

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2022-0102
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, mr. L. van Berkum, mr. P.J. Neijt, leden
en mr. W.H. Luk, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 11 mei 2021
Ingediend door : De consument
Tegen : AEGON Schadeverzekering N.V., gevestigd te 's-Gravenhage, verder te noemen
de verzekeraar, waarbij de uitvoering van de rechtsbijstand is overgedragen aan ARAG SE,
gevestigd te Leusden, verder te noemen de uitvoerder
Datum uitspraak : 11 februari 2022
Aard uitspraak : Niet-bindend advies
Uitkomst : Vordering (gedeeltelijk) toegewezen
Bijlage : Relevante bepalingen uit de verzekeringsvoorwaarden

Samenvatting

Rechtsbijstandverzekering. De consument heeft een beroep gedaan op zijn rechtsbijstandverzekering. De uitvoerder heeft zich op het standpunt gesteld dat geen redelijke kans op succes bestaat. De consument heeft de zaak zelf doorgezet en vordert dat de verzekeraar en de uitvoerder de door hem gemaakte kosten vergoeden. De commissie is van oordeel dat de pro rata-regeling in de geschillenregeling in de voorwaarden onredelijk bezwarend is voor de consument. De commissie vernietigt daarom dit deel van de voorwaarde. De vernietiging hiervan heeft tot gevolg dat de consument bij het behalen van (een gedeelte van) het beoogde resultaat recht heeft op vergoeding van de door hem gemaakte kosten met inachtneming van de geldende voorwaarden. De vordering wordt (gedeeltelijk) toegewezen.

I. De procedure

- I.1 De commissie ziet aanleiding om de klacht van de consument tegen de verzekeraar en de klacht van de consument tegen de uitvoerder samen te behandelen en te beoordelen in één uitspraak. Deze uitspraak ziet daarom zowel op de klacht tegen de verzekeraar als op de klacht tegen de uitvoerder.
- I.2 De commissie beslist op basis van haar reglement en op basis van de door partijen aan Kifid ingestuurde documenten inclusief bijlagen. Het gaat om: 1) de klachtformulieren van de consument; 2) de aanvullende stukken van de consument; 3) het verweerschrift van de verzekeraar en de uitvoerder; 4) de repliek van de consument; 5) de dupliek van de verzekeraar en de uitvoerder; 6) de aanvullende informatie van de verzekeraar en 7) de reactie van de consument op de aanvullende informatie van de verzekeraar.

- 1.3 Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 17 november 2021. Op de hoorzitting was de consument aanwezig, samen met zijn vertegenwoordiger mevrouw mr. F.C.M. Schoonderwoerd, advocaat. De verzekeraar en de uitvoerder waren eveneens aanwezig.
- 1.4 De consument heeft 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 consument heeft een particuliere rechtsbijstandverzekering (hierna: de verzekering) bij de verzekeraar. Op de verzekeringsovereenkomst zijn onder andere van toepassing de verzekeringsvoorwaarden Aegon nr. 3002 (hierna: de voorwaarden). De relevante delen van de voorwaarden zijn als bijlage bij deze uitspraak gevoegd. De uitvoering van de rechtsbijstand is overgedragen aan de uitvoerder.
- 2.2 Op 1 september 2011 is de consument met pensioen gegaan. De consument is verwickeld in een procedure tegen zijn ex-werkgever. De consument stelt zich namelijk op het standpunt dat de ex-werkgever de op hem rustende pensioenverplichtingen jegens de consument niet is nagekomen. De consument heeft zich in dit kader in 2012 tot SRK, destijds de uitvoerder van de rechtsbijstandverzekering, gewend met het verzoek om hem rechtsbijstand te verlenen. SRK heeft de ex-werkgever van de consument aangemaand tot betaling van een bedrag van € 70.000,-.
- 2.3 Vervolgens heeft SRK zich op het standpunt gesteld dat de consument in een procedure geen redelijke kans van slagen zou hebben. Daarop is door partijen de geschillenregeling, zoals neergelegd in artikel 16 van de voorwaarden, toegepast. Door de consument is de heer mr. [naam adviseur] aangewezen als adviseur. Mr. [naam adviseur] is tot de conclusie gekomen dat een namens de consument in te stellen vordering om een hogere pensioen-uitkering af te dwingen geen redelijke kans van slagen maakte. SRK is toen gestopt met het verlenen van rechtsbijstand.
- 2.4 De consument was het niet eens met de beslissing van SRK om de zaak niet verder te behandelen en is zelf een procedure gestart. Hiervoor heeft de consument mevrouw mr. Schoonderwoerd ingeschakeld. Mr. Schoonderwoerd heeft in mei 2015 een procedure tegen de ex-werkgever van de consument aanhangig gemaakt. De kantonrechter heeft vervolgens de vorderingen van de consument afgewezen.

