

7 Eenheid in de rechtsbijstandverzekering?

Y.L.L.A.M. Delfos-Roy & S.J.A. Mulder [■]

1 INLEIDING

1.1 Korte blik op de geschiedenis

De moderne rechtsbijstandverzekering zoals wij die thans kennen is in Nederland, vergeleken met de ons omringende landen, laat tot ontwikkeling gekomen. Pas na de tweede wereldoorlog zien we hier te lande, omstreeks medio jaren vijftig, de Arnhemsche Verzekering Maatschappij en de Bataafsche Verzekering Maatschappij met een rechtsbijstandverzekering komen. De reikwijdte van die eerste rechtsbijstandverzekeringen was echter beperkt: het ging om polissen die betrekking hadden op rechtsbijstand in de verkeerssector en wel in het bijzonder het autoverkeer.¹

Latere maatschappelijke ontwikkelingen, zoals de aanzienlijke industrialisering, verstedelijking en bevolkingsgroei en (ook) daarmee samenhangend sterk toenemend verkeer maakten de kans op schade en conflicten veel groter. Daarnaast groeide het rechtsbewustzijn van de burgers en nam de aandacht voor rechtsverkrijging toe.² Onder meer deze factoren hebben geleid tot een forse groei van de rechtsbijstandverzekering, een groei die zich tot op de dag van vandaag nog voortzet. Verzekering voor rechtsbijstand door personen die geen gebruik kunnen maken van door de overheid gefinancierde rechts-

■ Y.L.L.A.M. Delfos-Roy is universitair docent afdeling ondernemingsrecht, Universiteit Leiden. S.J.A. Mulder is universitair hoofddocent afdelingen ondernemingsrecht en burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

1 F. Baron van der Feltz en J.H. Wansink, 'De rechtsbijstandverzekering in Nederland', *VA* 1975, p. 148 e.v., J.J. van der Wansem, 'Rechtsbijstandverzekering', *VA* 1965, p. 103, J. Werner, *Die Rechtsschutzversicherung in Europa*, Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft 1985, p. 195 e.v. Over auto's gesproken: volgens sommigen is de bakermat van de moderne rechtsbijstandverzekering een ongeluk dat zich in 1917 in Frankrijk voordeed tijdens een autowedstrijd, de ronde van Le Mans. Dat ongeluk leidde tot de oprichting van DAS d.w.z. Défense Automobile et Sportive, die aanvankelijk i.h.b. een verzekering bood tegen proceskosten waarmee automobilisten en (andere) sportbeoefenaars geconfronteerd konden worden. Het zal wel geen betoog behoeven dat DAS ook thans nog een bekende naam in rechtsbijstandland is. Zie hierover E. Truyens, 'De rechtsbijstandverzekering in het sociaal recht', *RW* 1998-1999, nr. 5, p. 137.

2 Truyens 1998-1999, p. 137 (zie noot 1), Baron van der Feltz en Wansink 1975, p. 150 (zie noot 1).

bijstand³ is thans op allerlei gebieden mogelijk en bepaald niet alleen in de verkeerssector. Bovendien gaat het dan niet uitsluitend om bescherming van de verzekerde tegen het financiële risico van een procedure maar ook om de mogelijkheid van het verkrijgen van juridische adviezen van de rechtsbijstandverzekeraar indien de verzekerde daar – onder omstandigheden – behoefte aan mocht hebben.

1.2 Wettelijke regeling rechtsbijstandverzekering en polis

Een rechtsbijstandverzekering is – het zal de lezer niet verbazen – een schadeverzekering en dat betekent (we beperken ons hier tot het, naar verwachting, per 1 januari 2006 in te voeren nieuwe verzekeringsrecht (Boek 7, titel 17 NBW) maar voor het huidige recht geldt materieel hetzelfde) dus dat Boek 7, titel 17, afdelingen 1 en 2 op zo'n verzekering van toepassing zijn. Voorzover adviezen worden gegeven of bijstand in een procedure verleend wordt door de verzekeraar zelf (zie verder hierna) is sprake van een uitkering (vergoeding) in natura. Dat is volgens de wet zonder meer mogelijk: art. 7.17.1.1 lid 1 spreekt immers over 'Verzekering is een overeenkomst waarbij de ene partij, de verzekeraar, zich tegen het genot van premie jegens haar wederpartij, de verzekeringnemer, verbindt tot het doen van een of meer uitkeringen, ... etc.' Art. 7.17.1.1a voegt daar dan in het eerste lid aan toe dat onder uitkering (als bedoeld dus in lid 1 van het vorige artikel) een prestatie anders dan in geld begrepen is.

Overigens bevat Boek 7, titel 17 geen bepalingen die uitsluitend betrekking hebben op de rechtsbijstandverzekering. Anders bijvoorbeeld is dat in België: hoofdstuk IV (art. 90 e.v.) van de Wet op de Landverzekeringsovereenkomst (WLO) gaat over rechtsbijstandverzekeringen.⁴

Een en ander betekent niet dat in Nederland geen specifieke wettelijke bepalingen met betrekking tot rechtsbijstandverzekering bestaan. In de Wet Toezicht Verzekeringsbedrijf 1993 (WTV 1993) vinden we in hoofdstuk III, getiteld 'De uitoefening van het verzekeringsbedrijf', paragraaf vier die als titel heeft 'De branche Rechtsbijstand' (art. 58 t/m 63). Deze paragraaf is geïnspireerd door Richtlijn 87/344/EEG van de Raad van 22 juni 1987 tot

3 Zie met betrekking tot de door de overheid gefinancierde rechtsbijstand de 'Wet op de rechtsbijstand'. Het kunnen beschikken over rechtsbijstand wanneer men die nodig heeft is een fundamenteel recht, zie art. 18 Grondwet, art. 6 EVRM, art. 14 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en art. II-47 Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa.

4 In ons andere buurland, Duitsland, wordt de rechtsbijstandverzekering zeer uitvoerig geregeld – niet in het *Versicherungsvertragsgesetz* maar – in de *Allgemeine Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung*, waarvan de laatste versie uit 2000 dateert (ARB 2000). Over de ARB is in Duitsland veel geschreven.

coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de rechtsbijstandverzekering.⁵

Om een voorbeeld te geven: krachtens art. 6 Richtlijn dienen de Lid-Staten alle nodige maatregelen te nemen om te verzekeren dat er – kort gezegd – wordt voorzien in een procedure om te bepalen welke gedragslijn er bij verschil van mening tussen de rechtsbijstandverzekeraar en zijn verzekerde zal worden gevolgd voor de regeling van het geschil. De neerslag hiervan vinden we in art. 61 WTV 1993: een verzekeraar moet er zorg voor dragen dat in de verzekeringsovereenkomst wordt voorzien in een procedure om te bepalen welke gedragslijn er bij verschil van mening moet worden gevolgd voor de regeling van het geschil. In de polis pleegt men genoemde procedure aan te treffen onder het kopje ‘Geschillenregeling’. Zie hierover paragraaf 2.

