailleerd mogelijk logboek bijhoudt. Daarin geeft u aan op welke dagen en tijdstippen uw burens buiten roken en hoe lang zij dat steeds doen.

Daarnaast heb ik u geadviseerd om een bouwkundige onderzoek te laten doen naar de mogelijkheid dat er rooklucht uw huis binnen komt en dat die rook ook daadwerkelijk van uw burens afkomstig is. U kunt aan die deskundige eventueel ook het resultaat van de metingen voorleggen die u hebt uitgevoerd.

Uitdrukkelijk merk ik hierbij op dat ook als door een expert wordt vastgesteld dat er rook van uw burens uw woning binnenkomt daarmee nog niet vaststaat dat wat uw burens doen onrechtmatig is. Aan de subjectieve aspecten van uw gezondheidsproblemen kan namelijk geen overwegende betekenis toegekend worden.

Hoe verloopt de procedure verder?

De kosten van de bouwkundig expert komen in eerste instantie voor uw rekening. Maar blijkt dat de conclusies van het rapport voldoende mogelijkheden bieden om uw burens te verbieden nog langer in hun tuin te roken, dan vergoeden wij de kosten van de expert aan u.

U geeft dus zelf opdracht aan een expert. Mocht u de naam van een expert willen hebben die u kunt inschakelen, laat u mij dat dan gerust weten. Ik zoek die dan voor u op.

- 2.4. Consument heeft gemeld het niet eens te zijn met het door de Jurist geschetste plan van aanpak. Rechtsbijstanduitvoerder heeft daarop de geschillenregeling van artikel 12 van de Verzekeringsvoorwaarden (hierna: 'Geschillenregeling') in werking gesteld, waarbij Consument in de gelegenheid is gesteld een advocaat te kiezen die een bindend advies uit zou brengen.

De door Consument gekozen advocaat heeft vervolgens op 14 oktober 2016 advies uitgebracht over de haalbaarheid en de koers van het dossier, dat – voor zover relevant – luidt:

Mijn Juridisch advies:

Ik ga voorbij aan eventuele bouwkundige aspecten van de zaak; dat is niet mijn opdracht en niet mijn deskundigheid.

Wel verbaast mij enigszins het advies van de heer [REDACTED] waarin hij adviseert een bouwkundige onderzoek te laten doen naar de mogelijkheid dat rooklucht het huis binnen komt. Ik meen dat inderdaad onderzoek door een deskundige gewenst is, zo niet in verband met bewijsrechtelijke aspecten vereist, maar dan niet door een bouwkundige maar door een deskundige op het gebied van luchtmetingen en luchtstromingen. Men zou kunnen denken aan streaming.nl. Die firma dicht zich op haar website de nodige deskundigheid toe die naar ik meen nodig en geschikt is voor de kwestie als de onderhavige.

Onrechtmatigheid?

Naar de heer [REDACTED] met mijn instemming schrijft is een ieder vrij om in zijn eigen tuin te roken. Die vrijheid vindt evenwel zijn beperking daar waar onrechtmatige hinder wordt veroorzaakt aan In kwestie mevrouw [REDACTED]. Indien een deskundige niet kan vaststellen - de te bewijzen feiten zijn inderdaad essentieel - dat rooklucht haar tuin en woning binnen dringt, zal een

procedure tegen de buren geen kans van slagen hebben. Mevrouw [REDACTED] meent dat als onderstaand te kunnen bewijzen.

Mevrouw [REDACTED] heeft in haar achterkamer een elektronische fijnstofmeter staan die gelijkt/gecertificeerd is en constateert dat afhankelijk van de aanwezigheid of afwezigheid van haar buren het fijnstofgehalte in haar woning redelijk normaal is tot extreem hoog. Zij wijt dat aan het rookgedrag van haar buren (een logische gedachte) maar bewijs is er (nog) niet. De stelling dat de fijnstof niet ergens anders vandaan kan komen dan van het rookgedrag van haar buren is evenmin bewijs. Het is dus inderdaad essentieel dat er door een deskundige onderzoek plaats vindt om te bezien of de hoge fijnstofmetingen afkomstig zijn van rookgedrag in de aanpalende tuin.