Hierop heeft mr. Schoonderwoerd SRK laten weten dat de consument voornemens was om hoger beroep in te stellen en dat de verwachting was dat het gerechtshof het vonnis zou vernietigen en de vorderingen van de consument alsnog zou toewijzen (gedeeltelijk). Daarbij heeft mr. Schoonderwoerd aan SRK een voorstel gedaan ter voorkoming van verdere kosten voor SRK. SRK heeft dit voorstel afgewezen en daarbij verwezen naar het eerder door haar ingenomen standpunt.

- 2.5 De consument heeft hoger beroep ingesteld. Het Gerechtshof Den Haag heeft op 18 februari 2020 tussenarrest gewezen. De consument heeft naar aanleiding van het tussenarrest bij de uitvoerder – die de uitvoering van de verzekeringsovereenkomst heeft overgenomen van SRK – verzocht om de door hem gemaakte en nog te maken kosten te vergoeden. De uitvoerder heeft laten weten niet tot vergoeding van de juridische kosten over te gaan totdat er een einduitspraak is waartegen geen rechtsmiddel meer openstaat.
- 2.6 De consument kan zich niet vinden in dit oordeel en heeft daarom een klacht ingediend bij Kifid.

De klacht en vordering

- 2.7 De consument vordert vergoeding van de gemaakte en nog te maken kosten in verband met zijn pensioengeschil met en de procedures tegen zijn ex-werkgever, ook in het geval de consument ervoor kiest om een schikking met zijn ex-werkgever te treffen.
- 2.8 Ook vordert de consument betaling van een bedrag van € 45.163,67 wegens de door de consument gemaakte kosten van rechtsbijstand in de periode 2014 tot en met april 2020 en de door de consument in verband met de procedures gemaakte kosten aan deurwaarders, griffierechten, actuariële deskundigen e.d., te vermeerderen met BTW en met de wettelijke rente vanaf de brief van mr. Schoonderwoerd van 14 juli 2017 tot de dag der betaling. Dit onverminderd de verplichting van de verzekeraar en de uitvoerder om de kosten die consument vanaf april 2020 heeft gemaakt en nog zal maken in verband met zijn geschil met en de procedures tegen de ex-werkgever te vergoeden.
- 2.9 De consument vordert dat verzekeraar en de uitvoerder verboden wordt vergoeding van de door de consument gemaakte en nog te maken kosten afhankelijk te stellen van een einduitspraak die in kracht van gewijsde is gegaan, zulks op straffe van een hoofdelijk door de verzekeraar en de uitvoerder te verbeuren dwangsom van € 500,- per dag voor elke dag of gedeelte van een dag dat zij dit verbod overtreden.
- 2.10 Tevens vordert de consument van de verzekeraar en de uitvoerder een voorschot te betalen op de vanaf april 2020 gemaakte en nog te maken kosten, gebaseerd op de gemaakte kosten en de naar verwachting nog te maken kosten.

