

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2018-461
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, mr. C.E. Polak en mr. S.W.A. Kelterman, leden
en mr. W.H. Luk, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 7 april 2016
Ingediend door : Consument
Tegen : DAS Nederlandse Rechtsbijstand Verzekeringsmaatschappij N.V., gevestigd te Amsterdam,
verder te noemen Verzekeraar
Datum uitspraak : 24 juli 2018
Aard uitspraak : Bindend advies

Samenvatting

Consument heeft bij Verzekeraar een rechtsbijstandsverzekering afgesloten. Consument vordert in deze procedure dat Verzekeraar alsnog dekking verleent voor het geschil dat Consument heeft met de fabrikant van de bij haar ingebrachte borstimplantaten. Naar oordeel van de Commissie heeft Verzekeraar onterecht een beroep gedaan op artikel 7:942 BW. De vordering van Consument wordt toegewezen.

1. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar Reglement en op basis van de volgende stukken, met de daarbij behorende bijlagen:

- de klachtbrief van de gemachtigde van Consument;
- het verweerschrift van Verzekeraar;
- de repliek van de gemachtigde van Consument;
- de dupliek van Verzekeraar;
- de aanvullende stukken van de gemachtigde van Consument.

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

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op woensdag 28 maart 2018 om 14.00 uur en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

- 2.1. Consument heeft bij Verzekeraar een rechtsbijstandverzekering onder polisnummer [polisnummer] afgesloten. Op deze rechtsbijstandverzekering zijn van toepassing de Bijzondere Voorwaarden Rechtsbijstandverzekering voor Particulieren RIC06-I(51402) (hierna 'de Verzekeringsvoorwaarden'), waarin - zover relevant - het volgende is opgenomen:

Artikel 1

Aanvullende begripsomschrijvingen

"2. Gebeurtenis

Het voorval dat aanleiding is voor een juridisch geschil waardoor voor de verzekerde behoefte aan rechtsbijstand ontstaat. Een juridisch geschil wordt geacht te zijn ontstaan op het moment dat voor het eerst een belangentegenstelling met de tegenpartij bestaat. Als sprake is van gebeurtenissen die met elkaar samenhangen, is het tijdstip van de eerste gebeurtenis in die reeks bepalend voor de vaststelling van de gebeurtenis.

(...)

Artikel 4

De omschrijving en de verlening van de rechtsbijstand

(...)

2. Het verzekerde risico

De gebeurtenis en de behoefte aan rechtsbijstand die daaruit voortvloeit, moet zich hebben voorgedaan tijdens de looptijd van de verzekering en buiten de wachttermijn voor zover deze van toepassing is. Er kunnen geen rechten aan de verzekering worden ontleend als de verzekerde een gebeurtenis aanmeldt:

- *die bij het tot stand komen van de verzekering te verwachten of redelijkerwijs te voorzien is geweest;*
- *meer dan 12 maanden na het plaatsvinden daarvan, maar nooit meer dan 6 maanden na beëindiging van de verzekering.*

Als met betrekking tot een gebeurtenis geen rechten aan deze verzekering kunnen worden ontleend, zijn ook de juridische geschillen die hieruit voortvloeien en/of daarmee samenhangen uitgesloten van dekking.

(...)

Artikel 11

Verplichtingen van de verzekerde

1. Een verzekerde die een beroep op de verzekering wil doen, meldt zijn verzoek zo snel mogelijk na het ontstaan van de gebeurtenis aan bij het schaderegelingsinstituut.

