Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2020-102
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, mr. dr. S.O.H. Bakkerus, mr. J.S.W. Holtrop, leden en mr. dr. drs. H.M.B. Brouwer, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 23 januari 2019
Ingediend door	: Consument
Tegen	: ARAG SE, gevestigd te Leusden, verder te noemen Verzekeraar
Datum uitspraak	: 4 februari 2020
Aard uitspraak	: Bindend advies

Samenvatting

Consument heeft geklaagd over de uitvoering van de rechtbijstand en verwijt Verzekeraar dat makelaar, notaris en verkoper niet via de procedure zijn aangesproken waarbij ook aan Verzekeraar verweten wordt onvoldoende gewezen te hebben op de vrije advocaatkeuze. Commissie acht niet aangetoond dat Consument schade heeft geleden of in haar belangen is geschaad is door de wijze van de procedurele aanpak noch is zij van oordeel dat voldoende is bewezen dat niet op de vrije advocaatkeuze is gewezen.

1. Procesverloop

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

- het door Consument (digitaal) ingediende klachtformulier met bijlagen;
- het verweerschrift van Verzekeraar met bijlagen;
- de repliek;
- de dupliek;
- de reactie van Consument op de dupliek.

De Commissie stelt vast dat partijen hebben gekozen voor bindend advies.

De Commissie stelt vast dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak zal daarom op grond van de stukken worden beslist.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

2.1 Consument heeft een particuliere rechtsbijstandverzekering, verder te noemen de Verzekering, bij Verzekeraar. Op de Verzekering zijn de Voorwaarden ProRechtPolis Particulier P120/1007, verder te noemen de Voorwaarden, van toepassing.

Daarin is, voor zover relevant, het volgende bepaald:

‘ 3. Hoe vindt schademelding en behandeling van de zaak plaats?

(…)

Behandeling van uw zaak

Uitgangspunt bij de behandeling van uw zaak is, dat dit gebeurt door een deskundige medewerker van ARAG. Namens u voert deze medewerker correspondentie met betrokken personen en instanties en treedt in onderhandeling met de tegenpartij. Indien nodig voert hij voor u een gerechtelijke procedure.

ARAG kan u voorstellen om de zaak door een advocaat uit het ARAG-Advocatennetwerk® te laten behandelen. Dit is een advocaat bij u in de buurt, die deel uitmaakt van het ARAG-Advocatennetwerk®. Dit netwerk bestaat uit kantoren die door ARAG speciaal zijn geselecteerd op deskundigheid, waardoor u de garantie krijgt dat uw belangen goed worden behartigd.
Als u met dit voorstel instemt, zal ARAG de stukken aan de advocaat doorsturen. Daarna neemt hij binnen twee werkdagen contact met u op. De advocaat voert steeds rechtstreeks overleg met u en houdt ook ARAG op de hoogte van de voortgang van uw zaak.

Stemt u niet in met het voorstel de zaak door een advocaat uit het ARAG-Advocatennetwerk® te laten behandelen, dan zal de kwestie door een medewerker van ARAG behandeld worden, of (ingeval van procesmonopolie of een belangenconflict) door een door u te kiezen advocaat.
(…)
In twee gevallen kunt u zelf een advocaat aanwijzen, desgewenst dus buiten het advocatennetwerk van ARAG:

1. In artikel 60 Wet Toezicht Verzekeringsbedrijf wordt bepaald dat wanneer aan een advocaat of andere rechtens bevoegde deskundige wordt verzocht uw belangen in een gerechtelijke of administratieve procedure te verdedigen, te vertegenwoordigen of te behartigen, u het recht heeft zelf een advocaat of andere rechtens bevoegde deskundige te kiezen. In de praktijk wordt door ARAG namens u alleen een advocaat ingeschakeld als er een procedure gevoerd moet worden waarvoor volgens wettelijke regels vertegenwoordiging door een advocaat(procureur) verplicht is (procesmonopolie).
2. (…)

De door u aangewezen advocaat of andere rechtens bevoegde deskundige wordt door ARAG namens u ingeschakeld (…)’

2.2 Op 17 september 2007 heeft Consument een beroep gedaan op de Verzekering in verband met problemen na de aankoop en levering van een stuk grond dat zij wilde gebruiken voor de bouw van een woning.