Onder een geschil omtrent de te volgen gedragslijn valt niet een geschil over de omvang van de dekking. Hierover vermeldt de richtlijn niets expliciet. Aan de problemen die over de omvang van de dekking zijn gerezen, zullen wij in paragraaf 3 aandacht besteden.

Met het voorgaande zijn we bij de polis aangeland en het lijkt hier de plaats om in dat verband enkele algemene opmerkingen te maken. Als een rechtsbijstandverzekering wordt gesloten pleegt men verzekerd te zijn in een bepaalde hoedanigheid (‘de verzekerde hoedanigheid’) en van die hoedanigheid pleegt de polis dan ook een omschrijving te bevatten. Het gaat hier om een kwestie die de voor rechtsbijstand verzekerde goed in de gaten moet houden en die in de praktijk nogal eens tot misverstanden en teleurstelling aanleiding geeft. Wij geven hier enkele voorbeelden, ontleend aan de uitspraken van de Raad van Toezicht Verzekeringen (vroeger: Raad van Toezicht op het schadeverzekeringsbedrijf) afgekort RvT. Op deze Raad komen we hierna nog terug (onderdeel c van deze inleiding), doch hier alvast enige illustratieve casus. Eerst twee gevallen waarin de polis van de rechtsbijstandverzekering vermeldde dat de verzekerde als particulier verzekerd was. Gewoonlijk pleegt de polis hiervan nog weer een nadere omschrijving te geven en dat was in deze gevallen ook gebeurd. In RvT VI-88/8 blijkt bijvoorbeeld dat de polis onder particulier verstaat degene die buiten de uitoefening van een zelfstandig beroep of bedrijf zijn particulier belang behartigt en verder dat het verwerven van inkomsten buiten loondienst niet als particulier belang wordt aangemerkt. Een soortgelijke, iets andere geformuleerde, omschrijving treffen we ook aan in RvT VI-89/29. In het eerste geval nu was de verzekerde zelfstandig werkzaam in de automatiseringsbranche en waren er problemen met een klaarblijkelijk in verband met die werkzaamheden geleverde computer (waarvoor de verzekerde rechtsbijstand wilde). Verzekeraar wilde die bijstand niet verlenen omdat verzekerde slechts als particulier verzekerd was en daar in dit geval geen sprake van was. In het tweede geval (RvT VI-89/29) werd van de verzekerde huur gevorderd voor kantoorruimte, die hij had gehuurd voor zichzelf

5 *PbEG* nr. L 185, p. 77, 1987/07/04.

maar ook als directeur van een opgerichte dan wel nog op te richten BV. Hiervoor wilde verzekerde rechtsbijstand. Ook hier weigerde de verzekeraar omdat dit niet onder een rechtsbijstandverzekering voor particulieren zou vallen. De door de verzekerden (bij de RvT) ingediende klachten werden door de Raad in beide gevallen ongegrond verklaard. Dan twee gevallen van beroeps-/bedrijfsmatige verzekering. In RvT VI-90/2 was de verzekerde hoedanigheid dierenarts (voor kleine huisdieren). Verzekerde was met een compagnon in de veterinaire wereld een adviesbureau voor bedrijfsbegeleiding begonnen. Met die compagnon was een conflict ontstaan, waarvoor de verzekerde rechtsbijstand wilde. Verzekeraar weigerde echter rechtsbijstand te verlenen omdat dit zou liggen buiten de verzekerde hoedanigheid. In een ander geval (RvT VI-92/13) was de verzekerde hoedanigheid omschreven als: 'eigenaar/exploitant van een handel in substraatmat. en andere artikelen t.b.v. de tuinbouw'. Verzekerde had zich echter op het terrein van de productontwikkeling begeven. In dat kader was een conflict ontstaan en de verzekeraar weigerde rechtsbijstand te verlenen omdat het hier niet ging om een conflict waarin de verzekerde als handelaar (als bedoeld in de hiervoor gegeven omschrijving) was betrokken. Ook in deze beide gevallen werden de door de verzekerden ingediende klachten door de RvT ongegrond verklaard.⁶

Nu is op zichzelf dunkt ons op deze uitspraken van de RvT weinig af te dingen. Daar gaat het ons hier echter niet om. Het gaat ons hier erom duidelijk te maken dat verzekerden in de rechtsbijstandverzekering in een bepaalde hoedanigheid verzekerd plegen te zijn en dat naarmate die hoedanigheid enger omschreven is, de kans op weigering door de verzekeraar om rechtsbijstand te verlenen rechtevenredig toeneemt.

Dit brengt ons op een volgend punt en wel de kwestie waarop de (in een bepaalde hoedanigheid) verzekerde nu eigenlijk recht heeft. In het algemeen pleegt dat volgens de polis in de eerste plaats te zijn het verlenen van rechtsbijstand en het geven van juridische adviezen. Als uitgangspunt geldt dat het verlenen van rechtsbijstand en het geven van juridische adviezen door de verzekeraar zélf geschiedt of althans door een juridisch zelfstandig schaderegelingskantoor dat door de verzekeraar met de uitvoering van de rechtsbijstandverzekering is belast. Zie in verband met dit laatste art. 58 Wet toezicht verzekeringbedrijf 1993. Mocht het in voorkomende gevallen nodig zijn dat de verzekeraar een opdracht verstrekt aan een advocatenkantoor of aan andere rechtens bevoegde deskundigen dan worden de honoraria van de betrokken advocaten en andere deskundigen in principe ook vergoed. Overigens is het ook mogelijk dat een advocaat in loondienst is van de verzekeraar of het schaderegelingskantoor.⁷

6 Zie voor enige andere gevallen: RvT VI-90/24 (hierin was de vraag of er als particulier was gehandeld; volgens de verzekerde wel, volgens verzekeraar niet; de klacht werd gegrond bevonden), RvT VI-91/29, RvT VI-92/10, RvT VI-96/17, RvT 2003/06 Rbs.

7 Zie hierover AM 10 mei 2002, p. 6.

1.3 De RvT en de rechtsbijstandverzekering

Zoals hiervoor al is opgemerkt zijn er (overigens vrij veel) uitspraken van de RvT die over rechtsbijstandverzekering gaan en in dat kader lijkt het hier nuttig om kort op deze RvT in te gaan en de implicaties van zijn uitspraken.

De RvT ressorteert (naast diverse ombudsmannen) onder de Stichting Klachteninstituut Verzekeringen. Het is een tuchtcollege waarvan de functie in art. 5 sub a van het Reglement Raad van Toezicht Verzekeringen als volgt is omschreven:

'De Raad heeft tot taak erop toe te zien dat de aangeslotene bij het bemiddelen, het tot stand brengen en uitvoeren van overeenkomsten van verzekering met consumenten en in het bijzonder ten aanzien van het zorgvuldig en voortvarend optreden in het verkeer met consumenten, de goede naam e.d. het aanzien van en het vertrouwen in het bedrijf in stand houden. Bij de uitoefening van haar taak toetst de Raad het handelen en/of nalaten van de aangeslotenen ook aan binnen de in de bijlage genoemde organisatie totstandgekomen gedragscodes en/of eeregelen.'⁸

Overigens is het geenszins de bedoeling dat de Raad treedt in de plaats van de bevoegde rechter en het staat de klager dan ook te allen tijde vrij om zich tot de rechter te wenden, vgl. art. 5 sub b en c Reglement RvT.