- 2.11 Tot slot vordert de consument vergoeding van de door hem gemaakte kosten en nog te maken kosten voor de onderhavige klachtprocedure.
- 2.12 Ter onderbouwing van zijn vorderingen voert de consument – kort en bondig geformuleerd – het volgende aan.
- 2.13 De uitvoerder handelt met het ingenomen standpunt, dat pas naar een kostenvergoeding wordt gekeken als er een einduitspraak ligt waartegen geen rechtsmiddel meer openstaat, in strijd met zijn verplichtingen uit hoofde van de verzekering, de gemaakte afspraken, de uitslatingen op de website, de redelijkheid en billijkheid en de bijzondere zorgplicht die op hem als uitvoerder tegenover de consument rust en hetgeen hem als uitvoerder betaamt, alsmede onrechtmatig.
- 2.14 Uit de voorwaarden, het mailbericht van SRK van 28 april 2014 en de website van de uitvoerder blijkt dat het resultaat ook kan worden bereikt met een schikking. Het is daarvoor niet nodig dat er een einduitspraak van de rechter ligt, waartegen geen rechtsmiddel meer openstaat.
- 2.15 De uitvoerder ontnemt met het ingenomen standpunt ten onrechte de mogelijkheid voor de consument om de procedure tot een goed einde te brengen. De consument kan de zaak alleen schikken als de door hem gemaakte kosten en nog te maken kosten volledig door de verzekeraar en/of de uitvoerder worden vergoed. Door het gerechtshof is aan partijen ook voorgesteld om de mogelijkheid van schikken te onderzoeken, omdat voor de schadeberekening deskundigen moeten worden ingeschakeld, dat hoge kosten met zich meebrengt en een einduitspraak nog minimaal twee jaar duurt. De ex-werkgever heeft zich ook ter zitting bereid verklaard de mogelijkheid van een schikking te onderzoeken.
- 2.16 De consument heeft er groot en dringend belang bij om te onderzoeken of hij de zaak met zijn ex-werkgever kan schikken. Zo is de consument door het door SRK ingenomen standpunt gedwongen geweest om de zaak zelf aanhangig te maken en de kosten van de procedure bij de kantonrechter en het gerechtshof voor te schieten. Dit heeft het uiterste van de financiële draagkracht van de consument gevergd. De consument heeft al negen jaar te kampen met een veel te laag pensioen en heeft er dringend behoefte aan dat zijn pensioen zo spoedig mogelijk met terugwerkende kracht tot datum pensionering wordt verhoogd. De consument heeft slechts een deel van de voor de procedures gemaakte kosten voldaan. Hij heeft daarvoor zijn vermogen moeten aanspreken, dat eigenlijk voor andere dingen diende. Daardoor is zijn financiële armslag ernstig beperkt en heeft hij niet van zijn pensioentijd kunnen genieten. Ook is de procedure voor de consument een zware mentale belasting.

De consument is ook op gevorderde leeftijd en loopt daardoor het risico dat hij na het eindarrest van het gerechtshof over minimaal 2 jaar, door ziekte of anderszins, niet meer kan profiteren van de door het gerechtshof toegewezen schadevergoeding. Het gerechtshof heeft aangegeven dat dit een substantieel bedrag zal belopen.

- 2.17 Bij een schikking worden hoge extra kosten van voortprocederen en deskundigen voorkomen, die de consument niet kan voorschieten (en voor rekening komen van de uitvoerder). Bovendien wordt met een schikking het risico voorkomen dat de consument geheel of gedeeltelijk in de kosten van de deskundigen wordt veroordeeld. Daarnaast wordt het risico van cassatie, waardoor de zaak nog jaren kan duren, voorkomen.
- 2.18 Het is gelet op het tussenarrest van het gerechtshof, waarbij de consument principieel in het gelijk is gesteld, de mededelingen van het gerechtshof en de hiervoor genoemde omstandigheden in strijd met de redelijkheid en billijkheid en hetgeen de uitvoerder als rechtsbijstand-verzekeraar betaamt dat de door de consument gemaakte kosten nog niet door SRK, de uitvoerder en/of de verzekeraar zijn vergoed en zij geen bevestiging hebben gegeven dat de nog door de consument te maken kosten zullen worden vergoed.
- 2.19 De verzekeraar en de uitvoerder kunnen zich er niet op beroepen dat er een negatief advies is van mr. [naam adviseur] en dat uit de voorwaarden zou volgen dat de uitvoerder de gemaakte kosten pas hoeft te vergoeden als er een positieve definitieve uitslag van de zaak is en dat zij de gemaakte kosten slechts gedeeltelijk (pro rata) hoeven te vergoeden indien het beoogde resultaat slechts gedeeltelijk wordt bereikt. Ook kan de uitvoerder zich evenmin beroepen op artikel 9.4 van de voorwaarden, waarin staat dat SRK geen (verdere) rechtsbijstand hoeft te verlenen als deze van mening is dat er geen redelijke kans van slagen is om het gewenste resultaat te bereiken.
- 2.20 De voorwaarden waarnaar wordt verwezen, zijn namelijk niet van toepassing, omdat deze niet bij het tot stand komen van de verzekering van toepassing zijn verklaard en dateren van na het ontstaan van het geschil tussen de consument en zijn ex-werkgever (in 2011). Voor zover er eerdere voorwaarden rechtsgeldig van toepassing zijn verklaard die soortgelijke bedingen bevatten als waarop de uitvoerder en de verzekeraar zich beroepen, zijn deze bedingen niet van toepassing, omdat de consument geen voorwaarden heeft ontvangen, althans niet voor of bij het sluiten van de verzekering en dergelijke bedingen derhalve vernietigbaar zijn op grond van artikel 6:233 jo. 6:234 BW en hij deze bedingen heeft vernietigd, althans de vernietigbaarheid daarvan inroept.
- 2.21 Ook is een beding dat voorziet in geschillenbeslechting door middel van een bindend advies onredelijk bezwarend (artikel 6:236 sub n BW). De consument roept de vernietigbaarheid van dit beding in.

