

**Tussenuitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2019-1092
(mr. drs. S.F. van Merwijk, voorzitter, mr. B.F. Keulen, mr. L. van Berkum,
prof. mr. M.L. Hendrikse, mr. A.W.H. Vink, leden en mr. W.H. Luk, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 30 april 2018
Ingediend door : Consument
Tegen : DAS Nederlandse Rechtsbijstand Verzekeringmaatschappij N.V., gevestigd te Amsterdam,
verder te noemen Verzekeraar
Datum uitspraak : 19 juli 2019
Aard uitspraak : Niet-bindend advies

Samenvatting

Rechtsbijstandverzekering. Oneerlijk beding. Tussenuitspraak. Consument heeft Verzekeraar om rechtsbijstand verzocht inzake een geschil met de bank over de betaling van zijn hypotheek. In dat kader zijn twee kortgeding-procedures gevoerd. Consument vordert van Verzekeraar de vergoeding van de gemaakte advocaatkosten. Verzekeraar stelt dat sprake is van een samenhang van geschillen zodat het kostenmaximum eenmaal van toepassing is. Consument stelt dat het artikel waar Verzekeraar naar verwijst onredelijk bezwarend is. De Commissie is van oordeel dat het artikel niet voldoende duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd en dat het beding wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn. De Commissie heeft Verzekeraar in de gelegenheid gesteld op de tussenuitspraak te reageren.

I. Procesverloop

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

- het door Consument (digitaal) ingediende klachtformulier;
- het verweerschrift van Verzekeraar;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Verzekeraar;
- de aanvullende brief van Verzekeraar van 14 februari 2019;
- het e-mailbericht van Consument van 14 februari 2019.

De Commissie stelt vast dat Consument heeft gekozen voor een niet-bindend advies. De uitspraak is daardoor niet-bindend.

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 13 februari 2019 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

- 2.1 Consument heeft per 15 december 1992 bij Verzekeraar een rechtsbijstandverzekering voor particulieren afgesloten. Op de verzekering zijn de Algemene polisvoorwaarden (01-2016) en de Bijzondere polisvoorwaarden (05/06) van toepassing. In deze verzekeringsvoorwaarden is – voor zover relevant – het volgende opgenomen:

“Algemene polisvoorwaarden

2. Voor welke juridische hulp bent u verzekerd?

U bent verzekerd voor juridische hulp, als u een conflict hebt. Voor welke conflicten u precies verzekerd bent, hangt af van de bijzondere polisvoorwaarden die van toepassing zijn. Welke dit zijn, staat op uw polis.

(...)

Vraagt u juridische hulp in meer conflicten?

Het kan zijn dat u meer conflicten hebt die met elkaar samenhangen. Of die dezelfde feiten als oorzaak hebben. Dan zien wij al deze conflicten samen als één conflict. Dit betekent bijvoorbeeld dat u dan recht hebt op één keer het kostenmaximum dat voor dat conflict geldt. Dus niet meer keren.”

“Bijzondere polisvoorwaarden

Artikel 5 De verlening van de rechtsbijstand

DAS verleent rechtsbijstand aan de verzekerde overeenkomstig de Algemene Voorwaarden en de hierna volgende bepalingen:

a. (...)

b. DAS vergoedt de uit rechtsbijstand voortvloeiende externe kosten tot ten hoogste € 12.500- per geschil. Dit kostenmaximum geldt niet voor:

- verhaal van schade die in het verkeer is ontstaan;*
- een strafzaak.”*

- 2.2 In 2008 heeft Consument samen met zijn echtgenote bij Fortis ASR Praktijk-voorziening N.V. (de voorganger van Direktbank N.V. en verder te noemen ‘de Bank’) een hypothecaire geldlening van € 950.000,00 gesloten. Tot zekerheid van nakoming van de verplichting van deze lening, is een hypotheek op de woning van Consument gevestigd.
- 2.3 In verband met gerezen problemen bij de terugbetaling van de schuld heeft Consument de Bank op haar initiatief op 29 augustus 2014 een notariële akte van onherroepelijke volmacht tot verkoop van de woning afgegeven.