Zo dat het geval is heeft mevrouw [REDACTED] mogelijk een case. Ik zeg mogelijk omdat bij het onderzoek niet gebleken is dat over een dergelijke kwestie ooit is geprocedeerd. Er zijn wel de nodige forums en blogs waar de kwestie wordt besproken; er wordt in den lande veel geklaagd over het rookgedrag van buren; rechtelijke uitspraken over "roken door de buren" ontbreken. Voor zover die er zijn gaan die overigens niet over roken maar over houtkachels en stranden die procedures veelal wanneer de Rechtbank geen rookluchten waarneemt; ergo: bij gebrek aan bewijs zodat er geen inhoudelijk oordeel van rechters bekend is.

Indien (bij een bepaalde windrichting) wèl kan worden geconstateerd dat rook van de buren de woning van mevrouw [REDACTED] binnen dringt is er in beginsel sprake van hinder als bedoeld in art. 37 BW. Evenwel is niet iedere hinder in het teven ook een onrechtmatige hinder. Die onrechtmatigheid is nodig om een zaak tegen de buren met succes te kunnen voeren.

Zoals uit de medische stukken blijkt is mevrouw [REDACTED] hyper sensitief waar het gaat om stoffen in haar luchtwegen. Ik ga er in dit stadium vanuit dat ook rookstoffen een zeer nadelige invloed hebben op haar gezondheid en dat zij met reële klachten kampt.

Ik heb ook reden te veronderstellen dat de hinder die zij ondervindt aanmerkelijk ernstiger is dan de hinder die een persoon in haar situatie zou ondervinden zonder die medische status.

Ik bedoel te zeggen dat het zeer reëel is te veronderstellen dat mevrouw [REDACTED] gezien haar medische situatie, zeer ernstige hinder ondervindt van het rookgedrag van de buren, waar mogelijk personen zonder die medische situatie, die hinder niet of nauwelijks zouden ondervinden.

Hinder wordt in de rechtspraak onrechtmatig wanneer deze, aan objectieve maatstaven getoetst, tot hinder leidt. Met andere woorden: de hinder moet in beginsel door een ieder als overmatige hinder worden ervaren. De toetsing vindt niet plaats op basis van de subjectieve beleving van overlast; die verschilt van persoon tot persoon en is volgens de vaste rechtspraak daarom niet bruikbaar als maatstaf voor de onrechtmatigheid.

Wat mij betreft is de kern van de zaak of gezegd zou kunnen worden dat mevrouw [REDACTED] die gezien haar medische situatie niet te zien is als "iedere andere persoon", daarmee toch, naar objectieve maatstaven, vergeleken zou moeten worden.

Het komt mij voor dat, zodra bewijs van de hinder voorhanden is, gezegd zou kunnen worden dat in het geval van mevrouw [REDACTED] getoetst zou moeten worden aan op mevrouw [REDACTED] toegespitste maatstaven. De maatstaf is dan of een persoon, met de lichamelijke klachten als die zich bij mevrouw [REDACTED] voordoen, de hinder die zich voordoet op objectieve gronden ervaart in onaanvaardbare mate; met andere woorden: mevrouw [REDACTED] te vergelijken met personen die dezelfde lichamelijke klachten hebben.

Kortweg gezegd komt dat, wat mij betreft, neer op medische rapportage waarbij een deskundige de vraag voorgelegd zou moeten worden of de vast te stellen rook, die bewijsbaar afkomstig zou zijn van de burens, bij haar tot zodanige klachten leidt dat sprake is van onrechtmatige hinder. Daarbij zou vastgesteld moeten worden of er inderdaad, in het subjectieve geval van mevrouw [REDACTED], in objectieve zin hinder en schade voor haar gezondheid optreedt.

Het dan toch blijven volharden in het rookgedrag door de burens, die weten van de problematiek, zou dan onrechtmatig kunnen zijn.

Er zou dan een procedure opgestart kunnen worden om de burens te verbieden in hun tuin te (doen) roken.

Evenwel: alles staat of valt met het bewijs van binnendringende rook van de burens.

Aldus mijn advies.

2.5. Rechtsbijstanduitvoerder heeft met verwijzing naar dit bindend advies aangegeven dat expertiseonderzoek noodzakelijk was en dat Consument op grond van de Verzekeringsvoorwaarden gehouden is om de kosten daarvan te betalen, tenzij uit onderzoek zou blijken dat het benodigde bewijs kan worden geleverd. Consument is daarmee niet akkoord gegaan en heeft een klacht ingediend bij Kifid.