De RvT kan niet alleen in actie komen op verzoek van een consument/klager, maar ook op verzoek van de Ombudsman Verzekeringen, terwijl ook ambtshalve optreden mogelijk is (art. 6 sub b Reglement RvT). Wordt een klacht geheel of gedeeltelijk gegrond verklaard dan vermeldt de RvT in zijn uitspraak hetgeen waartoe de betrokkene ten opzichte van de klager is gehouden. Verzekeraars die lid zijn van het Verbond van Verzekeraars zijn uit dien hoofde gehouden gevolg te geven aan de beslissingen van de RvT, rechtens afdwingbaar voor de klager is de nakoming van de beslissing van de RvT echter niet.⁹

Zoals gezegd, de RvT is een tuchtcollege en zijn uitspraken moeten dan ook vanuit die invalshoek worden begrepen.¹⁰ Dat wil echter niet zeggen dat het standpunt van de RvT niet van (grote) invloed is op de rechter. Die invloed kwam aan de orde in de uitspraak van de Hoge Raad van 12 januari

8 Onder 'aangeslotene' verstaat het Reglement RvT een bedrijf dat lid is van de in de bijlage genoemde beroeps- of bedrijfsorganisatie, dan wel het bedrijf dat geen lid van genoemde organisatie(s) is, doch zich vrijwillig heeft aangesloten bij de Stichting. Genoemde bijlage noemt onder meer het Verbond van Verzekeraars en diverse tussenpersonenorganisaties. Onder 'bedrijf' in art. 5 sub a dient het verzekeringsbedrijf te worden verstaan.

9 P. Clausing en J.H. Wansink, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands recht, 5. Bijzondere overeenkomsten, Deel VI, De verzekeringsovereenkomst*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, nr. 69.

10 Zie over de toetsing in het algemeen door de RvT Asser-Clausing-Wansink, 5 VI, 1998, nr. 69 (zie noot 9) en daar aangehaalde literatuur.

1996, NJ 1996, 683, m.nt. MMM (Kroymans/Sun Alliance Verzekering).¹¹ Het ging in deze uitspraak onder meer om de vraag of het beroep van de verzekeraar op een vervaltermijn (voor het instellen van een vordering tegen de verzekeraar) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Nu moet bij de vaststelling van wat de redelijkheid en billijkheid meebrengen onder meer rekening worden gehouden met de in Nederland levende rechtsovertuigingen (thans art. 3:12 BW). Wat nu de in Nederland levende rechtsovertuiging betreft deed Kroymans een beroep op uitspraken van de RvT, welke getuigden van een bepaalde visie van die Raad met betrekking tot het beroep op een in de verzekeringsvoorwaarden voorkomende vervaltermijn.¹² Genoemde visie van de RvT was volgens de Hoge Raad dan aldus van betekenis:

‘Weliswaar gaat het bij de door de Raad van Toezicht aangelegde maatstaf erom of de verzekeraar door zijn gedraging de goede naam van het schadeverzekeringsbedrijf heeft geschaad. Maar indien een gedraging van een verzekeraar jegens diens verzekerde onder de omstandigheden van het geval niet kan worden aanvaard uit een oogpunt van handhaving van de goede naam van het schadeverzekeringsbedrijf, ligt het in de rede te oordelen dat die gedraging onder dezelfde omstandigheden evenmin aanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Zulks in aanmerking genomen bestaat er grond om voor de inhoud van de op het onderhavige punt in Nederland levende rechtsovertuiging betekenis toe te kennen aan het hiervoor weergegeven standpunt van de Raad van Toezicht.’

Betekent deze uitspraak nu dat de Hoge Raad zonder meer de uitspraken van de RvT volgt? Als het ware een geval dus, zoals men dat in het mededingingsrecht zegt, van slaafse nabootsing of navolging? Ons inziens heeft Mendel in zijn noot in de Nederlandse Jurisprudentie overtuigend betoogd dat dat niet het geval is. Trouwens, het zou dunkt ons ook bezwaarlijk anders kunnen zijn omdat de RvT als rechtscollège zoals we hebben gezien nu eenmaal opereert vanuit een bepaalde invalshoek. De Hoge Raad spreekt dan ook over ‘betekenis toe te kennen’ of anders gezegd, zoals Asser-Clausing-Wansink¹³

11 Zie ook HR 14 mei 2004, *RvdW* 2004, 74 en HR 3 december 2004, *NJ* 2005, 160, m.nt. MMM.

12 De Hoge Raad geeft die visie als volgt weer: ‘Blijkens hetgeen onder 8.2 in de conclusie van het Openbaar Ministerie wordt weergegeven, stelt die Raad zich op het standpunt dat, ongeacht of de begunstigde door een advocaat werd bijgestaan, een beroep op een in de verzekeringsvoorwaarden voorkomend beding waarin de termijn waarbinnen de begunstigde zijn recht geldend moet maken, wordt verkort tot zes maanden, uit een oogpunt van handhaving van de goede naam van het schadeverzekeringsbedrijf niet kan worden aanvaard, indien de verzekeraar bij de weigering van betaling niet op niet mis te verstane wijze heeft meegedeeld dat hij een beroep op het vervallen van de aanspraak van de begunstigde zal doen indien de vordering niet binnen de genoemde termijn voor de bevoegde rechter aanhangig is gemaakt.’

13 Zie noot 10.

het uitdrukken: 'Uitspraken van de Raad van Toezicht kunnen voor de rechter mede richting gevend zijn'.

2 GESCHILLENREGELING

Zoals in de inleiding gezegd dient verzekeraar er, ingevolge artikel 61 Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993, voor te zorgen dat in de verzekeringsovereenkomst uitdrukkelijk wordt voorzien in een (scheidrechterlijke) procedure, teneinde te bepalen welke gedragslijn er bij verschil van mening tussen de verzekeraar en de verzekerde zal worden gevolgd voor de regeling van het geschil waarvoor een beroep op rechtsbijstandverzekering wordt gedaan.