2. De verzekerde die een beroep op zijn verzekering doet, verleent alle medewerking die gevraagd wordt door het schaderegelingsinstituut of door deze ingeschakelde externe deskundigen. Dit houdt in ieder geval in dat hij/zij:

- alle gegevens en stukken verstrekt die op zijn verzoek betrekking hebben;*
- het schaderegelingsinstituut machtigt inzage te nemen in de stukken die een externe deskundige over zijn zaak ter beschikking heeft;*
- zich desgevraagd civiele partij stelt in een strafzaak en meewerkt aan het verhalen van gemaakte kosten van rechtsbijstand op derden;*
- Alles nalaat wat de belangen van het schaderegelingsinstituut schaadt.”*

- 2.2. In januari 2000 is Consument geopereerd in de [naam kliniek] in [plaatsnaam] waarbij siliconen borstimplantaten van het merk [naam merk] zijn geplaatst.
- 2.3. In 2010 is naar buiten gekomen dat de fabrikant van deze implantaten, het Franse bedrijf Poly Implant Prothèse S.A. (PIP), fraude heeft gepleegd en niet-goedgekeurde, industriële siliconen heeft gebruikt bij fabricage van deze implantaten. In april 2010 heeft een wereldwijde recall van deze implantaten plaatsgevonden en vervolgens is in september 2010 een oproep gedaan door de Inspectie Gezondheidszorg (hierna 'IGZ') aan vrouwen om zich bij klachten tot de kliniek te wenden voor een controle. Vanaf 2010 is een onderzoek opgestart naar de gezondheidsrisico's die te relateren zijn aan PIP-implantaten.
- 2.4. In 2012 heeft Consument een oproepbrief van de [naam kliniek] gekregen, waarin stond aangegeven dat bij haar ook PIP-implantaten waren ingebracht. Consument is toen uitgenodigd voor een controle en om te bespreken welke actie gepast en gewenst zou zijn.
- 2.5. Op 18 september 2012 heeft een heroperatie plaatsgevonden. Tijdens deze operatie is gebleken dat de implantaten niet waren gescheurd. Wel is waargenomen dat in ieder geval uit één implantaat inhoud was gelekt via het fenomeen 'zweten'. Bij een controlebezoek bij haar arts heeft Consument expliciet gevraagd of het dragen van PIP-implantaten gevolgen kan hebben. De arts heeft haar toen verteld dat dit nog onderzocht moest worden.
- 2.6. Consument heeft bij Verzekeraar om rechtshulp verzocht inzake een geschil met de fabrikant van de bij haar ingebrachte siliconen borstimplantaten. In ieder geval in oktober 2015 hebben partijen hierover correspondentie met elkaar gevoerd.

- 2.7. Verzekeraar heeft geweigerd dekking te verlenen voor rechtsbijstand omdat de claim van Consument verjaard zou zijn.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

- 3.1. Consument vordert dat Verzekeraar alsnog dekking verleent voor het geschil met de fabrikant van de siliconen borstimplantaten. Consument vordert tevens een vergoeding van de kosten die haar gemachtigde heeft moeten maken ten behoeve van de discussie met Verzekeraar over deze zaak en het indienen en behandelen van deze klacht. Consument vordert in dit kader een bedrag van drie uur a € 250,00 (exclusief BTW).

Grondslagen en argumenten daarvoor

- 3.2. Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag. Verzekeraar is tekortgeschoten in de nakoming van de verplichtingen voortvloeiende uit de verzekering door geen rechtsbijstand te verlenen. Consument stelt daartoe dat zij tijdig een beroep op de rechtsbijstandverzekering heeft gedaan. Van verjaring is geen sprake. Ter onderbouwing voert Consument de volgende argumenten aan.
- De bewijslast dat sprake is van verjaring ex artikel 7:942 Burgerlijk Wetboek (hierna 'BW') rust op Verzekeraar.
 - Een claim onder de rechtsbijstandverzekering is eerst opeisbaar indien een verzoek hiertoe is ingediend. Verzekeraar heeft niet nader toegelicht waarom een dergelijke claim ook reeds opeisbaar zou zijn indien een verzekerde bekend zou kunnen zijn met de behoefte aan rechtsbijstand. Derhalve zou de verjaringstermijn pas per 5 februari 2015 zijn gaan lopen. Op 5 februari 2015 is namelijk een lijst aan Verzekeraar gestuurd, waarop Consument ook stond vermeld. Tussen partijen gold de afspraak dat deze lijst als verzoek tot rechtsbijstand gold.
 - Ook indien wordt aangenomen dat een claim onder de verzekering voor rechtsbijstand opeisbaar wordt vanwege het feit dat een verzekerde zich bewust is van een claim tegen derden waarvoor rechtsbijstand nodig is, is nog steeds geen sprake van verjaring. Consument verwijst hierbij naar het arrest van de Hoge Raad van 30 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552. Er moet sprake zijn van daadwerkelijke bekendheid met schade en met de aan te spreken persoon.
 - Zowel in 2011 als in september 2012 was nog niet aan de voorwaarden voor de aanvang van de verjaringstermijn voldaan. Dat eind 2011 algemeen bekend was dat PIP-implantaten diverse problemen konden veroorzaken, betekent niet automatisch dat die bekendheid er ook bij Consument al was. Het feit dat in algemene zin siliconen implantaten kunnen lekken of scheuren en een nieuwe operatie ter explantatie noodzakelijk is, is een gegeven dat door de medische wereld is geaccepteerd.