2.6. Tijdens de procedure heeft Consument haar huis verkocht en is zij verhuisd.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

3.1. Consument vordert, na wijziging van haar eis, schadevergoeding ter hoogte van € 64.3215,- P.M. Deze schade is als volgt opgebouwd en berekend vanaf januari 2016:

- Materiële letselschade: € 20.000,-
- Immateriële letselschade: € 15000,-
- Gederfd woongenot: € 22.000,-
- Kosten inrichting nieuwe woning: P.M.
- Kosten inrichting tuin nieuwe woning: P.M.
- Kosten verkoopmakelaar: € 3,195,-
- Kosten aankoopmakelaar: P.M.
- Kosten rechtsbijstand advocaat: P.M.
- Overdrachtsbelasting aankoop andere woning: P.M.
- Kosten notaris voor aankoop nieuwe woning: P.M.
- Kosten ingeschakeld verhuisbedrijf: P.M.
- Kosten opslag inboedel in twee containers: P.M
- Werkelijke reiskosten Den Ham-Hengelo: € 1.120,-

Grondslagen en argumenten daarvoor

3.2. Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag.

Rechtsbijstanduitvoerder is toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van de Verzekering door na te laten adequaat en voortvarend rechtsbijstand te verlenen. Consument voert hiertoe de volgende argumenten aan.

- Consument is astmapatiënt en ondervond veel last en hinder door het roken van de Buren onder hun overkapping aangrenzend aan haar voormalige woning. De sigarettenrook trok haar woning in en leidde tot ernstige klachten. Consument woonde al in de woning toen de Buren er kwamen wonen, zodat zij meer rekening met haar moesten houden. Ondanks verzoeken daartoe weigerden de Buren te stoppen met het roken onder hun overkapping. Getroffen maatregelen mochten echter niet baten.
- De klachten van Consument werden dermate ernstig dat zij een rookallergie opliep. Consument was daarom genoodzaakt vanaf medio 2016 elders te verblijven, hetgeen zij de Jurist meldde. Uiteindelijk was zij genoodzaakt definitief te verhuizen en heeft zij haar voormalige woning op 10 oktober 2017 overgedragen aan iemand anders. Consument heeft in dat verband forse reiskosten gemaakt en had daarna kosten vanwege de verkoop van haar voormalige woning en aankoop van de nieuwe woning. Had Consument echter veel eerder geweten dat Rechtsbijstanduitvoerder niets zou ondernemen, dan had zij de beslissing om te verhuizen veel eerder genomen en was de schade veel lager geweest.
- De Jurist ondernam niets noemenswaardigs en stelde zinloze maatregelen voor. In twee jaar tijd is geen actie ondernomen, zoals bijvoorbeeld het sturen van een brief aan de Buren. Had de Jurist dat wel dat gedaan, dan hadden de burens waarschijnlijk hun rookgedrag aangepast. Was dat niet het geval geweest, dan had dit via een kort geding kunnen worden afgedwongen.
- De advocaat die in de Geschillenregeling heeft geadviseerd stelde een luchtmetingsonderzoek voor.

Hij heeft echter geen gedegen onderzoek kunnen doen naar deze kwestie, aangezien hij van de door hem geoffreerde 8 uren slechts 5 uren aan de zaak heeft kunnen besteden aan zijn advies. Dit is echter te weinig, gezien hij aanvankelijk 8 uren offereerde voor zijn advies. Had hij echter meer tijd besteed aan zijn advies, dan had hij er achter kunnen komen dat medisch onderzoek niet nodig is om een verband tussen astma en meeroken aan te tonen.