- 2.22 Het advies van mr. [naam adviseur] is geen bindend advies, althans de verzekeraar en de uitvoerder kunnen zich er in redelijkheid niet op beroepen dat er sprake is van een bindend advies. Mocht er wel sprake zijn van een rechtsgeldig beding tot geschillenbeslechting middels bindend advies en mocht het advies van mr. [naam adviseur] wel bindend zijn, dan is gebondenheid aan dat advies door de ernstige inhoudelijke gebreken en ernstige gebreken in de wijze van totstandkoming naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar (artikel 7:904 BW). De consument roept de vernietigbaarheid in van dit advies.
- 2.23 Het beroep van de verzekeraar en de uitvoerder op de artikelen 16.1 en 9.4 van de voorwaarden is in de gegeven omstandigheden naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. De consument wordt de mogelijkheid ontnomen om zijn recht te halen, de procedure voort te zetten en daarmee de schadevergoeding te verkrijgen, waarop hij volgens de mededelingen van het gerechtshof ter zitting recht op heeft. Dit is naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, nu in de procedure bindend is komen vast te staan dat de pensioenovereenkomst 1984 niet gewijzigd is en de ex-werkgever zijn pensioenverplichtingen niet is nagekomen en het nog slechts om de hoogte van de schadevergoeding gaat.
- 2.24 De verzekeraar en de uitvoerder zijn in gebreke om aan hun verplichtingen uit hoofde van de verzekeringsovereenkomst te voldoen. Zij hebben de consument ook de mogelijkheid ontnomen om de zaak eventueel met een schikking te beëindigen.

Het verweer

- 2.25 De verzekeraar en de uitvoerder hebben verweer gevoerd tegen de stellingen van de consument. Voor zover relevant zal de commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

3. De beoordeling

- 3.1 De commissie moet in deze procedure een aantal vragen beantwoorden. De consument klaagt allereerst over het door mr. [naam adviseur] uitgebrachte advies. Dat punt zal de commissie eerst behandelen. Vervolgens zal de commissie ingaan op de door de consument gevorderde vernietiging van de artikelen 9.4 en 16.1 van de voorwaarden.

Het advies van mr. [naam adviseur]

- 3.2 Ter zitting is de klacht over het advies van mr. [naam adviseur] aan de orde gekomen. De vraag is aan de orde gekomen waarom niet eerder is geklaagd over de gestelde gebrekkigheid van het advies van mr. [naam adviseur]. De verzekeraar heeft daarover aangevoerd dat de consument reeds in 2014 – meer specifiek: tijdens een telefoongesprek met de verzekeraar op 6 mei 2014 – is gewezen op de mogelijkheid om naar Kifid te gaan om te klagen over het advies van mr. [naam adviseur]. Na de zitting is de telefoonnotitie van dit gesprek overgelegd door verzekeraar.

Vanwege het langdurige tijdsverloop na 2014 kunnen de klachten over de gestelde gebrekkigheid van het advies van mr. [naam adviseur], niet meer worden behandeld. Dit onderdeel, zoals geformuleerd in de klacht van de consument, zal de commissie daarom verder buiten beschouwing laten.

Vernietiging van artikelen 9.4 en 16.1 van de voorwaarden: ter hand gesteld?

3.3 Door de consument is primair de vernietigbaarheid van de artikelen 9.4 en 16.1 van de voorwaarden ingeroepen, omdat hij de voorwaarden niet heeft ontvangen. De consument doet daarmee een beroep op artikel 6:233 sub b jo. 6:234 BW. De verzekeraar en de uitvoerder hebben aangevoerd dat de vorderingen die zien op de vernietigbaarheid van de voorwaarden in verband met de terhandstelling zijn verjaard. De verjaringstermijn van artikel 6:235 lid 4 jo. artikel 3:52 lid 1 onder d BW begint met de aanvang van de dag, volgende op die waarop een beroep op het beding is gedaan. Naar het oordeel van de commissie volgt uit de door partijen ingediende stukken en hetgeen op de hoorzitting is besproken dat SRK met het e-mailbericht van 28 april 2014 een beroep heeft gedaan op de artikelen 9.4 en 16.1 van de voorwaarden. In deze e-mail staat namelijk het volgende vermeld:

“De heer [naam adviseur] deelt de mening van het SRK. Op basis van de inhoud van de toepasselijke polisvoorwaarden, met name art. 16 die hieronder vermeld staat, kunt u de zaak tot u trekken en op eigen kosten voortzetten. Kiest u ervoor om niet in uw pensioensituatie te berusten, maar de zaak tot u te trekken en uit de definitieve uitslag van de zaak zou blijken dat het beoogde resultaat geheel werd bereikt, dan zal het SRK alsnog de gemaakte kosten van rechtsbijstand, zoals genoemd in de polisvoorwaarden, vergoeden. Als het beoogde resultaat slechts gedeeltelijk wordt bereikt, dan zal het SRK de gemaakte kosten vergoeden voor zover deze in verhouding staan tot het gedeeltelijk behaalde resultaat. Met andere woorden, zou de helft van het beoogde resultaat worden behaald, dan vergoedt het SRK de helft van de gemaakte kosten van rechtsbijstand. Om voor die (gedeeltelijke) vergoeding in aanmerking te komen, dient de schriftelijke uitslag van de zaak door het SRK binnen een maand nadat de zaak is beëindigd van u te zijn ontvangen.

Al met al zal het SRK in uw zaak thans verder geen werkzaamheden meer verrichten. Voor het geval u de zaak zelf wenst voort te zetten, verwijs ik u naar wat hierboven is weergegeven. Graag verneem ik van u of u de zaak zelf wenst voort te zetten. Als ik binnen twee weken na vandaag niet van u vernomen heb, dan zal ik er alsdan vanuit gaan dat u de zaak niet zelf wenst voort te zetten en zal ik zonder nadere aankondiging tot archivering van het dossier over gaan.”

3.4 In het hiervoor aangehaalde e-mailbericht van 28 april 2014 wordt door SRK verwezen naar de specifieke bepalingen in de voorwaarden die over de haalbaarheid van de zaak en de gevolgen daarvan voor de dekking onder de verzekering gaan.

Daarom is de verjarings-termijn op 29 april 2014 (de aanvang van de dag, volgende op die waarop een beroep op het beding is gedaan) gaan lopen. Dit betekent dat het beroep van de consument op de vernietigbaarheid van deze artikelen van de voorwaarden op 29 april 2017 is verjaard. Een verdere inhoudelijke bespreking van dit punt zal de commissie dan ook achterwege laten.

Vernietiging artikel 16.1 van de voorwaarden: onredelijk bezwarend beding?

- 3.5 De consument heeft ook het standpunt ingenomen dat een beding dat voorziet in geschillenbeslechting door middel van een bindend advies onredelijk bezwarend is (artikel 6:236 sub n BW). De consument roept de vernietigbaarheid van dit beding in. De verzekeraar en de uitvoerder hebben aangevoerd dat deze vordering is verjaard. Ook betwisten de uitvoerder en de verzekeraar dat sprake is van een algemene voorwaarde, zodat volgens hen artikel 6:233 BW niet van toepassing is. Zij voeren aan dat artikel 16.1 van de voorwaarden een kernbeding is.

Verjaring beroep op artikel 6:233 sub a BW

- 3.6 Door de verzekeraar en de uitvoerder is aangevoerd dat de vordering tot vernietiging van artikel 16.1 in verband met het gestelde onredelijk bezwarende karakter daarvan is verjaard. Dit beroep gaat echter niet op. Op 10 juni 2021 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie onder andere overwogen dat artikel 6 lid 1 en artikel 7 lid 1 van de Richtlijn 93/13/EEG inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna: de Richtlijn) zich verzetten tegen een nationale regeling op grond waarvan er voor een vordering van een consument tot vaststelling van het oneerlijke karakter van een beding in een tussen een verkoper en die consument gesloten overeenkomst een verjaringstermijn geldt.¹
- 3.7 Het is daarom naar het oordeel van de commissie niet relevant of de rechtsgrond tot vernietiging is verjaard, omdat in het kader van de vergaande consumentenbescherming de commissie zo nodig ambtshalve de voorwaarden moet beoordelen. Wanneer de consument een beroep doet op het onredelijk bezwarende karakter van een voorwaarde en de verzekeraar en de uitvoerder dat beroep afweren met de stelling dat het beroep op de vernietigingsgrond verjaard is, behoort de onderhavige voorwaarde tot de rechtsstrijd van partijen en geldt de verplichting van de commissie tot ambtshalve toetsing. Als de commissie tot het oordeel komt dat het beding onredelijk bezwarend is in de zin van art. 6:233 onder a BW, is de commissie gehouden de voorwaarde buiten toepassing te laten, ook al is een beroep op de vernietigingsgrond niet meer mogelijk.²

¹ Zie het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 10 juni 2021, onder het nummer C-776/19 tot en met C-728/19, ECLI:EU:C:2021:470, overweging 48.