Een scheuring van een implantaat en een explantatie an sich kan geen aanleiding te zijn voor een patiënt om te kunnen of moeten vermoeden dat sprake is van een mogelijke claim. Algemeen wordt aangenomen dat implantaten niet eeuwig meegaan. Het is gebruikelijk dat op enig moment een vervanging van de prothese noodzakelijk is.

- Eerst het optreden van de gezondheidsklachten en de kennisname van publicaties dat mogelijk lichamelijke klachten gerelateerd konden worden aan de reeds geëxplanteerde implantaten leidden bij Consument tot het vermoeden dat zij mogelijk een claim zou kunnen hebben. Consument zag pas begin 2014 een verband tussen haar gezondheidsklachten en de bij haar ingebrachte PIP-implantaten.

Verweer verzekeraar

3.3. Verzekeraar heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd.

- De vordering van Consument moet worden afgewezen omdat deze verjaard is. Verzekeraar doet een beroep op artikel 7:942 BW en op artikel 1 lid 2 van de Verzekeringsvoorwaarden.
- De problemen met borstimplantaten van de merken PIP en [naam merk] waren al geruime tijd bekend. Sinds 2011 hebben zich bij Verzekeraar tientallen verzekerden gemeld, met het verzoek om rechtsbijstand. In 2012 heeft Consument een oproepbrief gekregen omdat Consument een 'gebrekkige PIP/[naam merk] implantaat' had. Dit heeft tot een heroperatie op 18 september 2012 geleid. Na de heroperatie wist Consument dat één implantaat heeft geëkt en Consument had toen ook al last van gezondheidsklachten.
- In de Verzekeringsvoorwaarden is bepaald wanneer een vordering opeisbaar wordt. Gelet hierop was Consument ten tijde van de algemene bekendheid met de PIP-problematiek of in ieder geval ten tijde van de heroperatie in 2012 bekend met de opeisbaarheid van haar vordering jegens Verzekeraar. Hierdoor is de verjaringstermijn van artikel 7:942 BW destijds gaan lopen.
- Consument heeft niet binnen drie jaar na het algemeen bekend worden van de PIP-problematiek in 2011, maar ook niet binnen drie jaar na haar heroperatie op 18 september 2012, haar behoefte aan rechtsbijstand bij Verzekeraar kenbaar gemaakt.
- Het arrest van de Hoge Raad van 30 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552, waarnaar Consument heeft verwezen, is voor de vordering van Consument niet relevant.
- Ten aanzien van de lijst van 5 augustus 2015 die Consument heeft genoemd, geldt dat de naam van Consument daarop niet stond vermeld. De lijst van 5 februari 2015 voldeed niet aan de vereisten zoals deze zijn neergelegd in artikel 11 van de Verzekeringsvoorwaarden.
- Pas op 30 oktober 2015 heeft Verzekeraar informatie van Consument ontvangen, waardoor de vordering van Consument volgens Verzekeraar is verjaard.

4. Beoordeling

- 4.1. Aan de orde is de vraag of Verzekeraar het rechtsbijstandsverzoek van Consument terecht heeft afgewezen, omdat de vordering van Consument zou zijn verjaard. Partijen twisten in dit kader over het moment waarop de verjaringstermijn van artikel 7:942 lid 1 BW is aangevangen.