- De kosten van het door de advocaat en daarna Rechtsbijstanduitvoerder voorgestelde deskundigenonderzoek bedragen € 2.200,- tot € 2.830,- excl. BTW, wat Consument moet voorschieten. Consument heeft echter juist een verzekering omdat zij niet de kennis en middelen heeft om procesvoering te kunnen verzorgen. Bovendien, wordt door middel van onderzoek eenmaal het nodige bewijs geleverd, dan bedingt Rechtsbijstanduitvoerder in deze vervolgens nog dat zij toetst of er überhaupt een zaak is.
Dit komt neer op 'een slager die zijn eigen vlees keurt'. Op dat moment loopt zij echter geen procesrisico meer en kan zij de kosten van onderzoek gewoon verhalen op de tegenpartij. Ten slotte, als de kosten van onderzoek worden gemaakt, blijft weinig over van het op de Verzekering geldende kostenmaximum van slechts € 8.000,-, terwijl Consument jaarlijks wel maar liefst € 250,- aan premie betaalt.
- Consument heeft achterhaald dat het verlangde onderzoek geen resultaat zal bieden en dat het ook niet vereist is. Uit de arresten van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARN:2006:AZ0584, en de Hoge Raad, ECLI:NL:2009:BG4014, volgt dat een oorzakelijk verband is tussen een geringe mate van sigarettenrook en verergering van astma. Bovendien volgt eruit dat geen veilige ondergrens of drempelwaarde geldt. Verder kunnen diverse andere bewijsmiddelen worden gebruikt, zoals het feit dat de burens hebben erkend dat zij onder de overkapping roken en dat andere buurtbewoners dit kunnen bevestigen. Ten slotte had Consument een fijnstofmeter in huis die de sigarettenrook in haar voormalige woning bevestigde, terwijl er geen noemenswaardig verkeer is of houtkachels zijn in die omgeving.
- Nu er gezien de genoemde argumenten voor Rechtsbijstanduitvoerder niets in de weg stond aan het starten van een procedure, maakt Consument aanspraak op het recht van vrije advocaatkeuze. Doordat Rechtsbijstanduitvoerder daar niet aan mee werkt, frustreert zij essentiële rechten van Consument. Bovendien strijdt Consument niet alleen voor haar eigen belangen maar ook voor het algemeen belang van een rookvrije leefomgeving.

Verweer Rechtsbijstanduitvoerder

3.3. Rechtsbijstanduitvoerder heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

4.1. Consument vordert in deze zaak dat Rechtsbijstanduitvoerder haar schadeloos stelt op grond van een door toerekenbare tekortkoming in de uitvoering van de Verzekering.

Rechtsbijstanduitvoerder betwist dit en stelt dat Consument de kosten van deskundigenonderzoeken dient voor te schieten voordat de rechtsbijstandverlening wordt voortgezet. Bij de beantwoording van de vraag op welke prestatie Consument recht heeft, moet in de eerste plaats worden gekeken naar de Verzekering en Verzekeringsvoorwaarden. De Commissie zal hieronder bespreken of Rechtsbijstanduitvoerder daaraan op correcte wijze uitvoering heeft gegeven.

- 4.2. Consument beroept zich in deze procedure op een verschil van inzicht met Verzekeraar over de in haar dossier te volgen koers. De Commissie overweegt dat de Verzekeringsvoorwaarden voor die situatie de Geschillenregeling voorschrijven. Vast staat dat de Geschillenregeling door Verzekeraar is voorgesteld en in werking is gezet.
- 4.3. De vraag die dan moet worden beantwoord, is of Rechtsbijstanduitvoerder op juiste wijze uitvoering aan de Geschillenregeling heeft gegeven. Het advies van de advocaat in de Geschillenregeling komt er in het kort op neer dat ten behoeve van bewijslevering een luchtmetingsonderzoek en een medisch onderzoek voorwaarden zijn voor een voldoende kansrijke procedure. Voor zover Consument stelt dat een dergelijke bewijslevering voor die procedure niet noodzakelijk is, bestrijdt zij het advies van de advocaat en klaagt zij daarom over de inhoud van het bindend advies. Daarvoor geldt echter dat de Geschillenregeling in gevolge van artikel 11 Verzekeringsvoorwaarden bindend is voor partijen, terwijl Consument de mogelijkheid wordt gelaten om op eigen kosten een procedure te starten tegen de Buren, zonder het vragen van deskundigenrapportages. Wint Consument die procedure, dan vloeit uit voornoemde bepaling voort dat Rechtsbijstanduitvoerder haar de redelijke kosten van rechtsbijstand moet vergoeden. Vaststaat dat Consument er niet voor heeft gekozen om een procedure te starten tegen haar voormalige burens. Deze keuze dient het voorgaande in aanmerking nemende voor haar rekening te blijven. Hieraan doet ook niet af dat Consument – zoals zij stelt – het recht van vrije advocaatkeuze heeft wanneer eenmaal vast komt te staan dat de te voeren procedure voldoende kansrijk is.
- 4.4. Waar Consument de inhoud van het bindend advies van de Geschillenregeling bestrijdt, geldt het volgende. Voor zover Consument bedoelt te stellen dat de inhoud van het bindend advies *naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar*, is zoals in artikel 7:904 Burgerlijk Wetboek bepaald, ziet de Commissie niet waarom hiervan in het onderhavige geval sprake is. Dit criterium schrijft een terughoudende toets voor. Voor zover Consument ter onderbouwing van haar stellingen verwijst naar de door haar aangehaalde uitspraken (zie hiervoor onder 3.2), ziet zij er in ieder geval aan voorbij dat het in die procedures ging om de aansprakelijkheid van een werkgever jegens haar werknemers. Op een werkgever rusten zorgverplichtingen, wat reeds tot een andere aansprakelijkheidstoets leidt en andere stelplicht en bewijslastverdeling kan leiden. Een dergelijke casus leent zich daarom niet één-op-één voor toepassing in het onderhavige burengeschied.

