

**Einduitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2020-391
(mr. drs. S.F. van Merwijk, voorzitter, mr. A.W.H. Vink, mr. L. van Berkum,
mr. dr. S.O.H. Bakkerus, prof. mr. M.L. Hendrikse, 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 : 6 mei 2020
Aard uitspraak : Niet-bindend advies

Samenvatting

Rechtsbijstandverzekering. Oneerlijk beding. 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 heeft in een tussenuitspraak geoordeeld 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. In de einduitspraak is de Commissie van oordeel dat Verzekeraar het vermoeden niet heeft weten te ontkrachten. Dit brengt mee dat het bestreden beding buiten toepassing moet worden gelaten. De vordering van Consument wordt toegewezen.

I. Procesverloop

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

- de tussenuitspraak van de Commissie van 19 juli 2019;
- de reactie van Verzekeraar van 30 oktober 2019;
- de reactie van Consument van 27 januari 2020.

De Commissie heeft in de tussenuitspraak reeds vastgesteld dat de uitspraak in deze procedure niet-bindend is.

2. De verdere beoordeling

2.1 In artikel 2 van de van toepassing zijnde Algemene polisvoorwaarden is – voor zover relevant – het volgende bepaald: *“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 de tussenuitspraak heeft de Commissie overwogen dat dit artikel niet voldoende duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd en dat het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen ten nadele van de consument lijkt te worden verstoord. Dit brengt mee dat het beding naar het oordeel van de Commissie wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn. Voordat de Commissie hierover een definitief oordeel velt, heeft zij eerst Verzekeraar en vervolgens Consument in de gelegenheid gesteld zich over de tussenuitspraak uit te laten. Verzekeraar heeft hierop bij brief van 30 oktober 2019 gereageerd. Consument heeft vervolgens bij brief van 27 januari 2020 daarop gereageerd.

2.2 Verzekeraar heeft als reactie op de tussenuitspraak zijn standpunt gehandhaafd dat het beding duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd, zodat toetsing aan de Richtlijn 93/13/EEG Oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna ‘de Richtlijn’) en afdeling 6.5.3 Burgerlijk Wetboek (‘BW’) niet aan de orde is. Voor zover dit wel het geval is, geldt volgens Verzekeraar dat geen sprake is van een verstoring, laat staan van een aanzienlijke verstoring van de uit de verzekeringsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen.

Verzekeraar heeft ter onderbouwing van zijn standpunt het volgende aangevoerd:

- de inherente beperkingen van onze taal kunnen op zichzelf niet leiden tot de vaststelling dat een beding niet duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd. Het definiëren van termen als ‘samenhang’ of ‘oorzaak’, voorkomt niet dat discussies hierover zullen blijven ontstaan. Ook het benoemen van voorbeelden kan dergelijke discussies door het grote aantal gevaltypen niet voorkomen.
- alle rechtsbijstandverzekeraars hanteren een vergelijkbaar beding in hun verzekeringsvoorwaarden. Daarmee is in ieder geval sprake van een gebruikelijke en marktconforme praktijk. Zonder een dergelijke bepaling zou een verzekerde steeds bij een nieuw discussiepunt of een nieuwe procedure aanspraak hebben op een nieuw kostenmaximum. Hier is de premiestelling niet op afgestemd. Het hanteren van het beding leidt er ook toe dat minder snel sprake zal zijn van het aanpassen van de voorwaarden en het beëindigen van verzekeringen omdat het te verzekeren risico voor een verzekeraar onaanvaardbaar groot is.
- het hanteren van het beding is een gebruikelijke, eerlijke en gerechtvaardigde marktpraktijk die recht doet aan de legitieme belangen van de consument. Een consument zou het beding dan ook aanvaarden als daarover wel afzonderlijk was onderhandeld.

Van een verstoring van het evenwicht is geen sprake. Voor zover de Commissie hier anders over oordeelt, geldt dat die verstoring voldoende wordt gecompenseerd door de omstandigheid dat de bepaling er ook voor zorgt dat een verzekerde slechts eenmaal het eigen risico verschuldigd is.

- het voorlopig oordeel van de Commissie strookt niet met eerdere uitspraken van de Commissie over dit onderwerp.

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

2.4 De Commissie volgt de stelling van Verzekeraar dat de ‘serieschade-clausule’ een marktconforme praktijk is en dat de clausule voor de verzekeringsbranche van belang is. De vraag die de Commissie moet beantwoorden ziet dan ook niet op het hanteren van een dergelijke clausule in het algemeen. Uitgangspunt is immers dat het een verzekeraar in beginsel vrij staat om de grenzen te bepalen waarbinnen hij bereid is dekking te verlenen. Zie de uitspraak van de Hoge Raad van 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV9435. Waar het in deze zaak om gaat is of het specifieke beding, als opgenomen in artikel 2 van de Algemene voorwaarden voldoende duidelijk en begrijpelijk is en als dat niet het geval is, of dat beding dan als oneerlijk moet worden aangemerkt.