Geschil omtrent de te volgen gedragslijn kan zich bijvoorbeeld voordoen ten aanzien van de vraag of er genoeg bewijs is om tot een succesvolle gerechtelijke procedure over te gaan, of de kans om door hoger beroep het beoogde resultaat te bereiken reëel is,¹⁴ of over de vraag of een deskundige moet worden aangesteld.¹⁵

In een verzekeringsovereenkomst wordt in bovenbedoelde procedure wel voorzien door de bepaling (de bewoordingen zijn niet steeds per overeenkomst identiek) dat verzekerde – wanneer deze na overleg met verzekeraar met deze van mening over de te volgen gedragslijn blijft verschillen – verzekeraar kan verzoeken, het betreffende verschil van mening omtrent de te volgen gedragslijn, aan een advocaat naar keuze van verzekerde voor te leggen. Terwijl het oordeel van deze advocaat voor verzekeraar bindend is en de kosten voor rekening van verzekeraar komen.¹⁶

14 RvT VI-99/13: Verdedigbaar is het standpunt van verzekeraar dat met het verlenen van rechtsbijstand voor het voeren van een procedure bij de rechtbank, verzekeraar niet zondermeer de verplichting heeft aanvaard ook rechtsbijstand te verlenen voor het voeren van een procedure in hoger beroep. Verzekeraar heeft zich, aldus de RvT, in redelijkheid kunnen beroepen op de polisbepaling dat geen rechtsbijstand wordt verleend indien 'de kans om daardoor het beoogde resultaat te bereiken te gering is'.

15 Zie F. Ponet, P. Rubens en W. Verhees, *De Landverzekeringsovereenkomst*, België: Kluwer Rechtswetenschappen 1993, pag. 410 t/m 411. H. Cousy & G. Schoorens, *De nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst*, België 1994, Kluwer Rechtswetenschappen, p. 294 waar de Memorie van Toelichting wordt weergegeven. Verschil van mening omtrent de te volgen gedragslijn kan zich aldus deze toelichting voordoen 'wanneer de aanspraken van de verzekerde buitensporig lijken te zijn of de in te stellen vordering geen redelijke kans van slagen lijkt te hebben'. Zie voorts M.N. J. Heeneman, *de Beursbengel*, maart 2004, p. 10 t/m 11.

16 Zie ook Heeneman 2004, p.10 t/m 11 (zie noot 15). Onder de hier bedoelde kosten die voor rekening van verzekeraar komen vallen niet, 'kosten die klager aan zijn belangenbehartiger moet betalen in verband met de door deze in de klachtprocedure voor de Raad verleende bijstand', aldus RvT VI-96/20. Klager had de onderhavige klacht tegen verzekeraar ingediend, daar deze zich niet wilde neerleggen bij klagers advocaatkeuze in het kader van de geschillenregeling. Verdedigbaar is, aldus de RvT, 'dat een tuchtrechtelijke procedure als de onderhavige niet strekt tot vaststelling van schade of tot verkrijging van voldoening buiten rechte, zoals bedoeld in artikel 6: 96 lid 2 onder b en c BW. Derhalve is ook verdedig-

Ingevolge de verzekeringsovereenkomst kan het zo zijn dat de verzekerde, wil hij van deze geschillenregeling gebruik maken, niet zelf tot het aanstellen van een advocaat mag overgaan maar dat hij verzekeraar daarom moet verzoeken. Ons inziens geldt ook in het geval waarin verzekerde beroep doet op de geschillenregeling, het oordeel van de RvT – gegeven in een procedure waarin het, het door een verzekerde inschakelen van een advocaat ter verlening van rechtsbijstand betrof – dat een slechte ervaring van verzekerde met verzekeraar in een ander geschil waarin om rechtsbijstand is verzocht er niet aan af doet dat verzekerde niet, zonder overleg met en toestemming van verzekeraar, zelf een advocaat mag inschakelen.¹⁷ Wanneer verzekerde zonder overleg met en toestemming van verzekeraar toch overgaat tot het zelf inschakelen van een advocaat, zal het van de omstandigheden van het geval afhangen of verzekeraar kan weigeren de kosten van de hier bedoelde raadsman te vergoeden.¹⁸

Dat het oordeel van de in verband met de geschillenregeling ingeschakelde advocaat bindend is voor verzekeraar, volgt dunkt ons uit artikel 61 Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993.

Echter wanneer een door bedoelde advocaat uitgebracht bindend advies ‘in verband met inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn’ is dit wel vernietigbaar krachtens artikel 7: 904 lid 1 BW, aldus de RvT.¹⁹

Op grond van HR 12 september 1997²⁰ kan worden gesteld dat alleen *ernstige* gebreken in (de totstandkoming van) bedoeld advies gebondenheid aan bedoeld advies naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar maken. Denk bijvoorbeeld aan het niet toepassen van het beginsel van

baar dat de kosten die aan het voeren van een dergelijke procedure zijn verbonden niet kunnen worden beschouwd als kosten ter vaststelling van schade of tot verkrijging van voldoening buiten rechte’.

17 Zie RvT VI-96/12.

18 Zie RvT 2000/29. In deze procedure wilde verzekeraar de kosten van de door verzekerde zelf ingeschakelde advocaat, die succesvol rechtsbijstand had verleend, niet vergoeden. De RvT overwoog echter: ‘De enkele omstandigheid dat klager zich al buiten verzekeraar om tot een advocaat had gewend in verband met de lange duur van de schadebehandeling, kan er in de gegeven omstandigheden niet toe leiden dat de geschillenregeling buiten werking zou blijven’. Met als gevolg dat verzekeraar, de kosten van rechtsbijstand door de advocaat van klager gemaakt, moest vergoeden. Klager had verzekeraar bij herhaling verzocht meer voortvarendheid te betrachten bij verhaal van de schade, na verloop van een jaar na het ontstaan van de schade heeft klager die de Nederlandse taal onvoldoende beheerst zich tot een advocaat gewend, de advocaat heeft beroep gedaan op de geschillenregeling omdat tussen advocaat en verzekeraar verschil van mening over de verdere wijze van behandeling van het onderhavige geschil ontstond, verzekeraar heeft geweigerd de betreffende advocaat opdracht te geven tot het overnemen van de behandeling van de zaak van klager.

19 RvT VI-96/20.

20 HR 12 september 1997, NJ 1998, 382, m.nt. MMM. Zie voorts HR 20 mei 2005, RvdW 2005, 76.

hoor en wederhoor of partijdigheid van de in het kader van de geschillenregeling ingeschakelde advocaat.²¹

Ook kan het zo zijn dat een, in het kader van de geschillenregeling, door de betreffende advocaat uitgebracht rapport

‘naar inhoud of wijze van totstandkoming van dien aard is dat verzekeraar met de goede naam van het verzekeringsbedrijf in strijd zou handelen door de inhoud ervan tot richtsnoer te nemen’.²²

Ook van dit laatste kan pas sprake zijn indien ernstige gebreken aan bedoeld advies kleven.

Ingevolge artikel 62 Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 dient verzekeraar er onder andere zorg voor te dragen dat, telkens wanneer er tussen hem en verzekerde een verschil van mening bestaat over de te volgen gedragslijn ter regeling van het geschil, verzekerde op de hoogte wordt gebracht van de mogelijkheid gebruik te maken van de bovenbedoelde geschillenregeling.

Een vraag die zich kan voordoen is: op welk moment is er sprake van verschil van mening tussen verzekeraar en de verzekerde op grond waarvan de geschillenregeling in werking treedt?²³ Dit zal, nu Nederland niet, zoals België, wettelijk heeft geregeld op welk moment er sprake is van bedoeld verschil van mening, van de verzekeringsvoorwaarden afhangen.