Het was Consument bij de aankoop bekend dat de grond vervuild was en een bedrijfs-bestemming had. In goed vertrouwen dat de grond gesaneerd zou worden en een woonbestemming zou krijgen, heeft Consument de overdracht op 1 maart 2007 laten plaatsvinden. Sanering van de grond op kosten van de verkoper, zoals expliciet was opgenomen in de leveringsakte, bleef echter uit. Ook de bestemmingswijziging die volgens Consument door de makelaar geregeld zou worden, was nog niet geregeld.

2.3 De kwesties over de bestemmingswijziging en de sanering zijn door Verzekeraar als twee aparte dossiers met elk een eigen interne behandelaar behandeld.

2.4 Omdat minnelijke pogingen om de sanering van de grond te krijgen niet lukten, is besloten tot het voeren van een kort-geding tegen de verkoper. Daartoe is mr. [naam 1] als advocaat ingeschakeld. De op 7 februari 2008 aan Consument gerichte brief vermeldt voor zover relevant:

'(…) Op grond van artikel 60, aanhef onder a van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 en krachtens de polisvoorwaarden van de door u met verzekeraar ARAG-Nederland, Algemene Rechtsbijstandverzekeringsmaatschappij N.V. afgesloten rechtsbijstandverzekering, heeft u op het moment dat er een gerechtelijke of administratieve procedure gevoerd gaat worden, het recht om een advocaat van uw keuze aan te wijzen. Dat moment heeft zich recent in uw zaak voorgedaan. Mevrouw mr. [naam 1] is advocaat in dienstbetrekking bij uw rechtsbijstandsverzekeraar. Daarvan gebruikmakende, heeft u haar verzocht in deze zaak als uw advocaat op te treden.
Deze brief dient er dan ook tevens toe om uw advocaatkeuze te bevestigen (…)'

2.5 Bij vonnis van de voorzieningenrechter van 29 april 2008 is de verkoper veroordeeld tot het op zijn kosten saneren van het perceel op straffe van een dwangsom. In het vonnis is voor zover relevant overwogen:

' In die situatie (…) is er voldoende aanleiding om [verkoper] nu te gelasten over te gaan tot sanering (voorlopig op haar kosten), waarna te zijner tijd zo nodig in een of meer procedures kan worden vastgesteld wie deze kosten uiteindelijk zal hebben te dragen.'

Tegen dit vonnis is door de verkoper geen hoger beroep ingesteld; evenmin is door een van de partijen een bodemprocedure opgestart.

2.6 In maart 2009 is de zaak met betrekking tot de sanering overgedragen aan mr. [naam 2] met het verzoek de executie ter hand te nemen.

In de brief van Verzekeraar van 9 maart 2009 aan Consument is het volgende gesteld:

' Zoals ik heb begrepen heeft u terzake het executeren van het vonnis in Kort Geding d.d. 29 april 2008 uw voorkeur voor de behandeling door mr. [naam 2], advocaat te Hellevoetsluis, uitgesproken. (…) Ik merk nog op dat het een uitzondering is dat een zaak aan een advocaat wordt uitbesteed. In de regel wordt rechtshulp verleend door gespecialiseerde juristen in dienst van ARAG (….).'

2.7 De verkoper is op 21 februari 2012 failliet verklaard. De verbeurde dwangsommen heeft Consument niet kunnen innen.

2.8 De zaak betreffende de bestemmingswijziging is na klachten van Consument over de interne behandeling bij Verzekeraar in maart 2010 eveneens overgedragen aan mr. [naam 2]. Op 13 april 2010 heeft Consument de makelaar in rechte tot schadevergoeding aangesproken. Bij vonnis van 11 mei 2011 heeft de rechtbank de vorderingen van Consument afgewezen. De rechtbank heeft, kort gezegd, geoordeeld dat er geen sprake is van wanprestatie of onrechtmatig handelen van de makelaar nu niet is komen vast te staan dat de makelaar zich jegens Consument had verbonden tot het realiseren van een schoongrondverklaring waarbij de kosten van sanering geheel voor rekening van verkoper zouden komen en eveneens tot een bestemmingswijziging. Verder heeft de rechtbank er op gewezen dat Consument zelf geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om van de koop van het perceel grond af te zien.