- 2.4 De Bank heeft op enig moment het vorderen van de betalingsachterstand aan het bureau [naam bureau] overgedragen. [naam bureau] heeft Consument per e-mailbericht van 30 juni 2015 het volgende meegedeeld:

“Per heden bedraagt uw achterstand in betaling € 41.628,86. Dit is exclusief de maandtermijn van 1-7-2-15 ad € 4.037,50.

Derhalve verzoeken wij u conform overleg per heden € 45.666,36 over te maken.

(...)

In het kader van het huidige voornemen verkoop van de woning te starten, zullen wij enkel na volledige betaling de verkoop annuleren.”

Consument heeft op dezelfde dag het gevorderde bedrag van € 45.666,36 aan [naam bureau] overgemaakt.

- 2.5 Op 15 september 2015 heeft [naam bureau] Consument per e-mailbericht meegedeeld dat de eerder genoemde betalingsachterstand van € 45.666,36 onjuist was en Consument verzocht de resterende achterstand van € 15.000,00 te voldoen.
- 2.6 Consument heeft op 22 maart 2016 inzake het geschil met de Bank over de betaling van de achterstanden op zijn hypotheek een beroep op de dekking van de rechtsbijstandverzekering gedaan.
- 2.7 [naam bureau] heeft Consument per e-mailbericht van 18 mei 2016 over het starten van de verkoop van de woning met een vraagprijs van € 765.000,00 geïnformeerd. Op verzoek van Consument heeft Verzekeraar [X] Advocaten (verder te noemen ‘de Advocaat’) verzocht een kortgeding-procedure te starten om de voorgenomen verkoop van de woning te verhinderen. Verzekeraar heeft de Advocaat bij brief van 8 juni 2016 op het kostenmaximum van € 12.500,00 gewezen. Op 14 juni 2016 hebben Consument en de Bank op de zitting een regeling getroffen om het geschil te beslechten.
- 2.8 Consument heeft echter niet aan de gemaakte afspraken voldaan, als gevolg waarvan [naam bureau] veiling van de woning op 25 september 2017 heeft aangekondigd. Consument heeft hierop met [naam bureau] op 14 september 2017 de afspraak gemaakt om binnen een week een bedrag van € 60.000,00 over te maken om daarmee de veiling uit te stellen tot 13 november 2017. Onderdeel van de afspraak was dat Consument geen (juridische) actie tegen een veiling op 13 november 2017 zou ondernemen, als Consument er onverhoopt niet in zou slagen de resterende betalingsachterstand te voldoen, na aftrek van € 60.000,00 nog een bedrag van ongeveer € 75.000,00. Consument heeft vervolgens op 15 september 2017 het afgesproken bedrag van € 60.000,00 overgemaakt.

- 2.9 De Advocaat heeft [naam bureau] op 7 november 2017 verzocht om nader uitstel van de veiling van de woning van Consument te verlenen. [naam bureau] heeft Consument hierop kenbaar gemaakt dat zij geen uitstel meer zou verlenen, omdat de veiling als gevolg van toezeggingen en beloftes van Consument al meerdere malen was uitgesteld. [naam bureau] had geen vertrouwen meer in nieuwe toezeggingen van Consument.
- 2.10 Op 8 november 2017 heeft de Advocaat een tweede kortgeding-procedure tegen de Bank gevoerd. De kortgedingrechter heeft in het voordeel van Consument beslist en de Bank verboden de woning gedurende een periode van zes weken te verkopen om Consument in de gelegenheid te stellen de betalingsachterstand van dat moment plus de nieuwe hypotheek-termijnen van die periode volledig te voldoen.
- 2.11 Op 10 november 2017 heeft de Advocaat Verzekeraar verzocht de kosten van de tussen 3 tot en met 10 november 2017 verrichtte werkzaamheden te vergoeden. Bij brief van 29 november 2017 heeft Verzekeraar de Advocaat het volgende meegedeeld:
- “Omdat er sprake is van een samenhangend geheel van geschillen valt dit kort geding onder onderhavig dossier en geldt het kostenmaximum ad € 12.500,-, waarvan nog een bedrag ad € 3.487,69 resteert voor de vergoeding van kosten. Uw declaratie van 10 november jl. ad € 4.803,03 gaat het restant van het kostenmaximum te boven.”*
- 2.12 De Advocaat heeft Verzekeraar verder nog om dekking op grond van de rechtsbijstand-verzekering verzocht voor een derde procedure om een opnieuw aangekondigde veiling van de woning te voorkomen. Bij brief van 24 januari 2018 heeft Verzekeraar dit verzoek afgewezen en de Advocaat erop gewezen dat het kostenmaximum inmiddels was bereikt, zodat de op dat moment nog openstaande declaratie van € 1.315,34 door Consument zelf moest worden betaald.
- 2.13 Ter zitting heeft Consument toegelicht dat het huis inmiddels is geveild.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering van Consument