Vooropgesteld moet worden dat verschil van mening impliceert dat verzekeraar zich een oordeel heeft kunnen vormen over de zaak en dat verzekeraar zijn oordeel aan verzekerde ter kennis heeft gebracht. In een situatie waarin verzekerde niet wil dat verzekeraar zijn zaak gaat behandelen – bijvoorbeeld omdat verzekerde de voorkeur geeft aan een advocaat en verzekerde geen stukken die betrekking hebben op de zaak aan verzekeraar doet toekomen – en verzekeraar zich geen oordeel heeft kunnen vormen, is de geschillenregeling niet van toepassing.²⁴

Artikel 93 eerste alinea van de Wet op de landverzekeringsovereenkomst (België) bepaalt:

‘De verzekerde, bij verschil van mening met zijn verzekeraar over de gedragslijn die zal worden gevolgd voor de regeling van het schadegeval en na kennisgeving door de verzekeraar van diens standpunt of van diens weigering om de stelling van de verzekerde te volgen, heeft het recht een advocaat van zijn keuze te raadplegen onverminderd de mogelijkheid om een rechtsvordering in te stellen.’²⁵

21 Vergelijk M.M. Mendel in zijn noot onder HR 12 september 1997, NJ 1998, 382.

22 Vergelijk RvT 2002/70.

23 RvT VI-99/8.

24 Zie ook RvT 2001/10 Rbs.

25 Zie voor de tekst van dit artikel H. Cousy en G. Schoorens, *De nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst*, Kluwer Rechtswetenschappen België 1994, p. 293 en H. Cousy en C. van Schoubroeck, *Wetgeving Verzekeringen 2003*, Kluwer 2002, p. 68 t/m 69.

Wij hebben de indruk dat verzekeringsvoorwaarden voor verzekerden ongunstiger kunnen uitpakken dan bedoelde wettelijke regeling. Dit moge het volgende voorbeeld verduidelijken. In de onderhavige casus²⁶ betreft het een geschillenregeling in de algemene verzekeringsvoorwaarden volgens welke verzekerde eerst een beroep op de geschillenregeling kan doen, wanneer verzekerde in een brief aan verzekeraar, op basis van voor verzekeraar bekende feiten en omstandigheden, heeft gemotiveerd waarom hij het niet met verzekeraar eens is. Een dergelijke regeling lijkt ons met name voor de minder geschoolde verzekerde belastend, mogelijk zal een verzekerde er zelfs van afzien beroep op de geschillenregeling te doen.²⁷

Wij zouden dan ook willen pleiten voor een wettelijke regeling als de eerste alinea van artikel 93 Wet op de landverzekeringsovereenkomst, omdat het ons voorkomt dat, nog los van uniformering, het voorgaande geval zich met deze regeling wellicht minder snel zal voordoen. Immers bij verschil van mening tussen verzekerde en zijn verzekeraar over de gedragslijn die zal worden gevolgd voor de regeling van het schadegeval, is het de verzekeraar die zijn standpunt aan verzekerde te kennen moet geven.²⁸

Onder een geschil omtrent de te volgen gedragslijn voor de regeling van het geschil waarvoor een beroep op de rechtsbijstandverzekering wordt gedaan valt niet een geschil omtrent de omvang van de verzekeringsdekking.²⁹ Heeneman zegt hierover dat geschillen tussen verzekeraar en verzekerde 'over de vraag of al dan niet sprake is van dekking onder de polis' 'in eerste instantie via de interne klachtenprocedure van de betreffende verzekeraar moeten worden opgelost'.³⁰

3 ONZEKER VOORVAL

3.1 Inleiding; onzekerheid

In paragraaf 1 hebben we gezien dat het recht op rechtsbijstand is verankerd in een aantal verdragen, onze grondwet en EG-Richtlijn 87/344. Deze laatste bevat enige regels om een goede rechtsbijstand te waarborgen, maar vermeldt niets over het onderwerp van deze paragraaf: het onzeker voorval, in de rechtsbijstandverzekering ook wel 'gebeurtenis' genoemd. Zoals we nog zullen zien heeft dit begrip in de rechtsbijstandverzekering tot problemen geleid en

26 RvT 2004/16.

27 De RvT 2004/16 was echter van mening dat nu verzekerde niet aan deze algemene voorwaarde had voldaan, verzekeraar gezien de omstandigheden van het geval niet de goede naam van het verzekeringsbedrijf had geschaad door zich op het standpunt te stellen dat hij niet aan de geschillenregeling was toegekomen.

28 Vergelijk Ponet, Rubens, Verhees 1993, p. 411 t/m 412 (zie noot 15).

29 Zie RvT VI-96/21. Zie voorts Heeneman 2004, p. 10 t/m 11 (zie noot 15).

30 Heeneman 2004, p. 10 t/m 11 (zie noot 15).

het zou in de geest van de richtlijn zijn (en, naar we mogen aannemen, toch ook in de geest van onze grondwet en de genoemde verdragen) indien daarvoor een goede en, indachtig het thema van deze bundel, uniforme oplossing zou zijn te vinden.

Voordat we nu verder op deze problematiek ingaan, lijkt het verstandig hier eerst enige aandacht te besteden aan het begrip onzeker voorval c.q. onzekerheid in de rechtsbijstandverzekering. Onder huidig recht bepaalt art. 246 WvK dat verzekering een overeenkomst is die dekking biedt tegen schade geleden tengevolge van een onzeker voorval. Onder onzeker voorval wordt veelal verstaan een gebeurtenis die naar de normale loop van de omstandigheden niet te verwachten was.³¹ Dit geldt, als zijnde een schadeverzekering, uiteraard ook voor de rechtsbijstandverzekering, die dekking geeft als er ten gevolge van een onzeker voorval rechtshulp nodig is. Interessanter voor ons (in verband met de verwachte invoering in 2006) is echter het nieuwe verzekeringsrecht en wel art. 7.17.1.1 dat niet spreekt over onzeker voorval maar over: '(...) bij het sluiten der overeenkomst voor partijen geen zekerheid bestaat (...)'. Dit lijkt een ander criterium waaraan sneller zal zijn voldaan: enige onzekerheid is al voldoende. Anders gezegd: geen verzekering is mogelijk tegen hetgeen dat bij het sluiten van de overeenkomst als zeker te verwachten is.³² Mendel merkt in Wery/Mendel³³ terecht op dat dit verschil niet al te zwart-wit moet worden benaderd en dat voor de vraag of er sprake is van een onzeker voorval moet worden gekeken naar wat voor verzekering het is (in casu dus een rechtsbijstandverzekering) en wat partijen hebben afgesproken.

