



Actualiteiten in het verzekeringsrecht 2023: Enige opmerkingen naar aanleiding van HR 9 september 2022, NJ 2022/343 Voordracht voor ACIS-symposium 14 april 2023 (expertisekosten en na-u-clausule)

Prof. mr. drs. M.L. Hendrikse

De casus

- De verzekerde in deze zaak is in 2015 slachtoffer geworden van een verkeersongeval. Rijdend op een motor is hij aangereden door een auto. Op het moment van het ongeval had de verzekerde bij verzekeraar NH 1816 een particuliere combinatiepolis bestaande uit onder meer – zie randnummer 1.1 van de conclusie van A-G Lindenberg – een schadeverzekering voor in-/opzittenden (SVI) en een rechtsbijstandverzekering die werd uitgevoerd door ARAG. In de bijzondere verzekeringsvoorwaarden SVI was in art. 5 lid 3 een zogenoemde na-u-clausule opgenomen. Na het ongeval heeft de verzekerde het ongeval gemeld bij ARAG. Kort daarop heeft de verzekerde een externe advocaat in de arm genomen die vervolgens NH 1816 heeft bericht dat hij de zaak van ARAG heeft overgenomen. NH 1816 heeft daarna dekking voor juridische bijstand onder de SVI-dekking ex art. 5 lid 1 van de voorwaarden afgewezen met een beroep op art. 5 lid 3 van de voorwaarden.

De procedures

- In de daaropvolgende procedure bij de rechtbank zijn – kort gezegd - de vordering tot verklaring voor recht dat NH1816 de buitengerechtelijke kosten gemaakt ter zake de afhandeling van het verkeersongeval volledig dient te vergoeden en de vordering tot betaling van de reeds gemaakte buitengerechtelijke kosten afgewezen.
- Het hof heeft dit vonnis bekrachtigd.
- De Hoge Raad heeft het arrest van het hof vernietigd. De Hoge Raad heeft vooropgesteld – zie r.o. 3.1 - 3.3 – dat art. 7:959 lid 1 BW niet alleen ziet op kosten die door de verzekeraar zijn gemaakt maar ook op de kosten die door de verzekerde zijn gemaakt. Verder – zie r.o. 3.4 - 3.5 – heeft de Hoge Raad overwogen dat redelijke kosten ter vaststelling van de omvang van de schade ex art. 7:959 lid 1 BW ten laste van de verzekeraar komen en dat daarvan op grond van art. 7:963 lid 6 BW bij een consumentenverzekering niet van kan worden afgeweken voor zover deze kosten niet het bedrag overschrijden dat gelijk is aan de verzekerde som. Ten slotte heeft de Hoge Raad geoordeeld – zie r.o. 4.2 – dat het oordeel van het hof dat wat betreft de posten kosten medisch advies en de kosten voor het opmaken van de schadestaat niet kan worden vastgesteld dat het kosten ter vaststelling van de omvang van de schade zijn in het licht van het partijdebat onbegrijpelijk is. De Hoge Raad overweegt daarbij dat niet valt in te zien op welke kosten deze posten anders kunnen zien dan op kosten ter vaststelling van de hoogte van de letselschade die een gevolg is van het ongeval.

Welke kosten vallen onder de kosten ter vaststelling van de omvang van de schade ex art. 7:959 lid 1 BW?

- Art. 7:959 lid 1 BW bepaalt onder andere dat redelijke kosten ter vaststelling van de omvang van de schade ten laste van de verzekeraar komen. Dit arrest maakt in r.o. 3.3 duidelijk dat het daarbij niet uitmaakt *wie* de kosten heeft gemaakt. Zie ook A-G Lindenberg die in randnummer 5.57 van zijn conclusie aanvullend opmerkt dat art. 7:959 lid 1 BW een redelijkheidstoets bevat die niet nodig zou zijn als het alleen zou gaan om de eigen kosten van de verzekeraar. Het standpunt van de Hoge Raad ligt naar mening voor de hand. De genoemde kosten worden immers vaak gemaakt door de verzekerde zelf of – in de vorm van verschotten - door zijn rechtshulpverlener. In dit kader kan men denken aan expertisekosten in de vorm van het honorarium van een door de verzekerde ingeschakelde (contra-)expert, kosten van medische rapportages bij letselschade en het honorarium van een rechtshulpverlener voor juridische bijstand bij een (buitengerechtelijke) schadeafwikkeling.
- Begrijpelijk is dan ook dat de Hoge Raad in r.o. 4.2 heeft geoordeeld – zie in gelijke zin randnummer 5.10 van de conclusie van A-G Lindenberg – dat de verzekerde met het enkel noemen van de posten voldoende heeft gesteld om te oordelen dat de posten medisch advies en kosten voor het opmaken van de schadestaat onder de reikwijdte van art. 7:959 lid 1 BW vallen. Naar mijn mening zijn genoemde posten immers schoolvoorbeelden van kosten ter vaststelling van de omvang van de schade.