Is de bepaling voldoende duidelijk?

2.5 De Commissie heeft in de tussenuitspraak voorlopig geoordeeld dat het bestreden beding niet voldoende duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd. Hetgeen Verzekeraar in zijn brief van 30 oktober 2019 naar voren heeft gebracht, vormt naar het oordeel van de Commissie geen aanleiding om tot een ander oordeel te komen. De Commissie overweegt daarbij dat Verzekeraar onvoldoende heeft toegelicht wanneer sprake is van samenhang. In artikel 2 van de Algemene polisvoorwaarden is de volgende omschrijving opgenomen: *“Het kan zijn dat u meer conflicten hebt die met elkaar samenhangen. Of die dezelfde feiten als oorzaak hebben.”* Door de bepaling in twee zinnen te splitsen, wordt de indruk gewekt dat sprake is van twee van elkaar te onderscheiden categorieën, te weten conflicten die met elkaar samenhangen en conflicten die dezelfde feiten als oorzaak hebben. Daarbij is niet duidelijk waaruit dat onderscheid zou bestaan en het roept onder meer de vraag op hoe conflicten die niet dezelfde feiten als oorzaak hebben toch met elkaar kunnen samenhangen en andersom hoe conflicten die niet met elkaar samenhangen toch dezelfde feiten als oorzaak kunnen hebben. Omwille van de duidelijkheid verdient het naar het oordeel van de Commissie aanbeveling om een (zoveel mogelijk) objectieve, duidelijke en concrete maatstaf te formuleren voor de bepaling dat maar één keer het kostenmaximum wordt uitgekeerd, zodat de gemiddelde consument bij het sluiten van de overeenkomst weet waar hij aan toe is.

- 2.6 Voor zover Verzekeraar aanvoert dat het nader omschrijven van begrippen van ‘samenhang’ of ‘oorzaak’ geen einde maakt aan eventuele discussies over de vraag wanneer in voorkomende gevallen sprake is van samenhang, miskent Verzekeraar dat schriftelijke bedingen in overeenkomsten met consumenten steeds duidelijk en begrijpelijk moeten zijn geformuleerd. De omstandigheid dat geschillen over de samenhang van conflicten en daarmee over de toepassing van het kostenmaximum zullen blijven bestaan, omdat de toepassing van het beding uiteindelijk afhangt van (in de praktijk mogelijke discussies over) de oorzaken die in het concrete geval tot het geschil hebben geleid, doet hier niet aan af. Uit de reactie van Verzekeraar op de tussenuitspraak blijkt verder dat Verzekeraar geen heil ziet in het opnemen van voorbeelden om te laten zien in welke situaties sprake kan zijn van een samenhang van conflicten. Dat is uiteindelijk de keuze van Verzekeraar, maar de Commissie kan zich voorstellen dat het benoemen van een aantal situaties ertoe kan bijdragen dat de consument beter in staat is de economische gevolgen te voorzien die voor hem uit het beding voortvloeien.
- 2.7 Het hiervoor overwogene leidt de Commissie tot de conclusie dat het kernbeding van artikel 2 van de Algemene polisvoorwaarden niet duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd en daarom onder de werking van artikel 4 lid 2 van de Richtlijn en artikel 6:233 BW valt.

Onredelijk bezwarend?

- 2.8 Het enkele feit dat het beding niet duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd, maakt nog niet dat het beding in alle gevallen ook oneerlijk is als bedoeld in de Richtlijn. Zie r.o. 3.4 van HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830. Op grond van artikel 3 van de Richtlijn wordt een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, als oneerlijk beschouwd indien 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. Of een beding in een overeenkomst oneerlijk is als in de Richtlijn bedoeld, wordt naar Nederlands recht getoetst aan de hand van (een Richtlijn conforme uitleg van) artikel 6:233 sub a BW. Volgens deze bepaling is een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar indien het, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij.