3.2 Modelbepaling

Zoals we in 3 sub a) al hebben opgemerkt heeft in de rechtsbijstandverzekering het begrip onzeker voorval/gebeurtenis tot problemen aanleiding gegeven. Een schets van die problemen geeft Westbroek.³⁴ Een en ander komt er op neer dat verzekerde en verzekeraar nogal eens van mening verschillen over het antwoord op de vraag of er een onzeker voorval/gebeurtenis is, en zo ja, wanneer die heeft plaatsgevonden, zodat soms de verzekerde met betrekking tot de door zijn rechtsbijstandverzekering geboden dekking bedrogen uitkomt. Ofschoon in verzekeringskringen werd gesuggereerd – eufemistisch

31 P.L. Wery/M.M. Mendel 2004, *Hoofdzaken verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 69.

32 Zie Wery/ Mendel 2004, p. 69 (zie noot 31); H.J. Scheltema/F.H.J. Mijnsen, *M. Polak's handboek voor het Nederlandse handels- en faillissementsrecht, deel 4, Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1998, p. 176.

33 Wery/Mendel 2004, p. 69 (zie noot 32).

34 T. Westbroek, 'De onzekere gebeurtenis in de rechtsbijstandsverzekering', *VA* 1998, p. 138-144.

gezegd – dat het allemaal nogal meeviel³⁵ heeft desalniettemin de RvT zich, in verband met het relatief grote aantal klachten over de rechtsbijstandverzekering, gewend tot het Verbond van Verzekeraars en dat heeft uiteindelijk weer geleid tot Circulaire Rb-L 2003/03 van het Verbond aan de aangesloten verzekeraars.

De RvT is, aldus Circulaire Rb-L 2003/03 van het Verbond van Verzekeraars, van mening

‘dat de omschrijving van het begrip ‘gebeurtenis’ (soms ‘voorval’) in rechtsbijstandpolissen vaak zo onduidelijk en vaag is dat het voor de verzekeringnemer – vooral voor de minder goed opgeleide – niet duidelijk is of er sprake is van een gebeurtenis’.

Uit dezelfde circulaire blijkt dat de Raad van Toezicht rechtsbijstandverzekeraars heeft verzocht de definitie van het begrip gebeurtenis aan te passen. Dit vanwege de onduidelijkheid/vaagheid van de omschrijving van het begrip gebeurtenis/voorval in overeenkomsten van rechtsbijstandverzekering. Dit verzoek heeft geleid tot een modelbepaling voor polisvoorwaarden van de afdelingscommissie Rechtsbijstand van het Verbond van Verzekeraars. Verzekeringsmaatschappijen moeten zelf bepalen in hoeverre zij van de hierna geciteerde modelbepaling gebruik maken.

De desbetreffende bepaling luidt als volgt:

- ‘1. Wanneer u zelf partij wordt in een juridisch geschil, als gevolg van een ten tijde van het afsluiten van de verzekering onvoorziene feitelijke ontwikkeling, dan is de daardoor ontstane behoefte aan rechtshulp, conform de overige polisvoorwaarden, verzekerd.
2. Als één juridisch geschil in de zin van deze polisvoorwaarden wordt aangemerkt een samenhangend geheel van juridische geschillen als bedoeld in lid 1, die ontstaan zijn uit dezelfde oorzaak.
3. U kunt géén beroep doen op deze verzekering in een geval waarin bij het afsluiten van de verzekering voorzienbaar was dat u in dit geval partij in een geschil zou worden of behoefte aan rechtshulp zou krijgen.
4. Als u rechtshulp vraagt in een geval waarin u schade lijdt, dan kunt u geen beroep doen op deze verzekering als die schade is ontstaan vóór het afsluiten van de verzekering.
5. Wanneer het juridisch geschil gedurende x maanden na ingangsdatum dekking is ontstaan, wordt geen rechtshulp verleend.’

Het komt er, dunkt ons, vooral op neer dat de hiervoor weergegeven tekst er toe strekt om, via een omschrijving van het onzeker voorval althans het element onzekerheid voor deze specifieke vorm van verzekering, het inloop-

35 J. Aikens, ‘Ongefundeerde aanval op rechtsbijstandverzekeraars’, *Het Verzekeringsblad* 8-4-1999, p. 320.

risico te reguleren. Vaak is namelijk moeilijk te bepalen wanneer een geschil precies begonnen is, terwijl het ook in principe de verzekerde is die bepaalt of er een geschil is.³⁶ Wat valt er echter verder over deze aan rechtsbijstand-verzekeraars geadviseerde bepaling te zeggen?

Lid 1) en 3) lijken in zekere zin twee (verschillende) kanten van dezelfde medaille weer te geven: 1) beschrijft het geval wanneer je wél verzekerd bent en 3) de andere kant, wanneer je dat niet bent. Beide leden maken bij hun omschrijving gebruik van hetgeen dat was te voorzien. Bij lid 1) gaat het om de onvoorziene feitelijke ontwikkeling en bij 3) om hetgeen (partij in een geschil/behoefte aan rechtshulp) bij het afsluiten voorzienbaar was. Zo op het eerste gezicht lijkt de term onvoorzien (lid 1) subjectiever dan het voorzienbaar van lid 3, maar enig verschil is blijkens het begeleidend schrijven waarschijnlijk niet bedoeld: het gaat om de subjectieve wetenschap van de verzekerde, maar wel met een zekere objectivering 'hij had beter behoren te weten'. Vergelijk in dit verband de algemene omschrijving van onzeker voorval in Scheltema/Mijnssen³⁷ waarbij het er om gaat of voor de *doorsnee-verzekerde* onzekerheid bestond omtrent het intreden van de schade, anders gezegd, in objectieve zin moet voor verzekeringnemer of verzekerde onzeker zijn of het voorval zal plaatsvinden, waarbij de verzekeraar weer wél mag bewijzen dat bij de verzekeringnemer/verzekerde i.c. zodanige kennis aanwezig was dat voor hem was te verwachten dat de schade zou ontstaan. Dan gaat het dus wat de 'extra' kennis betreft om de subjectieve wetenschap. Verschil lijkt er in zoverre te zijn dat in het laatste geval van een *objectivering* (de doorsnee-verzekerde) wordt uitgegaan, aangevuld met een zekere subjectivering, doch in het eerste geval van een subjectivering aangevuld met een zekere objectivering.

Het komt ons voor dat het eerste systeem soms toch wel wat gunstiger uit kan pakken dan het laatste, immers een niet al te ontwikkelde verzekerde/verzekeringnemer wist vooraf wellicht niets en behoorde dat ook niet te voorzien, anders dan wellicht de doorsnee-verzekerde. In veel andere gevallen zal de uitkomst echter dezelfde zijn. Kortom je zou kunnen zeggen dat bij de rechtsbijstandverzekering sprake is van een klaarblijkelijk met het oog op het bijzondere karakter van deze verzekering enigszins andere accentuering. In combinatie komen lid 1 en lid 3 er overigens op neer dat bij het sluiten van de verzekering noch de feitelijke ontwikkeling, noch het partij worden in het geschil noch het behoefte krijgen aan rechtshulp mochten zijn te voorzien.