Het dwingendrechtelijke karakter van art. 7:959 lid 1 BW (1)

- Afwijken van de regel in art. 7:959 lid 1 BW dat redelijke kosten ter vaststelling van de omvang van de schade ten laste van de verzekeraar komen in geval van een consumentenverzekering kan op grond van art. 7:963 lid 6 BW kan alleen voor het geval dat deze kosten het bedrag overschrijden dat gelijk is aan de verzekerde som.

In zijn arrest van 28 januari 2022, NJ 2022/103 m.nt. M.L. Hendrikse heeft de Hoge Raad al geoordeeld dat sprake is van strijd met art. 7:959 lid 1 jo. art. 7:963 lid 6 BW in het geval in de verzekeringsvoorwaarden van een consumentenverzekering wordt bepaald dat (volledige) vergoeding van deze kosten alleen aan de orde is indien de verzekerde een expert heeft ingeschakeld die is aangesloten bij het NIVRE of een vergelijkbaar instituut. Aan dit oordeel kan worden toegevoegd dat een dergelijke bepaling vernietigbaar is op grond van art. 3:40 lid 2 laatste gedeelte BW.

Het dwingendrechtelijke karakter van art. 7:959 lid 1 BW (2)

- Al eerder was duidelijk geworden dat een verzekeringsvoorwaarde waarin het bedrag aan kosten en salaris van de contra-expert die door de verzekerde wordt ingeschakeld voor de vaststelling van de hoogte van de schade is gemaximeerd tot het bedrag dat de verzekeraar zelf heeft betaald aan de door hem ingeschakelde expert in strijd is met bovengenoemde wetsbepalingen. Zie ook r.o. 4.2 van GC Kifid 2017-014 (te vinden via www.kifid.nl) en M. de Vries, AV&S 2017-6, p. 196-197. Een en ander volgt ook uit een antwoord van de Minister van Veiligheid en Justitie ontvangen op 18 november 2015 op een vraag van Tweede Kamer-lid Oskam ingezonden op 26 oktober 2015. Zie Aanhangsel van de Handelingen II 2015/2016, nr. 620 behorend bij vraagnummer 2015Z19755).

Het dwingendrechtelijke karakter van art. 7:959 lid 1 BW (3)

- In dit arrest zet de Hoge Raad deze lijn door. Uit het oordeel van de Hoge Raad gelezen in samenhang met het cassatiemiddel volgt dat een voor consumenten dwingendrechtelijke – zie art. 7:959 lid 1 jo. 7:963 lid 6 BW – aanspraak op redelijke kosten ter vaststelling van de omvang van de schade niet kan worden doorkruist door een beroep van de aangesproken verzekeraar op een na-u-clausule in de verzekeringsovereenkomst tussen de verzekeraar en de consument-verzekerde. Zie r.o. 3.4-3.6. Het punt van de na-u-clausule verdient nog enige uitwerking. Zie ook mijn NJ-noot onder 3.

Samenloop van verzekeringen en de na-u-clausule (1)

- Uit art. 7:961 lid 1 BW volgt dat indien hetzelfde belang voor dezelfde periode door meerdere verzekeringen is gedekt – dit noemt men samenloop van verzekeringen of meervoudige verzekering – de verzekerde vrij is in zijn keuze welke verzekeraar hij (als eerste) wil aanspreken voor dekking. Deze bepaling is van regelend recht hetgeen blijkt uit art. 7:963 BW. In de praktijk wijken verzekeraars van art. 7:961 lid 1 BW wel af door in hun verzekeringsvoorwaarden een na-u-clausule op te nemen. Een dergelijke clausule is er in twee varianten.

