

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2016-300 d.d.
5 juli 2016**

**(mr. A.W.H. Vink, voorzitter, drs. L.B. Lauwaars RA en mr. drs. S.F. van Merwijk,
leden en mr. E.C. Aarts, secretaris)**

Samenvatting

Consument heeft door advisering en bemiddeling van de Bank een rechtsbijstandverzekering afgesloten bij een verzekeraar. Consument stelt dat de Bank de op haar rustende zorgplicht heeft geschonden door de rechtsbijstandverzekering niet op de afgesproken datum te laten ingaan. De Bank stelt zich primair op het standpunt dat Consument niet tijdig heeft geklaagd als bedoeld in artikel 6:89 BW. De Commissie is van oordeel dat de Bank zich op goede gronden op het standpunt heeft gesteld dat Consument ter zake de vermeend gestelde onjuiste ingangsdatum van de rechtsbijstandverzekering niet tijdig heeft geklaagd. Consument kan er dan ook geen beroep meer op doen dat de Bank destijds haar zorgplicht zou hebben verzaakt. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat de vordering van Consument niet toewijsbaar is.

Consument,

tegen

de naamloze vennootschap ABN AMRO Bank N.V., gevestigd te Amsterdam, hierna te noemen de Bank.

I. Procesverloop

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

- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het door Consument ondertekende klachtformulier inclusief bijlage, ontvangen op 2 oktober 2015;
- het verweerschrift van de Bank;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van de Bank.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.

Tussenkost van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid. Beide partijen zullen het advies van de Commissie als bindend aanvaarden. Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 9 juni 2016 en zijn aldaar verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 3.1. Consument heeft in september 2009 een nieuwe woning gekocht. Ten behoeve van de financiering van de woning heeft Consument een hypothecaire geldlening afgesloten bij (een rechtsvoorganger van) de Bank. Tevens heeft Consument door advisering en bemiddeling van de Bank een aantal verzekeringen – waaronder een rechtsbijstandverzekering – afgesloten bij Fortis ASR Verzekeringen.
- 3.2. Op het polisblad van de rechtsbijstandverzekering is als ingangsdatum 6 december 2009 vermeld.
- 3.3. Op 12 november 2009 is de woning aan Consument geleverd. Op 14 november 2009 heeft Consument een verborgen gebrek geconstateerd in de woning. Op diezelfde dag heeft Consument een beroep gedaan op haar rechtsbijstandverzekering. De rechtsbijstandverzekeraar heeft op 16 november 2009 het verzoek van Consument afgewezen omdat de rechtsbijstandverzekering nog niet was ingegaan.
- 3.4. Consument heeft vervolgens een advocaat ingeschakeld om haar belangen jegens de verkoper van de woning te behartigen. Op 13 oktober 2010 heeft de rechtbank Maastricht Consument in het gelijk gesteld.
- 3.5. Op verzoek van Consument is de rechtsbijstandverzekering per 1 augustus 2011 beëindigd.
- 3.6. Bij brief van 16 mei 2014 heeft Consument een klacht ingediend bij de Bank inzake de onjuiste ingangsdatum van de rechtsbijstandverzekering.

4. De vordering en grondslagen

- 4.1. Consument vordert dat de Bank wordt veroordeeld tot vergoeding van de kosten van de door haar ingeschakelde advocaat ad € 16.533,-.
- 4.2. Aan deze vordering legt Consument ten grondslag dat de Bank de op haar rustende zorgplicht heeft geschonden door:
 - 1) de rechtsbijstandverzekering niet op de afgesproken datum te laten ingaan. Consument stelt dat tussen partijen is overeengekomen dat de rechtsbijstandverzekering op 12 november 2009 – zijnde dat datum waarop de woning aan Consument werd geleverd – zou ingaan. Nu de rechtsbijstandverzekering op dat moment nog niet was ingegaan, kon Consument daarop geen beroep doen.
 - 2) op het moment dat duidelijk werd dat de rechtsbijstandverzekering niet op de afgesproken datum was ingegaan, geen actie te ondernemen om de verzekering alsnog met terugwerkende kracht op de afgesproken datum te laten ingaan.
- 4.3. De Bank heeft de stellingen van Consument weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