Het leerstuk verjaring

- 4.2. De Commissie stelt bij de beoordeling het volgende voorop. Artikel 7:942 lid 1 BW bepaalt dat een rechtsvordering tegen een verzekeraar tot het doen van een uitkering verjaart door verloop van drie jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de tot uitkering gerechtigde met de opeisbaarheid daarvan bekend is geworden. Op grond van artikel 7:943 lid 2 BW mag niet ten nadele van de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde van artikel 7:942 BW worden afgeweken. De bewijslast dat sprake is van verjaring ligt bij de verzekeraar.
- 4.3. De verjaringstermijn van artikel 7:942 BW kan pas aanvangen wanneer aan 2 cumulatieve vereisten is voldaan. Er dient 1) sprake te zijn van een opeisbare vordering en 2) Consument moet daarmee bekend zijn geweest.

Het vereiste 'opeisbare vordering'

- 4.4. Bij het vereiste dat sprake dient te zijn van een opeisbare vordering is het volgende van belang. De Commissie overweegt dat de verbintenis tot verlening van rechtsbijstand onder een rechtsbijstandverzekering een voorwaardelijke verbintenis is. Het gaat om een verbintenis onder een opschortende voorwaarde (zoals bedoeld in artikel 6:21 BW en artikel 6:22 BW). Dat betekent dat pas sprake is van een opeisbare vordering, in de zin van artikel 7:942 BW, indien de opschortende voorwaarde is vervuld. Die opschortende voorwaarde houdt in dat het verzekerd risico is verwezenlijkt. Zie in het algemeen Hof Arnhem-Leeuwarden 20 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:4087. Bij de onderhavige rechtsbijstandverzekering is het verzekerde risico omschreven als de gebeurtenis en de behoefte aan rechtsbijstand die daaruit voortvloeit. Zie in dit kader artikel 4.2 van de Verzekeringsvoorwaarden. Eerst wanneer de behoefte aan rechtsbijstand voor een verzekerde duidelijk is geworden, is sprake van een opeisbare vordering onder de rechtsbijstandverzekering.

Het vereiste 'bekendheid'

- 4.5 Volgens vaste rechtspraak geldt voor het vereiste 'bekendheid', dat het hier gaat om een daadwerkelijke (subjectieve) bekendheid (zie voor een vergelijkbare zaak Hoge Raad 27 mei 2005, NJ 2006, 114). De Hoge Raad heeft bepaald dat voor bekendheid vereist is dat benadeelde daadwerkelijk in staat moet zijn een rechtsvordering in te stellen.

In een medische kwestie geldt dan bijvoorbeeld dat benadeelde een voldoende mate van zekerheid moet hebben dat het letsel is veroorzaakt door een medische fout.

- 4.6 Verder geldt dat bij de behoefte aan rechtsbijstand de bekendheid met het geschil met de tegenpartij een gegeven is. Voor het aanvangsmoment van de verjaring ex artikel 7:942 BW, kan worden aangeknoopt bij de juridische norm van de bekendheid.
- 4.7 De Commissie zal hierna de vraag beantwoorden wanneer Consument bekend werd met het ontstaan van het juridisch geschil en de daaruit voortvloeiende behoefte aan rechtsbijstand.