Samenloop van verzekeringen en de na-u-clausule (2)

- Allereerst is er een ‘zachte’ na-u-clausule – zoals in dit geval aan de orde was – die bepaalt dat indien de verzekerde een beroep kan doen op een andere verzekering de verzekerde geen beroep kan doen op de aan de orde zijnde verzekering.
- Verder is er een ‘harde’ na-u-clausule: bij deze clausule moet de aan de orde zijnde verzekering in geval van meervoudige verzekering geheel worden ‘weggedacht’. Alleen indien de na-u-clausule een ‘wegdenktournure’ bevat kan sprake zijn van een ‘harde’ na-u-clausule. Zie HR 13 januari 2006, NJ 2006/282 m.nt. M.M. Mendel. De vraag of een na-u-clausule ‘hard’ of ‘zacht’ is van belang indien bij samenloop van verzekering meerdere verzekeraars een na-u-clausule hanteren in hun verzekeringsvoorwaarden. In een dergelijk geval vallen gelijksoortige na-u-clausules tegen elkaar weg en komt men weer uit bij de keuzevrijheid van art. 7:961 lid 1 BW, en gaat een ‘harde’ na-u-clausule voor een ‘zachte’ na-u-clausule. In de praktijk hanteren de meeste verzekeraar evenwel alle een ‘harde’ na-u-clausule met als gevolg dat deze clausules tegen elkaar wegvallen met als eindresultaat dat deze clausule geen rol van betekenis meer speelt en men alsnog bij de keuzevrijheid van art. 7:961 lid 1 BW uitkomt. Zie nader over dit leerstuk F.H.E. van der Moolen, Samenloop van verzekeringen, in: Verzekeringsrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 673-694 en Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2019, nr. 481-503.

Samenloop van verzekeringen en de na-u-clausule (3)

- Was er in dit geval hoe dan ook wel sprake van meervoudige verzekering nu de verzekerde bij NH 1816 onder zijn SVI-dekking (mede) een beroep deed op vergoeding van advocaatkosten gemaakt in een *buitengerechtelijk* traject terwijl de dekking bij ARAG een natura-dekking inhield?
- Bij een natura-dekking is de rechtsbijstand dekking in beginsel beperkt tot het in natura aanbieden van rechtshulp aan de verzekerde. Deze rechtshulp wordt in het algemeen uitgevoerd door werknemers van de rechtsbijstanduitvoerder. Recht op een door de verzekerde zelfgekozen advocaat is er alleen indien er een gerechtelijke of administratieve procedure aanhangig is gemaakt of er een belangenconflict speelt. Zie art. 4:67 Wft. Hoewel het Europese Hof van Justitie op 14 mei 2020, ECLI:EU:C:2020:372 een arrest heeft gewezen waarin men zou kunnen lezen dat het recht op vrije advocatenkeuze ook ziet op de voorfase – zie nader over deze kwestie D.B. Holthinrichs, NTHR 2021-3, p. 119-126 – is in de Nederlandse rechtspraak na genoemd arrest nog steeds de lijn dat de *voorfase* van het recht op vrije advocatenkeuze is uitgezonderd. Zie CvB Kifid 2021-0042.

Samenloop van verzekeringen en de na-u-clausule (4)

- In dit licht is het begrijpelijk dat de advocaat van de verzekerde zich bij NH 1816 heeft gemeld nu een SVI-dekking wel dekking biedt voor in een *buitengerechtelijk* traject gemaakte advocaatkosten terwijl dit bij de natura-dekking bij ARAG niet het geval is. Ook lijkt het erop dat NH 1816 in dezen hoe dan ook geen beroep op de na-u-clausule zou hebben kunnen doen nu er in dit geval geen sprake is van meervoudige verzekering omdat de in het buitengerechtelijk traject gemaakte advocaatkosten alleen gedekt waren onder de SVI-dekking van NH 1816 en niet onder de natura-rechtsbijstand dekking van ARAG.
- Hoe dit ook zij, ook al is de wettelijke regeling van meervoudige verzekering van regelend recht deze kan – zoals gezegd - niet meebrengen dat een voor vergoeding van door de verzekerde gemaakte kosten ter vaststelling van de omvang van de schade aangesproken verzekeraar met een beroep op een na-u-clausule verwijst naar een andere verzekeraar nu de onderhavige aanspraak dwingendrechtelijk van aard is. Zie ook mijn NJ-noot onder 4.

Hoe nu verder?

- Het voorliggende arrest benadrukt dat schadeverzekeraars niet *vooraf* in hun verzekeringsvoorwaarden van consumentenschadeverzekeringen beperkingen mogen stellen aan de vergoeding van kosten ter vaststelling van de omvang van de schade. Waar het in het arrest van 28 januari 2022 ging om kwaliteitseisen ten aanzien van de door de verzekerde ingeschakelde expert, was in het onderhavige arrest een beperking in de vorm van een na-u-clausule aan de orde. Wel mogen schadeverzekeraars *achteraf* aanvoeren dat het niet gaat om *redelijke* kosten en daarbij is de dubbele redelijkheidstoets het criterium. Zie ook mijn NJ-noot onder 5.