- 3.1 Consument vordert dat Verzekeraar de gemaakte advocaatkosten in de twee gevoerde kortgeding-procedures vergoedt met inachtneming van een apart kostenmaximum per procedure.

Grondslagen en argumenten daarvoor

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de grondslag dat Verzekeraar ten onrechte de twee geschillen als een samenhangend geheel van conflicten of gebeurtenissen beschouwt, als gevolg waarvan slechts eenmaal het kostenmaximum van toepassing is. Consument voert hiertoe de volgende argumenten aan.

- De twee procedures berusten op een geheel andere situatie, grondslag en vordering, zodat niet gesteld kan worden dat sprake is van een samenhangend geheel van conflicten of gebeurtenissen. Er is immers duidelijk sprake van twee losse en verschillende procedures in eerste aanleg. Zo ging het in de eerste procedure om een voorgenomen verkoop op basis van een volmacht die aan de Bank was verleend en betrof de tweede procedure een geschil omtrent uitstel van een voorgenomen executieverkoop.
- Het steeds aankondigen van acties van de Bank om de woning te verkopen dient als de oorzaak van het conflict te worden beschouwd, niet de betalingsachterstand van Consument. Het is namelijk niet Consument die moedwillig zijn hypotheek niet heeft betaald, maar de Bank die op allerlei manieren heeft geprobeerd om van het “als hoofdpijndossier bestempelde dossier” van Consument af te komen.
- Artikel 2 van de Algemene polisvoorwaarden is onredelijk bezwarend en is daarom ex artikel 6:233 sub a van het Burgerlijke Wetboek (BW) vernietigbaar. De passage over het kostenmaximum in (vermeend) met elkaar samenhangende zaken staat namelijk in de algemene voorwaarden. Voor zover dit beding tot de kern van de overeengekomen prestatie behoort, had dit op het polisblad dan wel in de bijzondere polisvoorwaarden moeten worden opgenomen. Nu het beding in de algemene polisvoorwaarden is opgenomen, is het daarmee vernietigbaar.

Verweer van Verzekeraar

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

4. Beoordeling

- 4.1 De vraag die in deze zaak centraal staat is of Verzekeraar op basis van de rechtsbijstandsverzekeringsovereenkomst de conflicten met de Bank als één conflict in de zin van de verzekeringsvoorwaarden mocht beschouwen en om die reden mocht weigeren om meer dan éénmaal het kostenmaximum te vergoeden. Verzekeraar beroept zich daarbij op artikel 2 van de Algemene polisvoorwaarden (zie hiervoor 2.1).
- 4.2 De Commissie ziet aanleiding eerst de stelling van Consument te beoordelen dat artikel 2 van de Algemene polisvoorwaarden onredelijk bezwarend is. Verzekeraar betwist dat sprake is van een algemene voorwaarde, zodat volgens hem artikel 6:233 BW niet van toepassing is.

Hij voert aan dat het artikel een kernbeding betreft en verwijst daarbij naar de uitspraak Geschillencommissie Kifid 2017-355.