Het aanvangsmoment van de verjaringstermijn in deze procedure

- 4.8 Ten aanzien van de aanvang van de verjaringstermijn van artikel 7:942 BW verwijst Verzekeraar naar de algemene bekendheid met de PIP-problematiek in 2011 en naar de heroperatie op 18 september 2012. Verzekeraar stelt dat, gelet op hetgeen is bepaald in de Verzekeringsvoorwaarden, Consument toen al bekend moet zijn geweest met de opeisbaarheid van haar vordering jegens Verzekeraar. De verjaringstermijn van artikel 7:942 lid 1 BW is toen dan ook gaan lopen. Vervolgens stelt Verzekeraar dat nergens uit blijkt dat Consument binnen drie jaar na het algemeen bekend worden van de PIP-problematiek in 2011, maar ook niet binnen drie jaar na haar heroperatie op 18 september 2012, haar behoefte aan rechtsbijstand bij Verzekeraar kenbaar heeft gemaakt. De vordering van Consument is volgens Verzekeraar verjaard.
- 4.9 De Commissie volgt Verzekeraar niet in zijn standpunt dat met de algemene bekendheid met de PIP-problematiek in 2011 en de heroperatie van 18 september 2012, bij Consument bekendheid ontstond met het juridisch geschil met de fabrikant en de daaruit voortvloeiende behoefte aan rechtsbijstand. Verzekeraar miskent hier dat voor de bekendheid immers vereist is dat Consument daadwerkelijk in staat is om een rechtsvordering in te stellen tegen de fabrikant van de siliconen borstimplantaten en dat Consument daarvoor een beroep op de verzekering kon doen. De Commissie is dan ook van oordeel dat de verjaringstermijn van artikel 7:942 BW in ieder geval niet is gaan lopen met de algemene PIP-problematiek in 2011 dan wel met de heroperatie van 18 september 2012.
- 4.10 Consument stelt zich op het standpunt dat de verjaringstermijn van artikel 7:942 BW pas in januari 2014 is gaan lopen. Consument heeft het navolgende aangevoerd. Bij een controlebezoek dat heeft plaatsgevonden na de heroperatie van 18 september 2012, heeft Consument bij haar arts nog expliciet gevraagd of het dragen van PIP-implantaten gevolgen kon hebben. De arts heeft haar toen verteld dat dit nog onderzocht moest worden.

Verder stelt Consument dat het lekken van de inhoud uit het implantaat via het fenomeen 'zweten' en de explantatie an sich voor haar geen aanleiding zijn geweest om te kunnen vermoeden dat sprake was van een mogelijke claim. Consument stelt dat zij pas in januari 2014 heeft begrepen dat mogelijk sprake was van een gebrek van het implantaat. Consument heeft toen pas het verband gelegd tussen haar gezondheidsklachten en de bij haar geëxplanteerde implantaten. Hierdoor ontstond voor Consument voor het eerst het besef dat zij de fabrikant van de siliconen borstimplantaten hiervoor (eventueel) kon aanspreken.

- 4.11 Het komt de Commissie gezien het vorenstaande aannemelijk voor dat in januari 2014 bij Consument het besef is ontstaan dat zij een mogelijke claim had tegen de fabrikant van de siliconen borstimplantaten en dat als gevolg hiervan bij Consument de behoefte aan rechtsbijstand is ontstaan. Gelet op al het vorenstaande oordeelt de Commissie dat de verjaringstermijn van artikel 7:942 BW op zijn vroegst in januari 2014 is gaan lopen.
- 4.12 De Commissie stelt vast dat er in ieder geval in oktober 2015 over en weer tussen partijen correspondentie is gevoerd. Gelet hierop en al het vorenstaande komt de Commissie tot de conclusie dat de vordering van Consument nog niet was verjaard ten tijde van het indienen van het verzoek tot rechtsbijstand. Al hetgeen partijen verder nog hebben gesteld, kan niet tot een andere beslissing leiden en zal onbesproken blijven.

Advocaatkosten

- 4.13 Gelet op het maximale bedrag dat aan buitengerechtelijke incassokosten wordt vergoed op grond van de vergoedingsregeling buitengerechtelijke incassokosten Kifid, en het Liquidatietarief Rechtbanken dat geldt voor vorderingen voor onbepaalde waarde, wijst de Commissie een bedrag toe van € 750,00. Gelet op het vorenstaande acht de Commissie dit bedrag redelijk.

5 Beslissing

De Commissie beslist dat Verzekeraar alsnog de verzochte rechtsbijstand dient te verlenen. Verder beslist de Commissie dat Verzekeraar binnen vier weken na heden aan Consument een bedrag van € 750,00 moet betalen.

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 46 van het Reglement.