Lid 2 koppelt terug naar lid 1 en beoogt een algemene regel te geven van de zogenoemde reeksproblematiek. Een dergelijke regel komt ook thans in veel polissen voor. Als één juridisch geschil in de zin van de polisvoorwaarden wordt, aldus lid 2, aangemerkt een samenhangend geheel van juridische

36 Aikens 1999, p. 320 (zie noot 35).

37 Scheltema/Mijnssen 1998, p. 176, 179 (zie noot 32).

geschillen als bedoeld in lid 1, die ontstaan zijn uit dezelfde oorzaak. Zie voor voorbeelden van de reeksproblematiek Westbroek.³⁸

Ook lid 2 is van belang voor het inlooprisico: als het eerste geschil uit het samenhangend geheel valt onder lid 3 betekent dat dat geen van de geschillen uit het samenhangende geheel van juridische geschillen onder de dekking valt. Let wel dat er in lid 3 staat: '(...) voorzienbaar was dat u in dit geval partij in een geschil zou worden *of* (cursivering YD-R/SM) behoefte aan rechtshulp zou krijgen.' Geen *en* maar *of*: voldoende is dus dat voorzienbaar is dat je partij in een geschil zou worden, zonder dat nodig is dat behoefte aan rechtshulp wordt voorzien. Omgekeerd is ook voldoende het voorzien van de behoefte aan rechtsbijstand, zonder dat voorzienbaar is dat je partij in een geschil zou worden. Dit laatste zal zich, dunkt ons, kunnen voordoen bij de adviesbijstand, dus het geval dat de verzekeraar, los van een geschil, de verzekerde adviseert over zijn rechtspositie.

Overigens lijkt lid 2 ook van belang voor het uitlooprisico: als het eerste geschil binnen de verzekeringsperiode is gedekt is de rest van het samenhangend geheel van juridische geschillen dat in principe ook.

Ook lid 4 heeft, mogen we aannemen, met het inlooprisico te maken. Als er schade is ontstaan, bijvoorbeeld door de onrechtmatige daad van een ander, en die schade is ontstaan vóór het afsluiten van de verzekering dan bestaat er geen recht op rechtshulp, ook al is er op het moment van het afsluiten van de verzekering helemaal nog geen sprake van een conflict en/of behoefte aan rechtshulp.

Als er al schade is ligt een juridisch geschil op de loer, is wellicht ook wel te verwachten. Hoe dit echter zij, verzekeraars voelen er niet voor in dit geval dekking te verlenen.

Tenslotte lid 5. Hierin is een zogenaamde wachttermijn neergelegd. Als een juridisch geschil bijvoorbeeld binnen 3 of 6 maanden na de ingang van de dekking ontstaat, bestaat er geen recht op rechtshulp. Ook hier wordt geprobeerd het inlooprisico in de hand te houden. Het gaat hier om gevallen dat er al wel wat rommelt en men snel een verzekering sluit omdat het wel eens mis zou kunnen lopen (zonder dat direct te bewijzen is dat een en ander onder lid 3 valt). Als het geschil dan echt ontstaat binnen de wachttermijn is er geen recht op dekking.

Al met al is dus van belang in het oog te houden dat het voorval waarom het gaat is dat men partij wordt in een geschil (waardoor behoefte aan rechtsbijstand ontstaat) en dat dat voorval (in de ogen van verzekeraars) wel voldoende onzeker moet zijn.

Interessant in dit verband is ook om eens te kijken naar onze zuiderburen waar, in tegenstelling tot de situatie in Duitsland, een stelsel van rechtsbijstand-

38 T. Westbroek, 'De onzekere gebeurtenis in de rechtsbijstandsverzekering', VA 1998, p. 141 e.v.

verzekering bestaat dat, meer dan het Duitse, lijkt op het onze, en alwaar over de rechtsbijstandverzekering veel meer geschreven is dan hier te lande.

Volgens de in België heersende opvatting is het onzekere voorval³⁹ het (mogelijke) geschil waarin de verzekerde betrokken wordt. De vraag rijst dan wanneer dit risico zich precies realiseert.⁴⁰ Volgens de klassieke opvatting is dat het tijdstip waarop een van de partijen zijn eisen openbaar (kenbaar) maakt. Een recente opvatting meent echter dat het risico zich verwezenlijkt zodra de verzekerde zich in een juridische crisissituatie bevindt, en wel zodanig dat de verzekerde objectief gezien behoefte heeft aan juridische bijstand om een aanslag op zijn vermogen te voorkomen.⁴¹ Deze laatste visie is gebaseerd op de gedachte dat het risico in de rechtsbijstand dikwijls een evolutief karakter vertoont en in die visie bestaat het risico voor de verzekeraar dan uit

'l'apparition d'une situation concrète génératrice de litige conduisant normalement l'assuré agissant en bon père de famille à faire valoir ses droits'.⁴²

Laatstgenoemd tijdstip zal, naar we mogen aannemen, normaliter vroeger liggen dan het tijdstip bepaald volgens het oude klassieke criterium. Dit nieuwe, meer recente criterium zal, dunkt ons, ook als uitgangspunt kunnen gelden naar Nederlands recht, wat niet wegneemt dat de polis verdere regelingen zal kunnen treffen. Het lijkt ons, wat de Nederlandse situatie betreft, in ieder geval ook bruikbaar als de verzekeringsovereenkomst bepaalt dat een geschil zo spoedig mogelijk na zijn ontstaan gemeld moet worden. De hiervoor besproken modelbepaling bevat geen regeling over de melding aan de verzekeraar van onder de verzekering gedekte gebeurtenissen die zich realiseren tijdens de looptijd van de verzekering.

Overigens geldt (ook) in België dat een geschil dat al bestond op het moment van het afsluiten van de verzekering, niet gedekt is en dat de verzekerde verplicht is een juiste opgave van het risico te doen (vgl. art. 251K; 7.17.1.4 NBW). Zie wat dit laatste betreft onderdeel c dat enige opmerkingen bevat over de verhouding tussen een polisregeling (zoals bijvoorbeeld de (advies)bepaling) en de regeling van de verzwijging (art. 251K, 7.17.1.4-6 NBW).

39 De Wet op de Landverzekeringsovereenkomst gebruikt bij zijn omschrijving van verzekering het begrip onzekere gebeurtenis (art. 1 sub A).

40 Ph. Colle, 'De rechtsbijstandsverzekering en het K.B. van 12 oktober 1990', in: Ph. Colle (red.), *De nieuwe reglementering inzake rechtsbijstandsverzekering*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu uitgevers 1991, p. 42 e.v.

41 A. Froidmont, 'Rapport introductif: la pratique de l'assurance protection juridique' in: Ph. Colle en J.L. Fagnart (red.), *Bijzondere vraagstukken rechtsbijstandsverzekering*: Antwerpen-Apeldoorn-Bruxelles, Maklu-Bruylant: 1998, p. 15.