Kernbeding of algemene voorwaarde

- 4.3 Het bepaalde in de artikelen 6:231 e.v. BW behelst (onder meer) de implementatie van de Richtlijn 93/13/EEG inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna: de Richtlijn). Artikel 6:233 BW bepaalt dat een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar is indien het, kort gezegd, onredelijk bezwarend is. In artikel 6:231 BW is bepaald dat onder 'algemene voorwaarden' niet wordt verstaan een beding dat de kern van de prestatie aangeeft, voor zover dat beding duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd; ook wel kernbeding genoemd. Artikel 6:231 en 6:233 BW moeten worden geïnterpreteerd in overeenstemming met de Richtlijn. Artikel 4 lid 2 van de Richtlijn bepaalt dat de beoordeling van het oneerlijke karakter van bedingen geen betrekking heeft op de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, noch op de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten, voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd. In de 19^e overweging van de Richtlijn is overwogen dat in het kader van deze richtlijn de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding geen betrekking mag hebben op de bedingen waarin het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst of de verhouding kwaliteit/prijs van de levering of dienst wordt omschreven en dat hier onder andere uit voortvloeit dat in het geval van verzekeringsovereenkomsten de bedingen die het verzekerde risico en de verbintenis van de verzekeraar duidelijk omschrijven of afbakenen, niet het voorwerp van een dergelijke toetsing zijn wanneer deze beperkingen in aanmerking worden genomen bij de berekening van de door de consument betaalde premie.
- 4.4 De Commissie is tegen deze achtergrond van oordeel dat het bestreden beding in artikel 2 van de Algemene polisvoorwaarden een kernbeding is als bedoeld in artikel 6:233 BW en artikel 4 lid 2 van de Richtlijn. Het beding beperkt de verplichting van Verzekeraar om de kosten van rechtsbijstand te vergoeden. Zonder het beding zou de schadelast voor rechtsbijstandverzekeraars hoger uitvallen, hetgeen zou leiden tot hogere premies. Het beding is daarmee van invloed op de door de consument te betalen premie. Nederland heeft op onderhavig punt niet ten gunste van consumenten van de Richtlijn afgeweken. Het begrip kernbeding is niet beperkter geformuleerd. Zie de Parlementaire Geschiedenis Invoering Boek 3, 5 en 6 BW, Deventer: Kluwer 1990, p. 1521 waar voor de *verzekeringsovereenkomst* wordt overwogen dat bepalingen aangaande de omvang van de dekking kernbedingen zijn. Het onderhavige beding voldoet aan dit criterium nu het de dekking van Verzekeraar beperkt.

Toetsing van kernbedingen

- 4.5 In zijn arrest van 23 april 2015 ECLI:EU:C:2015:262 (Van Hove) heeft het Europese Hof van Justitie (HvJ) ten aanzien van een beding in een verzekeringsovereenkomst geoordeeld dat artikel 4 lid 2 van de Richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat een kernbeding in een verzekeringsovereenkomst slechts onder de in die bepaling bedoelde uitzondering valt voor zover “het duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd, dat wil zeggen dat het beding uit grammaticaal oogpunt begrijpelijk is voor de consument en dat bovendien in de overeenkomst de concrete werking van het mechanisme waarop het betrokken beding betrekking heeft, alsook de verhouding tussen dit mechanisme en het mechanisme dat is voorgeschreven door andere bedingen op een transparante wijze wordt uiteengezet, zodat de consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die er voor hem uit voortvloeien, kan inschatten.”
- 4.6 Dit betekent dat ook een ‘kernbeding’ op de voet van artikel 6:233 BW als onredelijk bezwarend kan worden vernietigd, indien dat ‘kernbeding’ niet duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd.
- 4.7 Consument stelt in dit geval dat artikel 2 van de Algemene polisvoorwaarden waarop Verzekeraar zich beroept ingevolge artikel 6:233 sub a BW onredelijk bezwarend is. Echter, ook als een consument zich hierop niet beroept, dient op grond van rechtspraak van het Hof van Justitie (4 juni 2009, C 243/08, punt 32) en de Hoge Raad (HR 13 september 2013 ECLI:NL:HR:2013:691, r.o. 3.5.3), indien een verzekeraar zich ten opzichte van een consument beroept op een algemene voorwaarde, ambtshalve te worden beoordeeld of die algemene voorwaarde oneerlijk is. De Commissie wijst er voor alle duidelijkheid op dat het bij de ambtshalve toetsing erom gaat of een beding in het algemeen voor een consument oneerlijk is en niet of toepassing van het beding in dit specifieke geval voor Consument oneerlijk uitvalt. Als wordt vastgesteld dat een beding oneerlijk is in de zin van artikel 3 lid 1 van Richtlijn 93/13/EEG mag dit beding niet gematigd worden toegepast, maar dient dat beding buiten beschouwing te worden gelaten (HvJ 30 mei 2013, C 488/11, punt 57), tenzij de consument zich hiertegen verzet (HvJ 4 juni 2009, C 243/08, punt 35). Artikel 6:233 sub a BW dient conform deze richtlijn te worden uitgelegd en indien wordt vastgesteld dat het beding oneerlijk is, dient het beding te worden vernietigd (HR 13 september 2013 ECLI:NL:HR:2013:691, r.o. 3.7.1 - 3.7.3).

