

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, nr. 2017-185
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter en mr. S.W.A. Kelterman, secretaris)**

Klacht ontvangen op	: 30 augustus 2016
Ingediend door	: Consument
Tegen	: ARAG SE, gevestigd te Leusden, verder te noemen Verzekeraar
Datum uitspraak	: 16 maart 2017
Aard uitspraak	: Bindend advies

Samenvatting

In een geschil met een bouwbedrijf over gebreken die Consument had geconstateerd bij oplevering van zijn nieuwbouwwoning heeft de Raad van Arbitrage voor de Bouw zijn vordering toegewezen onder oplegging van een dwangsom aan het bouwbedrijf. Consument heeft zijn rechtsbijstandverzekeraar aansprakelijk gesteld voor het feit dat de behandelaar ervan was uitgegaan dat de dwangsom verschuldigd zou worden door het enkele feit van het verstrijken van de in het vonnis genoemde termijn en had verzuimd overeenkomstig het bepaalde in artikel 1062 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een verzoek in te dienen bij de voorzieningenrechter tot het verlenen van verlof tot tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis. Consument heeft een regeling getroffen waarbij Verzekeraar een bedrag zou betalen tegen finale kwijting over en weer. Deze regeling is aan te merken als een vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 7:900 Burgerlijk Wetboek (BW). In artikel 7:904 BW is bepaald onder welke omstandigheden deze overeenkomst vernietigbaar is. Naar het oordeel van de Commissie heeft Consument onvoldoende onderbouwd dat gebondenheid van hem aan de overeenkomst met Verzekeraar in verband met inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De enkele verwijzing naar de hoogte van de advocaatkosten is daarvoor niet toereikend. Consument heeft ervoor gekozen met Verzekeraar een regeling te treffen en de procedure daarmee te beëindigen. De finale kwijting die partijen elkaar over en weer hebben verleend betreft mede de kosten van juridische bijstand van Consument ter vaststelling van de aansprakelijkheid van Verzekeraar. Zijn vordering tot vergoeding van gemiste dwangsommen en advocaatkosten wordt afgewezen.

I. Procesverloop

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

- Het door Consument (digitaal) ingediende klachtformulier;
- Het verweerschrift van Verzekeraar d.d. 21 oktober 2016;
- De repliek van Consument d.d. 31 oktober 2016;
- De dupliek van Verzekeraar d.d. 13 december 2016;
- De reactie daarop van Consument d.d. 27 december 2016.

De Commissie stelt vast dat partijen hebben gekozen voor bindend advies en dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak kan daarom op grond van de stukken worden beslist.

2. Feiten

Bij de beoordeling van de klacht gaat de Commissie uit van de volgende feiten.