Tegen dit vonnis is geen hoger beroep ingesteld met het oog op de geringe kans van slagen.

2.9 Consument heeft ook de notaris in rechte tot schadevergoeding aangesproken nu deze de in artikel 8 van de leveringsakte neergelegde verplichting tot sanering op kosten van de verkoper niet voorafgaand aan het passeren van de akte met de verkoper heeft besproken. Bij vonnis van 11 maart 2015 zijn de vorderingen van Consument afgewezen. In het vonnis is, voor zover relevant, overwogen:

' 4.7 Gelet op het voorgaande is onvoldoende gesteld om aan te nemen dat ook als de aanvulling van artikel 8 (wel) met [verkoper] zou zijn besproken, [verkoper] in dat geval zou hebben aangeven dat zij de saneringskosten niet voor haar rekening wilde nemen en de levering bijgevolg niet zou zijn doorgegaan. Aldus is het causaal verband niet komen vast te staan'.

2.10 Tegen dit vonnis is hoger beroep ingesteld. Bij tussenarrest van 11 april 2017 heeft het Hof Den Haag geoordeeld dat de notaris door niet bij de verkoper zelf te verifiëren of hij akkoord was met de aanvulling in artikel 8 van de leveringsakte, onzorgvuldig heeft gehandeld jegens de verkoper en Consument als koper.

Bij eindarrest van 24 juli 2018 heeft het Hof Den Haag geoordeeld dat Consument niet is geslaagd in het bewijs dat als de notaris de aanvulling van artikel 8 van de leveringsakte wel met de verkoper had besproken, deze zou hebben gesteld dat hij de saneringskosten niet voor zijn rekening zou nemen en de aanvulling zou hebben geweigerd. Het Hof heeft de vorderingen van Consument afgewezen en overwogen:

(…)

7. *Uit het bovenstaande volgt dat [koper] niet zijn geslaagd in het te leveren bewijs, en daarom niet aannemelijk hebben gemaakt dat de schade die zij hebben geleden het gevolg is van de door de notaris gemaakte beroepsfout. Dit betekent dat hun vorderingen niet kunnen worden toegewezen'.*

Het gevraagde cassatieadvies luidde negatief.

2.11 Consument heeft op 4 oktober 2018 een klacht ingediend bij Verzekeraar over de uitvoering van de rechtsbijstand en Verzekeraar aansprakelijk gesteld. In de interne klachtenprocedure zijn partijen er niet uitgekomen. Daarom heeft Consument haar klacht bij Kifid ingediend.

3. Vordering, klacht en verweer

Klacht, grondslag en vordering Consument

3.1 Consument stelt dat Verzekeraar toerekenbaar tekortgeschoten is in het verlenen van rechtsbijstand en vordert van Verzekeraar de schade die is ontstaan als gevolg van het feit dat zij nog altijd niet beschikt over een perceel schone grond waarop zij mag bouwen. Deze schade wordt door haar gesteld op € 200.000,-.

3.2 Consument voert hiertoe de volgende argumenten aan:

- Er had in plaats van verschillende kort-gedingprocedures gekozen moeten worden voor een bodemprocedure waarin alle partijen (makelaar, notaris en verkoper) betrokken hadden kunnen worden. Hierdoor zou er een beter beeld over de situatie rondom de koop van het perceel zijn ontstaan op basis waarvan één rechter misschien wel anders zou hebben geoordeeld dan de verschillende rechters nu. Als er gezamenlijk met de verkoper was opgetrokken tegen de makelaar en notaris, zou dit meer kans van slagen hebben gehad. Het faillissement van de verkoper had in die situatie mogelijk afgewend kunnen worden en de sanering mogelijk nog gerealiseerd. Dat er een bodemprocedure had moeten worden opgestart, wordt bevestigd door het vonnis van de voorzieningenrechter van 29 april 2008. Ook mr. [naam 2] was deze mening toegedaan.
- De kwesties rondom de sanering en de bestemmingswijziging hadden als één zaak door dezelfde behandelaar behandeld moeten worden. Hierdoor zou er een duidelijker beeld zijn ontstaan van wie wat heeft gedaan en toegezegd bij de koop.

