

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening NR. 2017-100
(mr. A.W.H. Vink, voorzitter, prof. mr. M.L. Hendrikse en mr. B.F. Keulen, (leden) en
mr. S.W.A. Kelterman, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 21 september 2015
Ingediend door : Consumenten
Tegen : ARAG SE, gevestigd te Leusden, verder te noemen Verzekeraar
Datum uitspraak : 7 februari 2017
Aard uitspraak : Niet-bindend advies

Samenvatting

Consumenten hebben een beroep gedaan op hun rechtsbijstandverzekering in verband met geconstateerde gebreken na de oplevering van hun nieuwbouwwoning, waaronder scheurvorming in wanden en plafonds. De klacht van Consumenten betreft de vraag of Verzekeraar bij de behandeling van de claim op hun rechtsbijstandverzekering tekort is geschoten in de uitvoering van de verzekeringsovereenkomst en zo ja, of daaruit (extra) schade voor Consumenten is voortgevloeid. De verwijten van Consumenten komen er in de kern op neer dat zij bij een andere wijze van procederen en/of het toch instellen van hoger beroep wel een schadevergoeding ter zake van de scheurvorming van de architect of de aannemer zouden hebben ontvangen. De Commissie stelt vast dat het een rechtsbijstandsverzekeraar op grond van de verzekeringsvoorwaarden vrij staat om bij de behandeling van een aan hem voorgelegd geschil tot het oordeel te komen dat er onvoldoende mogelijkheden zijn om in hoger beroep het door de verzekerde beoogde resultaat met redelijke kans van slagen te bereiken. In de gegeven omstandigheden en gelet op de voor de behandelaar beschikbare informatie acht de Commissie de beoordeling van de behandelaar en het op basis daarvan gegeven advies in dit geval niet onjuist. Consumenten hebben daar vervolgens ook mee ingestemd. Indien zij het oneens waren met de wijze van verdere behandeling dan wel met het standpunt over de haalbaarheid van de zaak, hadden zij de mogelijkheid gebruik te maken van de geschillenregeling, die in de voorwaarden van rechtsbijstandverzekeringen is opgenomen. Zij hebben dat niet gedaan. De slotsom is dan ook dat Verzekeraar ter zake van de behandeling van de zaak tegen de architect niet is tekortgeschoten.

I. Procesverloop

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

- Het door Consumenten (digitaal) ingediende klachtformulier;
- Het verweerschrift van Verzekeraar d.d. 7 december 2015;
- De repliek van de gemachtigde van Consumenten d.d. 31 december 2015;
- De dupliek van Verzekeraar d.d. 28 januari 2016;
- De verklaring van de gemachtigde van Consumenten met de keuze voor niet-bindend advies d.d. 11 februari 2016;
- De ter zitting op 15 november 2016 door de gemachtigde van Consumenten overgelegde pleitnotities.

De Commissie stelt vast dat Consumenten hebben gekozen voor een niet-bindend advies. De uitspraak is daardoor niet-bindend.

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 15 november 2016 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

- 2.1. Consumenten hebben op 13 juli 2011 een beroep gedaan op hun rechtsbijstand-verzekering in verband met geconstateerde gebreken na de oplevering van hun nieuwbouwwoning, waaronder scheurvorming in wanden en plafonds. Zij hadden in 2008 opdracht verstrekt aan een architect om een woning te ontwerpen.

Later is opdracht gegeven aan een bureau, gelieerd aan de architect, om het ontwerp van de architect verder te detailleren en om de bouwdirectie te voeren.

De scheurvorming is toegeschreven aan het door de architect geadviseerde VST-bouwsysteem, waarbij houtgebonden cementplaten worden gebruikt als bekisting voor wanden en plafonds. Uit een berekening door een bouwcalculatiebureau (bureau W) kwam verder naar voren dat het VST-bouwsysteem bijna €76.000,00 (incl. BTW) duurder was dan traditioneel bouwen.