- 2.1 Consument heeft een beroep gedaan op zijn rechtsbijstandverzekering in verband met een geschil met een bouwbedrijf inzake gebreken van zijn nieuwbouwwoning die op de datum van oplevering, 1 november 2013, en tijdens de onderhoudstermijn waren geconstateerd.
- 2.2 Bij arbitraal vonnis van de Raad van Arbitrage voor de Bouw d.d. 23 januari 2015 zijn de vorderingen van Consument toegewezen, onder oplegging van een dwangsom van €250,00 voor elke dag dat de aannemer na het verstrijken van een termijn van 30 werkbare dagen na datum van het vonnis niet aan zijn verplichtingen zou hebben voldaan, met een maximum van €50.000,00.
- 2.3 De gemachtigde (advocaat) van Consument heeft Verzekeraar op 17 juni 2015 aansprakelijk gesteld voor het feit dat de behandelaar ervan was uitgegaan dat de dwangsom verschuldigd zou worden door het enkele feit van het verstrijken van de genoemde termijn.
Doordat de behandelaar had verzuimd overeenkomstig het bepaalde in artikel 1062 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een verzoek in te dienen bij de voorzieningenrechter tot het verlenen van verlof tot tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis was Consument de mogelijkheid ontnomen om over de periode van 7 maart 2015 tot en met 30 april 2015 verbeurde dwangsommen te vorderen van de wederpartij, een totaalbedrag van €13.750,00. Het vonnis en de exequatur zijn pas op 29 april 2015 aan de wederpartij betekend. De wederpartij heeft de dwangsommen betaald vanaf 1 mei 2015.
- 2.4 Verzekeraar heeft de aansprakelijkheid voor de gevorderde schadevergoeding op 19 augustus 2015 afgewezen.
- 2.5 Verzekeraar is op 27 oktober 2015 gedagvaard voor een zitting van de kantonrechter te Amersfoort d.d. 4 november 2015.
- 2.6 Daarna heeft Verzekeraar met de gemachtigde van Consument schikkings- onderhandelingen gevoerd die hebben geleid tot een aanbod van Verzekeraar op 9 december 2015 tot betaling van een bedrag van €6.500,00 tegen finale kwijting over en weer. De gemachtigde van Consument heeft dit aanbod diezelfde dag aan Consument voorgelegd en daarbij de verwachting uitgesproken dat deze gezien de eerdere berichtgeving met het genoemde bedrag akkoord zou gaan.
- 2.7 De advocaat heeft Verzekeraar per e-mail d.d. 10 december 2015 bevestigd dat Consument bereid was een regeling te treffen ter beëindiging van het geschil op de volgende voorwaarden:
 - Verzekeraar betaalt Consument een bedrag van €6.500,00;

- Dit bedrag dient uiterlijk 21 december 2015 te zijn bijgeschreven op de bank-rekening van Consument;
- Partijen verlenen elkaar na uitvoering van het bovenstaande finale kwijting van al hetgeen in het kader van de procedure met nummer [...] gevorderd is;
- Partijen dragen ieder de eigen kosten van deze procedure. Na betaling zal worden verzocht om doorhaling van de zaak op de rol.

2.8 Artikel 9 ("Welke klachten behandelt Kifid en welke niet?") van het Reglement Ombudsman en Geschillencommissie Financiële Dienstverlening luidt, voor zover van belang, als volgt:
9.1 Kifid behandelt Klachten van Consumenten over Financiële diensten tegen Aangeslotenen of, bij nawerking, voormalige Aangeslotenen.

9.2 Kifid behandelt een Klacht niet indien en voor zover:

- a) de Klacht al in behandeling is bij, of eerder is behandeld door, Kifid of door een van de voorgangers van Kifid.*
 - b) de Klacht tot een beslissing heeft geleid van een rechter, een commissie van scheidsmannen, of een met Kifid vergelijkbare geschilleninstantie.*
 - c) de Klacht wordt behandeld door een rechter, een commissie van scheidsmannen, of een met Kifid vergelijkbare geschilleninstantie, tenzij deze procedure door Aangeslotene is begonnen terwijl Consument zijn Klacht al aan Aangeslotene had voorgelegd.*
- [...]

3. Vordering, grondslagen en verweer

Vordering Consument

3.1 Consument vordert dat Verzekeraar de schade vergoedt die is ontstaan door tekortkomingen in de uitvoering van de verzekerde rechtsbijstand, een bedrag van €13.150,00. Dit bedrag is als volgt gespecificeerd:

Gemiste dwangsommen	€13.750,00
Advocaatkosten	+ 5.900,00
	€19.650,00
Betaling door Verzekeraar	- 6.500,00
	€13.150,00

Per 20 oktober 2016 is de vordering verhoogd met €300,00 extra advocaatkosten.

Secundair vordert Consument vergoeding van uitsluitend de advocaatkosten van €6.200,00.

Grondslagen

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen.

Verzekeraar is toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen uit de overeenkomst van rechtsbijstandverzekering en is aansprakelijk voor de gevolgen daarvan. Consument voert hiertoe de volgende argumenten aan.

- Verzekeraar heeft verzuimd na het arbitraal vonnis verlot tot uitvoering te vragen aan de voorzieningenrechter.