- Veel verschillende behandelaars hebben de dossiers behandeld zonder kennis van zaken en deze moesten steeds door Consument worden aangespoord. Dit heeft Consument psychisch belast.
- Consument is niet gewezen op het recht op vrije advocaatkeuze. Zij heeft naar aanleiding van de brief van 7 februari 2008 gesteld dat zij niet voor mr. [naam 1] heeft 'gekozen'. Ook mr. [naam 2] is niet door haar zelf gekozen.

Verweer Verzekeraar

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

- Omdat de sanering zo snel mogelijk opgestart moest worden, is de keuze om in kort-geding de verkoper te dwingen om op zijn kosten tot sanering over te gaan, het juiste rechtsmiddel. Het kort-geding heeft geleid tot een veroordelend vonnis waartegen geen hoger beroep door de verkoper is ingesteld. Daarom bestond er geen reden of juridische noodzaak om tegen de verkoper alsnog een bodemprocedure te beginnen. Het is Verzekeraar niet aan te rekenen dat als gevolg van het faillissement van de verkoper de sanering niet op diens kosten heeft plaatsgevonden.
- Tegen de andere partijen (verkopend makelaar en notaris) zijn ook door of op kosten van Verzekeraar bodemprocedures gevoerd. Die vorderingen zijn door de rechter afgewezen.
- Het voeren van één bodemprocedure waarin alle partijen betrokken zouden zijn, had gezien de uitkomst van de gevoerde procedures tegen de notaris en de makelaar niet tot een ander oordeel geleid. De niet onderbouwde stelling van Consument dat zij haar schade in retrospectief misschien wel vergoed zou hebben gekregen als alle partijen tegelijk in een bodemprocedure waren gedagvaard, blijkt er niet toe te doen.
- Consument heeft zelf geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om van de levering van het perceel grond af te zien terwijl zij bekend was met de vervuiling van de grond en het ontbreken van een woonbestemming. Dit is Consument door de rechters in de procedures aangerekend en heeft haar parten gespeeld bij het verdere verloop van de zaak. Deze omstandigheid is niet aan Verzekeraar te wijten.
- Uit het feit dat voor de sanering enkel de verkoper en voor de bestemmingswijziging enkel de makelaar aangesproken kon worden, volgt dat de kwestie over de sanering is losgetrokken van de kwestie over de bestemmingswijziging. In de tegen de makelaar gevoerde bodemprocedure zijn zowel de gestelde toezeggingen over de sanering als de bestemmingsplanwijziging aan de orde gekomen.
- Verzekeraar realiseert zich dat het aantal wisselende behandelaars op het dossier geen ideale situatie is geweest, maar Consument is daardoor niet in haar belangen geschaad. De dossiers zijn bovendien in maart 2009 respectievelijk maart 2010 aan mr. [naam 2] overgedragen.
- Consument is in de brief van 7 februari 2008 op het recht op vrije advocaatkeuze gewezen.

Dat in die brief is opgenomen dat Consument heeft gekozen voor mr. [naam 1] betreft een omissie. Consument heeft daarna zelf voor mr. [naam 1] gekozen terwijl zij wist dat zij de vrije advocaatkeuze had. Consument was ook tevreden over de bijstand door mr. [naam 1]. Eind 2008 is door Consument verzocht om een advocaat in de buurt. In overleg met Consument is mr. [naam 2] ingeschakeld, hetgeen is bevestigd in de brief van 9 maart 2009. Consument heeft nooit klachten over mr. [naam 2] geuit.

- Verzekeraar heeft gehandeld als een redelijk handelend en redelijk bekwaam rechtshulp-verlener.

4. Beoordeling

4.1 De vraag die de Commissie moet beantwoorden is of Verzekeraar jegens Consument toerekenbaar is tekortgeschoten in zijn verplichtingen uit hoofde van de Verzekering door de verkoper in een kort-geding en de makelaar en notaris in separate procedures aan te spreken. Verzekeraar is gehouden als een redelijk handelend en redelijk bekwaam rechtsbijstand-verlener rechtsbijstand te verlenen. Op Consument rust de stelplicht en bewijslast om aan te tonen dat sprake is van een toerekenbare tekortkoming van Verzekeraar.