- 2.2. In maart 2012 is een procedure aanhangig gemaakt tegen de architect en het bureau bij de Stichting Arbitrage-Instituut Bouwkunst (AIBK). In die procedure werd - voor zover van belang - vergoeding gevorderd van de herstelkosten in verband met de scheurvorming en een vergoeding van de extra bouwkosten door toepassing van het VST-bouwsysteem. Bij arbitraal vonnis d.d. 10 juni 2013 is de vordering van Consumenten afgewezen; uit de calculatie van bureau W kon niet volgen dat de toepassing van het VST-bouwsysteem tot onnodig hogere bouwkosten had geleid en dat weliswaar sprake is van buitengewone scheurvorming, maar dat (de keuze voor de toepassing van) het VST-bouwsysteem niet ondeugdelijk was, zodat de architect en de bouwdirectie niet aansprakelijk gehouden konden worden voor de scheurvorming.
- 2.3. Verzekeraar heeft Consumenten op 19 juni 2013 laten weten dat hij bereid was hoger beroep in te stellen tegen het arbitraal vonnis, indien daarvoor een redelijke kans op succes aanwezig was. De behandelaar schrijft dat daarvoor nodig is dat bureau W alsnog een overtuigende calculatie zou aanleveren waaruit kan blijken dat toepassing van het VST-bouwsysteem tot onnodig hogere bouwkosten heeft geleid. Ten aanzien van de scheurvorming schrijft de behandelaar dat voor een redelijke kans op succes in hoger beroep moet komen vast te staan dat voorzienbaar was dat het VST-bouwsysteem tot scheurvorming zou kunnen leiden en dat vast moet staan dat geen sprake is geweest van fabricagefouten door de fabrikant van het VST-bouw-systeem en/of uitvoeringsfouten door de aannemer. De behandelaar schrijft: "Daarmee ligt de lat heel hoog voor u vrees ik." Het hoger beroep zou uiterlijk 10 september 2013 moeten worden ingesteld. De behandelaar heeft Consumenten op 2 september 2013 te kennen gegeven dat hij vreesde dat er geen redelijke kans op succes was. Consumenten hebben Verzekeraar vervolgens op 3 september 2013 meegedeeld, dat zij wilden afzien van hoger beroep. Verzekeraar heeft diezelfde dag per e-mail bevestigd dat hij geen hoger beroep tegen het vonnis van 10 juni 2013 van het AIBK in de procedure tegen de architect en het bureau aanhangig zou maken.

- 2.4. Verzekeraar heeft vervolgens op verzoek van en namens Consumenten bij het College van Toezicht van de BNA nog een procedure gevoerd tegen de architect. Die procedure heeft geleid tot het opleggen van de maatregel van waarschuwing.
- 2.5. Op 10 maart 2014 is afgesproken dat Verzekeraar de zaak tegen de aannemer zou oppakken met betrekking tot de scheurvorming in de wanden en plafonds van de woning, maar de overige zaken, waaronder de hogere bouwkosten door het gehanteerde bouwsysteem, zou laten rusten. Als voorwaarde zou dan wel gelden dat een redelijke kans op succes diende te bestaan om het gewenste resultaat (vergoeding van de kosten van herstel van de scheurvorming in de wanden en plafonds) te behalen. Al op 2 april 2013 heeft bouwtechnisch adviesbureau B dat door Consumenten was ingeschakeld zijn bevindingen met betrekking tot de hoofdoorzaken van de scheurvorming in een verslag vastgelegd. De gemachtigde van Consumenten heeft dit rapport op 10 maart 2014 per e-mail aan Verzekeraar gezonden. In dat rapport wordt de oorzaak van de scheurvorming toegeschreven aan de gevoeligheid van het VST-bouwsysteem voor krimp en uitzetting onder invloed van vocht.
- 2.6. Consumenten is per brief d.d. 21 maart 2014 gevraagd om toe te lichten welk verwijt de aannemer zou kunnen worden gemaakt, gelet op de bevindingen van het bouw-technisch adviesbureau B.
- 2.7. Volgens het Bouwcentrum en TNO-Bouw, aan wie de gemachtigde van Consumenten de kwestie had voorgelegd en advies had gevraagd, zou een nader onderzoek geen bewijs opleveren van fouten van de aannemer, omdat de oorzaak gezocht moest worden in de keuze voor een combinatie van het VST-bouwsysteem met de daarin aangebrachte leidingen voor een verwarmings- en koelsysteem. Verzekeraar was op basis van die visie van mening dat duidelijk begon te worden dat verder procederen tegen de aannemer betrekkelijk zinloos was en dat voor hem geen taak meer was weggelegd. Consumenten zijn hiervan op 12 juni 2015 in kennis gesteld.
- 2.8. De op 19 juli 2015 bij Verzekeraar ingediende klacht van Consumenten over de wijze van behandeling van de kwestie met het verzoek om compensatie voor de kosten van herstel van de scheurvorming (€90.000,00) en voor de gemaakte kosten voor noodzakelijke externe juridische bijstand is op 23 juli 2015 afgewezen.
- 2.9. Na de hoorzitting op 15 november 2016 heeft Verzekeraar nog een voorstel gedaan om tot een definitieve regeling van het geschil te komen door betaling van een bedrag van €3.000,00 tegen finale kwijting (een kwart van de begrote herstelkosten van €12.000,00), maar dit aanbod is door Consumenten afgewezen en daarmee komen te vervallen.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consumenten