42 Froidmont 1998, p. 16 (zie noot 41).

3.3 Polisregeling en verzwijging (art. 251K, 7.17.1.4 NBW)

Een verzekeraar kan een verzekering sluiten op basis van een vragenlijst. Beantwoordt de verzekeringnemer de gestelde vragen juist en volledig – waarbij uitgangspunt is dat

‘een verzekeringnemer een hem door de verzekeraar voorgelegde vraag (...) mag opvatten naar de zin die de verzekeringnemer daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mag toekennen’⁴³

en wordt de betreffende overeenkomst op basis van deze antwoorden gesloten, dan kan de verzekeraar ‘zich niet erop beroepen dat feiten waarnaar niet was gevraagd, niet zijn medegedeeld, tenzij is gehandeld met het opzet de verzekeraar te misleiden’.⁴⁴ Beantwoordt verzekeringnemer de gestelde vragen echter onjuist en/of onvolledig dan kan verzekeraar de overeenkomst van verzekering overeenkomstig artikel 251 WvK (doen) vernietigen. Naar komend recht kan verzekeraar zich er in dat geval onder omstandigheden, in beginsel,⁴⁵ overeenkomstig artikel 7.17.1.5 jo. 7.17.1.6 NBW op beroepen dat (voor de betreffende gebeurtenis) geen recht op rechtsbijstand bestaat, dan wel overeenkomstig artikel 7.17.1.5 (ontwerp) NBW gebruik maken van de opzegmogelijkheid.

Maakt de verzekeraar geen gebruik van een vragenlijst, dan geldt, kort gezegd, onder huidig recht op grond van het relevantie- en kenbaarheidsvereiste, dat de verzekeringnemer die feiten/omstandigheden moet melden waarvan, naar hij weet of behoort te weten, de beslissing van verzekeraar (als redelijk handelend verzekeraar), of, en zo ja, op welke voorwaarden hij de verzekering wil afsluiten, afhangt.⁴⁶ Naar komend recht worden daaraan toegevoegd feiten/omstandigheden waarvan verzekeringnemer weet of behoort te weten dat deze voor verzekeraar relevant *kunnen* zijn.⁴⁷

Ingeval van onjuiste/onvolledige mededelingen geldt ook in dit geval dat verzekeraar zich, onder omstandigheden, overeenkomstig artikel 7.17.1.5 jo 7.17.1.6 NBW erop kan beroepen dat (voor de betreffende gebeurtenis) geen recht op rechtsbijstand bestaat, dan wel overeenkomstig artikel 7.17.1.5 NBW gebruik kan maken van de opzegmogelijkheid.

In principe staat de regeling van de verzwijging los van een regeling zoals in de modelbepaling. Aangenomen moet worden dat een verzekeraar zich altijd op het ontbreken van een onzeker voorval respectievelijk onzekerheid

43 HR 1 december 1995, *NJ* 1996, 707 m.nt. MMM, zie voorts HR 15 mei 1998, *NJ* 1998, 623 en HR 20 december 1996, *NJ* 1997, 638 m.nt. MMM onder HR 21 maart 1997, *NJ* 1997, 639.

44 HR 20 december 1996, *NJ* 1997, 638 m.nt. MMM onder HR 21 maart 1997, *NJ* 1997, 639.

45 Mits voldaan is aan artikel 7.17.1.4 lid 4 NBW.

46 HR 8 juni 1962, *NJ* 1962, 366 m. nt. HB en HR 19 mei 1978, *NJ* 1978, 607 m. nt. B.W.

47 In artikel 7.17.1.4 NBW wordt niet van redelijk handelend verzekeraar gesproken. Deze norm zal echter ook daar via de artikelen 6:2 en 6:248 BW een rol blijven spelen. Zie P.L. Wery/M.M.Mendel, *Hoofdzaken verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 54.

kan beroepen. Pas als de rechter oordeelt dat er wél sprake is van een onzeker voorval/onzekerheid komen we aan een beroep op verzwijging toe.

Nu zou het zo kunnen zijn dat een verzekeraar de dekking op grond van de onderhavige modelpolisbepaling te ruim vindt. Verzekeraar kan dan, indien hij toch gebruik wil maken van deze modelpolisbepaling, zijn risico beperken door aan verzekeringnemer een vragenlijst voor te leggen. Verzekeraar kan deze vragenlijst zo inrichten dat hij vraagt naar de voor zijn beslissing aangaande de omvang van de dekking relevante gegevens. Voor verzekeringnemer wordt dan duidelijk wat voor verzekeraar relevant is en verzekeraar kan bij onjuiste/onvolledige beantwoording door verzekeringnemer overeenkomstig artikel 251 WvK de overeenkomst van verzekering (doen) vernietigen. Wanneer artikel 7.17.1.4 t/m 7.17.1.6 NBW wet zijn geworden zal verzekeraar zich overeenkomstig deze artikelen er, onder omstandigheden, op kunnen beroepen dat (voor de betreffende gebeurtenis) geen recht op rechtsbijstand bestaat, dan wel gebruik kunnen maken van de opzegmogelijkheid.

Maakt verzekeraar geen gebruik van de hier bedoelde vragenlijst dan zullen de feiten en omstandigheden die op grond van het dan geldende criterium, zie hier boven, moeten worden vermeld, ons inziens overeenkomen met feiten en omstandigheden die (subjectief) voorzienbaar waren als bedoeld in lid 1 en lid 3 van de onderhavige modelpolisbepaling.

4 SLOTOPMERKINGEN

Een recht op (goede) rechtsbijstand is erg belangrijk en dat recht is dan ook terecht verankerd in, zoals we hiervoor hebben gezien, verdragen, richtlijn, grondwet en wet.

Een van de aspecten die we hebben besproken is de geschillenregeling, die, naar het ons voorkomt, in de praktijk niet al te veel problemen oplevert. Wel lijkt het ons wenselijk om een bepaling als de eerste alinea van artikel 93 Wet op de landverzekeringsovereenkomst in de Nederlandse wet op te nemen.

Met de hiervoor behandelde modelpolisbepaling wordt, dunkt ons, een redelijke oplossing geboden voor (eventuele) problemen in verband met de vraag wanneer een gebeurtenis van rechtsbijstand is uitgesloten.

Redelijk aan de ene kant onder meer omdat met het ontwikkelingsniveau van verzekerde rekening wordt gehouden, immers dekking bestaat in beginsel indien ten tijde van het aangaan van de overeenkomst voor de betreffende verzekerde niet voorzienbaar was dat hij partij in een geschil zou worden of behoefte aan rechtshulp zou krijgen en hij ook niet beter had behoren te weten. Mits ook de feitelijke ontwikkeling voor verzekerde onvoorzien was en hij niet beter had behoren te weten.

Aan de andere kant redelijk omdat de regeling de verzekeraar de mogelijkheid biedt om risico's die hij niet wil lopen uit te sluiten.

De regeling biedt dus mogelijkheden, maar in zijn begeleidend schrijven bij de modelpolisbepaling constateert het Verbond zelf al dat een redelijke opstelling van verzekeraars geboden zal blijven:

‘Wij wijzen erop dat het opnemen van deze polisbepaling op zich niet voldoende is om de gesignaleerde problematiek te voorkomen. Het beleid van de maatschappij bij de beoordeling van de noodzaak tot het in behandeling nemen van een claim van de verzekerde is daarvoor van veel groter belang’.