- 2.9 Volgens de Hoge Raad kan een aanzienlijke verstoring van het evenwicht al volgen uit het feit dat de rechtspositie waarin de consument als partij bij de betrokken overeenkomst verkeert krachtens de toepasselijke nationale bepalingen, in voldoende ernstige mate wordt aangetast doordat de inhoud van de rechten die de consument volgens die bepalingen aan die overeenkomst ontleent, wordt beperkt of de uitoefening van die rechten wordt belemmerd dan wel doordat aan de consument een extra verplichting wordt opgelegd waarin de nationale bepalingen niet voorzien. Zie punt 68 van HvJ EU 14 maart 2013, ECLI:EU:C:2013:164 en r.o. 3.8.2. van HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800.
- 2.10 De Commissie heeft in de tussenuitspraak geoordeeld dat met het bepaalde in artikel 2 van de Algemene polisvoorwaarden het evenwicht van de tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen ten nadele van de consument lijkt te worden verstoord. Verzekeraar heeft als reactie hierop kort gezegd aangevoerd dat het bestreden beding niet tot relevante beperkingen van de rechten van een verzekerde leidt en dat de iets minder gunstige positie van de verzekerde op grond van de bepaling niet leidt tot een aanzienlijke verstoring van het evenwicht ten nadele van de verzekerde (de Commissie begrijpt voor zover die verzekerde als consument kan worden beschouwd). Daarmee heeft Verzekeraar het vermoeden van de verstoring niet weten te ontcrachten. In de tussenuitspraak heeft de Commissie al geoordeeld dat zij het onwenselijk acht dat bij gebrek aan een voldoende duidelijk onderscheidend criterium het in feite aan Verzekeraar is overgelaten of conflicten wel of niet met elkaar samenhangen. Dit wordt nog versterkt doordat Verzekeraar in het bestreden beding heeft opgenomen: *“Dan zien wij al deze conflicten als één conflict”*. Het is dus Verzekeraar die bepaalt of sprake is van samenhangende conflicten. Deze subjectieve maatstaf maakt dat naar het oordeel van de Commissie sprake is van een aanzienlijke verstoring van het evenwicht ten nadele van Consument in de zin van art. 3 lid 1 van de Richtlijn. Naar het oordeel van de Commissie kan niet worden aangenomen dat Verzekeraar er redelijkerwijs van uit kon gaan dat Consument het beding in de huidige vorm zou aanvaarden indien daarover door partijen op eerlijke en billijke wijze afzonderlijk was onderhandeld. Zie voor deze laatste toets r.o. 3.2.3 van HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830 en punt 69 van HvJ EU 14 maart 2013, ECLI:EU:C:2013:164. Het argument van Verzekeraar dat de verstoring voldoende wordt gecompenseerd doordat een verzekerde slechts eenmaal het eigen risico is verschuldigd, treft naar het oordeel van de Commissie geen doel. Gelet op het verschil tussen de hoogte van het eigen risico dat een verzekerde doorgaans voor eigen rekening moet nemen en de bedragen van de kostenmaxima, kan van een voldoende compensatie geen sprake zijn. Ter zake de stelling van Verzekeraar dat het te verzekeren risico voor de verzekeraar onaanvaardbaar groot zal worden en sneller tot wijzigingen van de voorwaarden en beëindigingen van verzekeringen zal leiden, stelt de Commissie vast dat dit valt onder het risicobeleid van Verzekeraar en niet van belang is voor de beoordeling van onderhavige kwestie.

- 2.11 Voor zover Verzekeraar verwijst naar eerdere uitspraken van de Commissie, waarin de Commissie ten aanzien van de vraag of sprake is van een samenhang van conflicten in het voordeel van Verzekeraar heeft beslist, overweegt de Commissie dat het in de door Verzekeraar aangehaalde uitspraken om verschillende formuleringen van dergelijke bedingen gaat. Overigens sluit de onderhavige toetsing door de Commissie aan op de ambtshalve toetsing van een beding in de (algemene) verzekeringsvoorwaarden aan de Richtlijn waartoe ook de overheidsrechter gehouden is.
- 2.12 Hetgeen hiervoor is overwogen leidt de Commissie tot het oordeel dat het beding oneerlijk en dus onredelijk bezwarend is. Dit brengt mee dat artikel 2 van de Algemene polisvoorwaarden buiten toepassing moet worden gelaten, waardoor Consument niet aan het beding is gebonden. Nu Verzekeraar geen beroep op het beding toekomt, heeft hij het verzoek van Consument, om voor elk van de gevoerde procedures de kosten telkens tot het kostenmaximum te vergoeden ten onrechte met een beroep op de Algemene polisvoorwaarden afgewezen en zal de vordering van Consument alsnog worden toegewezen.

Hoger beroep

- 2.13 Gelet op de mogelijk verstrekkende gevolgen van deze uitspraak voor Verzekeraar zal de Commissie op de voet van artikel 2.2 onder a van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening bepalen dat voor Verzekeraar hoger beroep tegen deze uitspraak openstaat.

3. Beslissing

De Commissie wijst de vordering toe, in die zin dat Verzekeraar Consument nogmaals een kostenmaximum van € 12.500,00 toekent.

In overweging 2.13 is vermeld dat tegen deze uitspraak hoger beroep kan worden ingesteld bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Op grond van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening 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/in-beroep-gaan-bij-kifid.

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.