5. Beoordeling

- 5.1. De Bank stelt zich primair op het standpunt dat Consument niet tijdig heeft geklaagd als bedoeld in artikel 6:89 Burgerlijk Wetboek (hierna: 'BW'). De Bank voert hiertoe aan dat het voor Consument in november 2009 duidelijk was dat er geen rechtsbijstandverzekering bestond, maar dat zij zich pas vijf jaar later hierover heeft beklagd. Volgens de Bank had Consument over het vermeende, naar haar mening eenvoudig te constateren, gebrek veel eerder moeten klagen. Als gevolg van deze late klacht is de Bank in haar bewijspositie geschaad.
- 5.2. Artikel 6:89 BW bepaalt dat de schuldeiser op een gebrek in de prestatie geen beroep meer kan doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken, bij de schuldenaar ter zake heeft geprotesteerd. Zoals overwogen in HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600 dient de vraag of binnen bekwame tijd is geklaagd te worden beantwoord onder afweging van alle betrokken belangen en met inachtneming van alle relevante omstandigheden, waarbij van groot gewicht is of de Bank in haar belangen is geschaad. De tijd die is verstreken tussen het moment dat het gebrek in de prestatie is ontdekt of had moeten worden ontdekt en het indienen van de klacht is weliswaar een belangrijke factor, maar niet doorslaggevend.
- 5.3. Het voorgaande brengt mee dat de Commissie eerst dient te onderzoeken wanneer Consument de door haar gestelde schending van de zorgplicht door de Bank heeft ontdekt of had behoren te ontdekken om vervolgens vast te stellen of Consument nadien binnen bekwame tijd heeft geprotesteerd.
- 5.4. Vast staat dat Consument op 14 november 2009 een beroep heeft gedaan op haar rechtsbijstandverzekering en dat haar op 16 november 2009 is medegedeeld dat haar verzoek werd afgewezen omdat de rechtsbijstandverzekering nog niet was ingegaan. Consument zag zich, blijkens haar eigen stellingen, als gevolg van het feit dat zij geen beroep kon doen op haar rechtsbijstandverzekering, genoodzaakt zelf een advocaat in te schakelen. Het voorgaande brengt mee dat Consument al in november 2009 wist dat er geen rechtsbijstandverzekering bestond en dat de Bank, zoals zij thans stelt, dienaangaande een verwijt trof omdat zij de verzekering niet op de afgesproken datum had laten ingaan. Ook wist Consument op het moment dat zij een advocaat inschakelde dat zij geconfronteerd zou worden met een aanzienlijke (potentiele) schade bestaande uit advocaatkosten. De slotsom is dat Consument reeds in november 2009 de feiten en omstandigheden kende die de grondslag zouden kunnen vormen voor haar klacht. Door Consument is weliswaar gesteld dat destijds mondeling geklaagd is en dat zij niet op de bestaande klachtenregeling zijn geweest, maar zij zijn er niet in geslaagd zulks voldoende aannemelijk te maken. Derhalve is het niet komen vast te staan dat Consument eerder dan in mei 2014 daarover heeft geklaagd.
- 5.5. Tegen deze achtergrond moet worden beoordeeld of en, zo ja, in hoeverre de Bank is benadeeld door de omstandigheid dat Consument pas in mei 2014 voor het eerst heeft geklaagd en of dat, gelet op de over en weer betrokken belangen, een beroep op artikel 6:89 BW kan rechtvaardigen.

- 5.6. De Commissie is van oordeel dat de Bank terecht stelt dat zij als gevolg van de te late klacht is benadeeld in haar bewijspositie. Daarbij is van belang dat de Bank na de opzegging van de rechtsbijstandverzekering door Consument per 1 augustus 2011 thans niet (meer) over de benodigde stukken, waaronder het aanvraagformulier van de rechtsbijstandverzekering, beschikt. Ook moet rekening worden gehouden met het feit dat het tijdsverloop een grote rol speelt bij de mogelijkheid te kunnen reconstrueren wat er destijds is besproken en aannemelijk is dat een dergelijke reconstructie nu niet meer op behoorlijke wijze kan geschieden.
- 5.7. Gelet op al hetgeen hiervoor is overwogen, is de Commissie van oordeel dat de Bank zich op goede gronden op het standpunt heeft gesteld dat Consument ter zake de vermeend gestelde onjuiste ingangsdatum van de rechtsbijstandverzekering niet tijdig heeft geklaagd. Consument kan er dan ook geen beroep meer op doen dat de Bank destijds haar zorgplicht zou hebben verzaakt. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat de vordering van Consument niet toewijsbaar is. Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven.

6. Beslissing

De Commissie stelt bij bindend advies vast dat de vordering van Consument wordt afgewezen.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van beslissingen van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Daarbij 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/consumenten/hoe-wordt-uw-klacht-behandeld