- 3.1. Consumenten vorderen compensatie voor de kosten van herstel van de scheurvorming (€90.000,00) en voor de gemaakte kosten van noodzakelijke externe juridische bijstand.

Grondslagen en argumenten daarvoor

- 3.2. Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag. Verzekeraar is toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van zijn verbintenissen uit de overeenkomst van rechtsbijstandverzekering en is aansprakelijk voor de gevolgen daarvan. Consumenten voeren hiertoe de volgende argumenten aan.
- In de procedure bij het AIBK zijn door Verzekeraar meerdere, voor de schuldvraag zeer belangrijke feiten niet naar voren gebracht: het dwingend voorschrijven van het VST-bouwsysteem en de aversie tegen dit systeem bij de aannemer en opdracht-gever.
 - Verzekeraar had meteen de architect en de aannemer in één arbitrage moeten aanspreken, dan zouden de hiervoor genoemde feiten op tafel zijn gekomen. Daarnaast zouden arbiters in één gevoegde procedure, waar het blijkt het AIBK-vonnissen om overmatige scheurvorming gaat, minstens één van beide partijen aansprakelijk gesteld hebben.
 - Na het afwijzend vonnis, gebaseerd op gebrek aan bewijs, had eerst een onderzoek gestart moeten worden naar de oorzaak. De hoger beroep termijn van drie maanden was daarvoor voldoende.
 - In de hoger beroep procedure had het gegeven van de toepassingsfout van de combinatie VST/verwarming en koeling naar voren gebracht moeten worden.
 - Na het afwijzend vonnis had Verzekeraar de dienstverlening moeten voortzetten in plaats van het hoger beroep laten verlopen en Consumenten voor de oplossing van de problemen verwijzen naar de aannemer.
 - Als Consumenten zich na dit bericht noodgedwongen tot een advocaat wenden, weigert Verzekeraar de kosten daarvan te vergoeden. Opgemerkt wordt dat deze advocaat (huidig gemachtigde) door Consumenten werd ingeschakeld na 7 november 2013, de datum waarop het Europese Hof van Justitie over vrije advocaatkeuze een voor deze kwestie relevante beslissing nam.

Verweer Verzekeraar

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

4. Beoordeling

- 4.1. De klacht van Consumenten betreft de vraag of Verzekeraar bij de behandeling van de claim op hun rechtsbijstandverzekering tekort is geschoten in de uitvoering van de verzekeringsovereenkomst en zo ja, of daaruit (extra) schade voor Consumenten is voortgevloeid. De verwijten van Consumenten komen er in de kern op neer dat zij bij een andere wijze van procederen en/of het toch instellen van hoger beroep wel een schadevergoeding ter zake van de scheurvorming van de architect of de aannemer zouden hebben ontvangen. Daarbij ligt het op de weg van Consumenten te stellen, en bij gemotiveerde betwisting door Verzekeraar ook om te bewijzen, dat Verzekeraar is tekortgeschoten en - indien dat het geval is - dat zij daardoor schade hebben geleden. Het is ook aan Consumenten om die schade met voldoende concrete gegevens te onderbouwen. Enkel het benoemen van mogelijke alternatieven is daarvoor niet toereikend.