² De commissie verwijst in dit kader ook naar een uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 11 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3843, overweging 4.14, te raadplegen op www.rechtspraak.nl.

- 3.8 De commissie zal daarom inhoudelijk toetsen of sprake is van een onredelijk bezwarend beding en of de voorwaarde in dat kader moet worden vernietigd. Daarvoor is allereerst van belang de vraag of artikel 16.1 moet worden aangemerkt als een kernbeding, zoals aangevoerd door de verzekeraar en de uitvoerder, of als een algemene voorwaarde.

Artikel 16.1 van de voorwaarden: kernbeding of algemene voorwaarde?

- 3.9 Het bepaalde in de artikelen 6:231 e.v. BW behelst (onder meer) de implementatie van 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 19e 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.
- 3.10 De commissie is van oordeel dat artikel 16.1 van de voorwaarden niet is aan te merken als een kernbeding in de zin van artikel 6:231 sub a BW. Naar objectieve maatstaven kan niet worden geoordeeld dat deze bepaling gaat over de kern van de te leveren prestatie. Artikel 16.1 van de voorwaarden bepaalt de wijze waarop wordt omgegaan met een verschil van mening tussen de uitvoerder en de verzekerde over de regeling van het geschil waarvoor een beroep op de verzekering is gedaan. Het beding is in zoverre geen beding dat het verzekerde risico en de verbintenis van de verzekeraar vooraf duidelijk omschrijft of afbakt. Ook kan niet worden gezegd dat de verbintenissen die uit de overeenkomst voortvloeien, zonder het beding onvoldoende bepaalbaar zijn. In zoverre kan ook niet worden aangenomen dat de in artikel 16.1 neergelegde bepaling in relevante mate van invloed is geweest op de berekening van de door de consument voor de verzekering betaalde premie.³ Artikel 16.1 moet daarom worden aangemerkt als een algemene voorwaarde.

³ GC Kifid nr. 2021-0289, overweging 3.6, te vinden op www.kifid.nl.

Daarmee is de vraag aan de orde of artikel 16.1 van de voorwaarden onredelijk bezwarend is in de zin van artikel 6:233 sub a BW.

Is artikel 16.1 van de voorwaarden onredelijk bezwarend?

- 3.11 De uitvoerder en de verzekeraar verwijzen naar artikel 16.1 van de voorwaarden ter onderbouwing van het standpunt dat zij aan de op hen rustende verplichtingen uit de verzekeringsovereenkomst hebben voldaan. De consument heeft aangevoerd dat dit beding onredelijk bezwarend is en roept de vernietiging van het beding in.
- 3.12 Een voorwaarde is oneerlijk in de zin van de Richtlijn als het in strijd met de goede trouw het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort. Dat volgt uit artikel 3 lid 1 van de Richtlijn. Voor deze beoordeling zijn *“alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst (...), op het moment waarop de overeenkomst is gesloten”* en *“de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft”* van belang. Dat staat in artikel 4 lid 1 van de Richtlijn.
- 3.13 In artikel 16.1 van de voorwaarden is de geschillenregeling neergelegd. Hierin staat onder andere dat de consument een beroep op de geschillenregeling kan doen wanneer de consument het niet eens is met ofwel het juridische (eind)standpunt omtrent de redelijke kans van slagen van SRK ofwel met de juridische aanpak van de zaak door SRK. In artikel 16.1 van de voorwaarden is ook opgenomen dat een beroep op de geschillenregeling betekent dat een externe (Nederlandse) advocaat (naar keuze van de verzekerde) een bindend advies geeft in antwoord op de vraag of het ingenomen juridisch (eind)standpunt of de wijze van juridische aanpak van de zaak zo tot stand heeft kunnen komen. Verder is in artikel 16.1 van de voorwaarden een pro rata-regeling opgenomen: wanneer de verzekerde de zaak op eigen kosten voortzet en het beoogde resultaat gedeeltelijk wordt bereikt, worden door SRK de kosten in verhouding tot het behaalde resultaat vergoed.
- 3.14 De consument voert aan dat artikel 16.1 van de voorwaarden onredelijk bezwarend is, omdat het beding voorziet in geschillenbeslechting door middel van een bindend advies. De consument verwijst in dat kader naar artikel 6:236 sub n BW. Artikel 6:236 sub n BW bepaalt dat een beding in de algemene voorwaarden onredelijk bezwarend is als dat beding: *“voorziet in de beslechting van een geschil door een ander dan de rechter die volgens de wet bevoegd zou zijn, tenzij het de wederpartij een termijn gunt van tenminste een maand nadat de gebruiker zich schriftelijk jegens haar op het beding heeft beroepen, om voor beslechting van het geschil door de volgens de wet bevoegde rechter te kiezen.”*