Voorlopige overwegingen

- 4.8 De Commissie komt in het licht van al het voorgaande tot het volgende voorlopige oordeel. Het bestreden beding in artikel 2 van de Algemene polisvoorwaarden luidt: “*Het kan zijn dat u meer conflicten hebt die met elkaar samenhangen. Of die dezelfde feiten als oorzaak hebben. Dan zien wij al deze conflicten samen als één conflict. Dit betekent bijvoorbeeld dat u dan recht hebt op één keer het kostenmaximum dat voor dat conflict geldt. Dus niet meer keren.*”

In dit beding wordt niet, althans niet duidelijk omschreven wanneer conflicten met elkaar samenhangen. De toevoeging: “Of die dezelfde feiten als oorzaak hebben.” geeft aan consumenten onvoldoende houvast om vooraf te kunnen inschatten in welke gevallen daarvan wel of geen sprake zal zijn, dan wel wanneer dat zo door Verzekeraar zal worden gezien. Bij gebreke van een voldoende duidelijk onderscheidend criterium is het daarmee in feite aan de beoordeling van Verzekeraar overgelaten of conflicten wel of niet met elkaar samenhangen. Hierdoor kan bijvoorbeeld niet worden uitgesloten dat Verzekeraar in een voorkomend geval zal oordelen dat (totaal) verschillende conflicten van een consument voortvloeien uit steeds dezelfde verstoorde verstandhouding met een wederpartij en ze daarom aanmerkt als samenhangende geschillen. Dit brengt mee dat de consument bij gebreke van duidelijke en begrijpelijke criteria niet kan inschatten welke economische gevolgen voor hem voortvloeien uit de onderhavige bepaling, mede omdat deze afhankelijk zijn van de invulling die Verzekeraar daaraan in het voorkomende geval geeft. De Commissie is om die reden op voorhand van oordeel dat het bestreden beding niet voldoende duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd en daarom, hoewel strikt genomen een kernbeding, toch onder de werking van artikel 6:233 BW en de Richtlijn valt. De Commissie stelt verder vast dat met het bepaalde in artikel 2 van de Algemene polisvoorwaarden het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen ten nadele van de consument lijkt te worden verstoord. Gelet daarop is de Commissie vooralsnog van oordeel dat het beding wordt vermoed oneerlijk en dus onredelijk bezwarend te zijn.

4.9 Aangezien deze materie slechts enigszins terzijde aan de orde is geweest tijdens de hoorzitting, zal de Commissie, voordat hierover definitief wordt beslist, ingevolge het arrest van de Hoge Raad van 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, Verzekeraar in de gelegenheid stellen zich nader over dit punt uit te laten, waarna Consument daarop mag reageren.

5. Beslissing

De Commissie stelt Verzekeraar in de gelegenheid om zich uiterlijk op 1 oktober 2019 uit te laten over de overwegingen onder 4.8, waarna Consument mag reageren en bepaalt dat daarna uitspraak zal worden gedaan.