- 4.2. Consumenten hebben aanvankelijk de architect aangesproken ter zake van de hogere bouwkosten en de scheurvorming. In het arbitraal vonnis is geoordeeld dat niet is gebleken dat de keuze voor het VST-bouwsysteem tot onnodig hogere bouwkosten heeft geleid en dat evenmin was komen vast te staan dat de scheurvorming het gevolg was van de keuze voor het VST-bouwsysteem, zodat de architect daarvan geen verwijt kon worden gemaakt. De behandelaar heeft in de e-mail van 19 september 2013 gemotiveerd uiteengezet dat en waarom hij hoger beroep tegen de architect ter zake van de scheurvorming weinig kansrijk achtte. Consumenten waren het daar kennelijk mee eens en hebben geen aanleiding gezien het toen al bekende rapport van bouwtechnisch adviesbureau B aan de behandelaar te verstrekken. Tussen Consumenten en de behandelaar is vervolgens met name nog gecorrespondeerd over de vraag of in het kader van een hoger beroep alsnog zou kunnen worden aangetoond dat de keuze voor het VST-bouwsysteem tot onnodig hogere bouwkosten had geleid. Omdat Consumenten geen overtuigende calculatie voor de meerkosten hebben kunnen aanleveren heeft de behandelaar uiteindelijk geadviseerd van hoger beroep af te zien. Consumenten hebben daar mee ingestemd.
- 4.3. De Commissie stelt vast dat het een rechtsbijstandsverzekeraar op grond van de verzekeringsvoorwaarden vrij staat om bij de behandeling van een aan hem voorgelegd geschil tot het oordeel te komen dat er onvoldoende mogelijkheden zijn om in hoger beroep het door de verzekerde beoogde resultaat met redelijke kans van slagen te bereiken. In de gegeven omstandigheden en gelet op de voor de behandelaar beschikbare informatie acht de Commissie de beoordeling van de behandelaar en het op basis daarvan gegeven advies in dit geval niet onjuist. Consumenten hebben daar vervolgens ook mee ingestemd. Indien zij het oneens waren met de wijze van verdere behandeling dan wel met het standpunt over de haalbaarheid van de zaak, hadden zij de mogelijkheid gebruik te maken van de geschillenregeling, die in de voorwaarden van rechtsbijstandverzekeringen is opgenomen. Zij hebben dat niet gedaan. De slotsom is dan ook dat Verzekeraar ter zake van de behandeling van de zaak tegen de architect niet is tekortgeschoten.
- 4.4. Overigens geldt dat niet is gebleken dat het doorzetten van het hoger beroep tegen de architect ter zake van de scheurvorming wel tot het gewenste resultaat had kunnen leiden. Ook nu nog is onduidelijk wat de oorzaak van de scheurvorming is geweest. De conclusies van bouwtechnisch adviesbureau B, Bouwcentrum en TNO-bouw zijn niet eenduidig en daaruit kan in elk geval niet volgen dat de scheurvorming te wijten is aan de door de architect gemaakte keuze voor het VST-bouwsysteem en niet bijvoorbeeld aan fabricage- en of toepassingsfouten van de door Consumenten zelf ingeschakelde technisch installateur.
- 4.5. Voor zover de klacht ziet op de omstandigheid dat uiteindelijk de aannemer niet is aangesproken voor de kosten van herstel van de scheurvorming, geldt dat Consumenten inmiddels blijkens hun klacht ook zelf menen dat de aannemer daarvan geen relevant verwijt kan worden gemaakt. Voor zover de klacht berust op de gedachte dat Verzekeraar zowel de architect als de aannemer in de arbitrage had moeten betrekken, omdat de arbiters dan in elk geval één van hen aansprakelijk zouden hebben gehouden, kan ook dat niet slagen. Daarmee wordt immers miskend dat het ook in dat geval aan Consumenten was geweest om aan te tonen dat de scheurvorming het gevolg is geweest van een aan

ofwel de architect ofwel de aannemer toe te rekenen tekortkoming. Daar zijn zij echter niet in geslaagd.

- 4.6. Verzekeraar stelt dat hij de kosten van de door Consumenten ingeschakelde externe deskundige(n) heeft betaald, voor zover daarvoor opdracht was gegeven. Consumenten hebben niet onderbouwd dat Verzekeraar op dit punt tekort is geschoten.
- 4.7. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, wordt de vordering van Consumenten afgewezen. Bij die stand van zaken bestaat geen grond voor vergoeding van de kosten van de door Consumenten al dan niet in de zaak tegen Verzekeraar ingeschakelde externe gemachtigde. Al hetgeen Consumenten verder nog aan hun vordering ten grondslag hebben gelegd, kan niet tot een andere beslissing leiden en zal onbesproken blijven.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering af.

De uitspraak heeft de vorm van 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.

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 46 van het Reglement.