- 3.15 Artikel 16.I van de voorwaarden is gebaseerd op artikel 4:68 Wet op het financieel toezicht (Wft). In dat artikel is bepaald dat een rechtsbijstandverzekeraar een scheidsrechterlijke procedure of een andere procedure die met een scheidsrechterlijke procedure vergelijkbare garanties inzake objectiviteit biedt, in de verzekeringsvoorwaarden moet opnemen. Het enkele feit dat de verzekeraar in de verzekeringsvoorwaarden een geschillenregeling ter beslechting van meningsverschillen over de haalbaarheid van een zaak of de juridische aanpak ervan heeft opgenomen, betekent derhalve niet dat het beding op die grond onredelijk bezwarend is. Voor de beantwoording van de vraag of het beding onredelijk bezwarend is, moet worden gekeken naar de precieze inhoud van de regeling.
- 3.16 De commissie is van oordeel dat de pro rata-regeling in het beding onredelijk bezwarend is nu dit gedeelte van de voorwaarde in strijd met de goede trouw is en het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort. De reden daarvoor is dat de consument – wanneer de uitvoerder het standpunt inneemt dat er geen redelijke kans van slagen is – bij het alsnog behalen van een positief resultaat (maar niet het volledig beoogde resultaat) niet zijn kosten vergoed krijgt, zoals hij wel zou hebben gekregen wanneer de uitvoerder dit standpunt niet had ingenomen. Ook in het geval dat de uitvoerder wel van oordeel is dat er een redelijke kans van slagen is, is het immers mogelijk dat uiteindelijk niet het (volledig) beoogde resultaat wordt bereikt. In die situatie heeft de consument wél recht op volledige vergoeding van de kosten (met inachtneming van de voorwaarden) tot het kostenmaximum. Door de pro rata-regeling in het beding wordt het evenwicht tussen partijen daarmee aanzienlijk in het nadeel van de consument verstoord. De commissie zal daarom het gedeelte van artikel 16.I van de voorwaarden dat ziet op de pro rata-regeling ambtshalve vernietigen. Gevolg daarvan is dat als de verzekerde de zaak op eigen kosten voortzet de uitvoerder verplicht is om ook als het beoogde resultaat gedeeltelijk wordt bereikt, de gemaakte kosten met inachtneming van de geldende voorwaarden te vergoeden.

Heeft de consument recht op een proceskostenvergoeding voor de procedure bij Kifid?

- 3.17 Wanneer de consument *gedeeltelijk* door de commissie in het gelijk wordt gesteld, heeft hij recht op een proceskostenvergoeding. De commissie stelt deze vergoeding vast op 50% van het hiervoor geldende tarief. Voor procedures bij Kifid geldt het Liquidatietarief bij het reglement van de geschillencommissie, te raadplegen op de website van het Kifid. De (gedeeltelijke) toegewezen vordering van de consument is van onbepaalde waarde. De commissie sluit hiervoor aan bij het tarief voor vorderingen van onbepaalde waarde in het Liquidatietarief Proceskostenvergoeding van de Rechtspraak (per 1 februari 2021). Dat betreft de tariefgroep voor vorderingen van € 10.000,- tot € 20.000,-. Dit correspondeert met tariefgroep V van het Kifid Liquidatietarief.

3.18 De consument is bijgestaan door een advocaat. De kosten van de procedure worden daarom vastgesteld op € 800,- (2 procespunten à € 400,- per punt voor advocaten). De verzekeraar moet 50% van deze kosten (€ 400,-) aan de consument vergoeden.

Conclusie

3.19 De commissie concludeert dat artikel 16.1 van de voorwaarden gedeeltelijk moet worden vernietigd. De vernietiging hiervan heeft tot gevolg dat de consument bij het behalen van (een gedeelte van) het beoogde resultaat, waaronder derhalve ook valt het treffen van een schikking, recht heeft op vergoeding van de door hem gemaakte kosten met inachtneming van de geldende voorwaarden.