- 4.5. De voorwaarde van deskundigenrapportages ter bewijs van het causaal verband tussen het roken van de burens en de toegenomen gezondheidsklachten van Consument komt de Commissie niet onaanvaardbaar voor. Rekenschap moet immers worden gegeven van de regels van de stelplicht- en bewijslastverdeling van artikel 149 en 150 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Daarbij geldt dat Consument een (verstrekking) rechtsgevolg zoekt, dat erop neer komt dat haar voormalige burens zouden worden beperkt in hun vrijheid om in hun tuin te roken. De door Consument genoemde omstandigheden leveren volgens de Commissie geen bewijs op maar slechts factoren die nader onderzoek zouden kunnen rechtvaardigen. Dit geldt te meer gezien – zoals uit het advies van de advocaat volgt – sprake is van een unieke casus, waarvan nog geen jurisprudentie bestaat. Dat het aantonen van het causaal verband met een dergelijk onderzoek nagenoeg onmogelijk is, zoals Consument stelt, zegt daarom meer over de haalbaarheid van de vordering van Consument dan over de (on)redelijkheid van de voorwaarde van Rechtsbijstanduitvoerder om eerst dit deskundigenonderzoek te verlangen.
- 4.6. Nu Rechtsbijstanduitvoerder aan verdere rechtsbijstandverlening dus de voorwaarde van bewijslevering door middel van deskundigenonderzoek mocht verbinden, rest nog de vraag of hij ook mocht verlangen dat Consument de kosten daarvan voorschiet. Rechtsbijstanduitvoerder beroept zich daarbij op artikel 11 Verzekeringsvoorwaarden, waaruit volgt dat een verzekerde de kosten van het deskundigenonderzoek moet voorschieten wanneer dergelijk bewijs nodig is. Consument bestrijdt deze verplichting met het argument dat zij ervan mag uitgaan dat die kosten verzekerd zijn. Daarbij ziet Consument er echter aan voorbij dat een verzekeraar de vrijheid heeft om in de dekkingomschrijving de grenzen aan te geven waarbinnen hij bereid is dekking te verlenen (Hoge Raad 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV9435, r.o. 3.4.2.). De algemene stellingen die Consument hiertegen inbrengt, maken in het onderhavig geval niet dat de eis van het voorschieten van de kosten van het deskundigenonderzoek onbegrijpelijk is. Dit geldt te meer nu Consument deze kosten alsnog vergoed krijgt wanneer het bewijs via het deskundigenonderzoek geleverd wordt.
- 4.7. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat niet is gebleken dat Rechtsbijstanduitvoerder tekort is geschoten in de rechtsbijstandverlening. Het meer of anders aangevoerde kan niet tot een ander oordeel leiden.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering af.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van bindende 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/hoe-wordt-uw-klacht-behandeld.

U kunt, binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak, bij de Voorzitter van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening schriftelijk een verzoek indienen tot herstel van kennelijke vergissingen in de uitspraak. U moet daarbij met name denken aan correctie van reken- of schrijffouten en verbetering van namen en data. De volledige procedure met de termijnen die daarbij in acht moeten worden genomen staat beschreven in artikel 40 van het Reglement.