De behandelaar was ten onrechte van mening dat de aan de wederpartij opgelegde dwangsommen vanzelf zouden gaan lopen na het verstrijken van de in het vonnis genoemde periode.

- Consument heeft voor eigen rekening een advocaat moeten inschakelen om Verzekeraar aansprakelijk te stellen voor de gevolgen van de gemaakte fout. De advocaatkosten zijn buiten de schikking gebleven.
- Consument heeft om die reden noodgedwongen moeten instemmen met het voorstel van Verzekeraar; de advocaatkosten waren voor hem niet meer op te brengen.

Verweer van Verzekeraar

3.3 Verzekeraar heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd:

- Consument heeft de kwestie al voorgelegd aan de civiele rechter per dagvaarding d.d. 27 oktober 2015. Hij kan het geschil niet ook nog eens aan Kifid voorleggen.
- Op proceseconomische gronden heeft Verzekeraar tijdens de gerechtelijke procedure een schikking met Consument bereikt. De schikking is verwoord in het e-mailbericht van de gemachtigde van Consument d.d. 10 december 2015. Verzekeraar heeft het overeengekomen bedrag van €6.500,00 op 15 december 2015 betaald. Partijen hebben elkaar over en weer finale kwijting verleend en de procedure is op gemeenschappelijk verzoek geroyeerd.

4. Beoordeling

- 4.1 Uit de door partijen overgelegde stukken blijkt niet dat de klacht van Consument over Verzekeraar tot een beslissing heeft geleid van een rechter, een commissie van scheidsmannen, of een met Kifid vergelijkbare geschilleninstantie, dan wel dat de klacht wordt behandeld door een rechter, een commissie van scheidsmannen, of een met Kifid vergelijkbare geschilleninstantie. De klacht is naar het oordeel van de Commissie dan ook behandelbaar.
- 4.2 De regeling die Consument in december 2015 met Verzekeraar heeft getroffen is aan te merken als een vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 7:900 Burgerlijk Wetboek (BW).
- 4.3 In artikel 7:904 BW is bepaald onder welke omstandigheden de overeenkomst vernietigbaar is:
1. Indien gebondenheid aan een beslissing van een partij of van een derde in verband met inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, is die beslissing vernietigbaar;
 2. Indien de beslissing van een partij of een derde vernietigd wordt, nietig blijkt of niet binnen een aan die partij of derde daartoe te stellen redelijke termijn wordt verkregen, kan de rechter een beslissing geven, tenzij uit de overeenkomst of de aard van de beslissing voortvloeit dat zij op andere wijze moet worden vervangen.

- 4.4 Consument heeft in de klachtuiting en in de overige gevoerde correspondentie onvoldoende onderbouwd dat gebondenheid van hem aan de overeenkomst met Verzekeraar in verband met inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De enkele verwijzing naar de hoogte van de advocaatkosten is daarvoor niet toereikend. Consument heeft ervoor gekozen met Verzekeraar een regeling te treffen en de procedure daarmee te beëindigen. De finale kwijting die partijen elkaar over en weer hebben verleend betreft mede de kosten van juridische bijstand van Consument ter vaststelling van de aansprakelijkheid van Verzekeraar.

Volgens het bericht van de gemachtigde van Consument aan Verzekeraar omvat de overeenkomst mede de finale kwijting van al hetgeen in het kader van de gerechtelijke procedure gevorderd is. Onderdeel van de vordering zoals omschreven in de dagvaarding betreft de buitengerechtelijke kosten. Daarnaast is expliciet bepaald dat partijen ieder de eigen kosten van de procedure dragen.

- 4.5 Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, wordt de vordering van Consument afgewezen. De Commissie is niet gebleken van een grond voor vernietiging van de vaststellingsovereenkomst tussen Consument en Verzekeraar.
- 4.6 Al hetgeen Consument verder nog aan zijn vordering ten grondslag heeft gelegd, kan niet tot een andere beslissing leiden en zal onbesproken blijven.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering af.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van bindende 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.

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.