3.20 Op dit moment is echter nog onduidelijk of de consument (een gedeelte van) het beoogde resultaat heeft behaald. De reden daarvoor is dat de consument nog in afwachting is van het eindarrest van het gerechtshof. Partijen hebben wel het tussenarrest van het gerechtshof in de procedure overgelegd. Daaruit maakt de commissie op dat de kans aannemelijk is dat de consument (voor een deel) in het gelijk wordt gesteld door het gerechtshof. De commissie begrijpt echter het standpunt van de uitvoerder dat de gemaakte kosten ingevolge de voorwaarden pas achteraf worden vergoed, gelet op het restitutierisico. Gelet op dit risico zal geen voorschot worden toegewezen.

4. De beslissing

De commissie beslist dat de uitvoerder gehouden is om aan de consument, bij het behalen van (een gedeelte van) het beoogde resultaat, de door de consument gemaakte kosten te vergoeden met inachtneming van de geldende voorwaarden, met wettelijke rente daarover vanaf 14 juli 2017 tot aan de dag van algehele voldoening. Verder betaalt de verzekeraar binnen vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, aan de consument een proceskostenvergoeding van € 400,-.

Deze uitspraak is een niet-bindend advies. Tegen deze uitspraak staat geen hoger beroep open bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. U kunt de zaak nog wel aan de rechter voorleggen.

Binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen tot herstel van vergissingen in de uitspraak zoals schrijffouten, een verkeerde naam/datum of rekenfouten. De beslissing van de geschillencommissie in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Binnen een maand na de verzenddatum van de uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen om de uitspraak aan te vullen als u vindt dat de geschillencommissie niet heeft beslist over alle onderdelen van uw vordering. Dit ziet niet op de situatie waarin u meent dat de geschillencommissie in haar uitspraak niet uitdrukkelijk al uw argumenten, ter onderbouwing van uw vordering, heeft behandeld. Meer informatie hierover staat in artikel 40 van het reglement van de geschillencommissie, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten.

Bijlage - Relevante bepalingen uit de verzekeringsvoorwaarden

“D. Bijzondere voorwaarden rechtsbijstandverzekering voor particulieren

(...)

9. Wat dekt deze verzekering?

(...)

9.4 Vereiste van redelijke kans van slagen in een zaak

SRK beoordeelt of er een redelijke kans van slagen bestaat om het door u gewenste resultaat te bereiken. Als deze redelijke kans van slagen er niet (meer) is, zal SRK geen (verdere) rechtsbijstand verlenen. Dit wordt gemotiveerd aan u meegedeeld.

(...)

16. Wat kunt u doen wanneer u het niet eens bent met SRK?

16.1 Geschillen over de behandeling door SRK

Gedragslijn bij verschil van mening tussen SRK en u over de regeling van het geschil waarvoor een beroep op deze verzekering is gedaan.

Indien u als verzekerde het niet eens bent met ofwel het juridische (eind)standpunt omtrent de redelijke kans van slagen van SRK ofwel met de juridische aanpak van de zaak door SRK, dan kunt u eenmalig een beroep doen op de geschillenregeling.

Een beroep op de geschillenregeling betekent dat een externe (Nederlandse) advocaat naar uw eigen keuze een bindend advies geeft in antwoord op de vraag of het ingenomen juridisch (eind)standpunt of de wijze van juridische aanpak van de zaak zo tot stand heeft kunnen komen. Niet ingeschakeld kan echter worden een advocaat die al als belangenbehartiger voor u bij de zaak betrokken is (geweest).

SRK schakelt deze advocaat in en betaalt de kosten verbonden aan het advies. Als u zelf een advocaat inschakelt worden de kosten niet vergoed.

Indien de advocaat met een voor u gunstig advies komt, dan kan SRK of een externe advocaat de behandeling van uw zaak voortzetten. De zaak wordt nooit voortgezet door de advocaat die het bindend advies heeft gegeven. Ook de kantoorgenoten van deze advocaat kunnen de zaak niet verder behandelen. SRK verstrekt schriftelijk opdracht tot eventuele verdere behandeling.

Deelt de advocaat de mening van SRK, dan kunt u de zaak tot u trekken en op eigen kosten voortzetten. Indien uit de definitieve uitslag van de zaak - die u verplicht bent binnen een maand nadat de zaak is beëindigd aan SRK te zenden - blijkt dat het beoogde resultaat geheel werd bereikt, zal SRK alsnog de gemaakte kosten van rechtsbijstand, zoals genoemd in deze voorwaarden, vergoeden. Indien het beoogde resultaat slechts gedeeltelijk werd bereikt, zal SRK deze kosten in verhouding tot het behaalde resultaat vergoeden.”