4.2 Consument heeft onvoldoende onderbouwd dat de door Verzekeraar gekozen weg onzorgvuldig is geweest. Met een kort-gedingprocedure kon immers op een snelle manier een titel jegens de verkoper tot sanering van de grond verkregen worden. Dat is ook gelukt en de verkoper heeft zich kennelijk bij die uitspraak neergelegd gezien het feit dat hij naar aanleiding van die uitspraak niet in hoger beroep is gegaan of een bodemprocedure is gestart. Naar het oordeel van de Commissie bestond er geen aanleiding voor het alsnog opstarten van een bodemprocedure tegen de verkoper. De verwijten die Consument de makelaar en de notaris heeft gemaakt, zijn in de tegen hen gevoerde bodemprocedures uitvoerig aan bod gekomen en door de rechter beoordeeld. Uit de uitspraken blijkt dat ook de door de verkoper aan deze partijen gemaakte verwijten zijn behandeld en meegewogen.

4.3 Dat met het opstarten van een bodemprocedure waarin de mogelijkheid bestond om alle partijen te betrekken een voor Consument beter resultaat bereikt zou zijn dan nu het geval is, heeft Consument onvoldoende aangetoond. Het oordeel van de Commissie is dat het niet aannemelijk is dat de uitkomst van een bodemprocedure anders geweest zou zijn, gezien de rechterlijk uitspraken in de procedures tegen de notaris en makelaar. In de procedure tegen de notaris is, ook na het horen van de verkoper, geoordeeld dat de verkoper al verplicht was tot sanering van de grond op zijn kosten op grond van de koopovereenkomst en dat de verkoper het expliciete artikel daarover in de leveringsakte ook zou hebben geaccepteerd als hij daarover door de notaris tijdig geïnformeerd zou zijn. De enige reden waarom de verkoper nooit tot sanering is overgegaan, was gelegen in het feit dat hij daartoe niet de financiële middelen had.

Daarvoor had de notaris of makelaar niet kunnen worden aangesproken. Uit de stukken maakt de Commissie op dat de verkoper zelf ook geen aanleiding heeft gezien om de makelaar en notaris in rechte aan te spreken. Het vonnis in de zaak van Consument tegen de makelaar geeft de Commissie evenmin aanleiding om te veronderstellen dat de uitkomst anders zou zijn geweest als daarover was geoordeeld in een bodemprocedure waarin ook de overige partijen betrokken waren. Tegen het huidige vonnis van de rechtbank is door Consument in de procedure tegen de makelaar ook afgezien van hoger beroep.

4.4 De Commissie vindt het niet onzorgvuldig van Verzekeraar dat hij de kwesties rondom de sanering en de bestemmingswijziging primair als twee verschillende dossiers heeft behandeld. De beide kwesties kenden (een) andere aan te spreken perso(o)n(en). Consument heeft onvoldoende onderbouwd dat zij door deze aanvankelijk gescheiden behandeling is benadeeld. De beide dossiers waren vanaf maart 2010 in handen van mr. [naam 2] die in de procedure tegen de makelaar zowel de bestemmingswijziging als de sanering aan de orde heeft laten komen.

4.5 Verzekeraar heeft zich uitgesproken over het wisselen van behandelaars op de dossiers en te kennen gegeven dat dit voor Consument niet ideaal is geweest. Consument heeft niet onderbouwd daardoor in haar belangen te zijn geschaad en schade te hebben geleden. Vanaf maart 2010 was de volledige zaak in handen van mr. [naam 2]. Over diens behandeling en wijze van aanpak heeft Consument geen klachten geuit.

4.6 De Commissie kan Consument niet volgen in haar stelling dat zij niet op het bestaan van het recht op een vrije advocaatkeuze is gewezen. In de brief van 7 februari 2008 is de relevante passage die daarover in artikel 3 van de Voorwaarden is opgenomen, geciteerd. Consument is akkoord gegaan met de inschakeling van eerst mr. [naam 1] en daarna mr. [naam 2]. Over beide advocaten heeft Consument geen klachten geuit.

4.7 De Commissie is op basis van voorgaande overwegingen van oordeel dat niet is komen vast te staan dat Verzekeraar toerekenbaar is tekortgeschoten en zij acht derhalve de klacht van Consument ongegrond.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering van Consument af.

In artikel 2 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/in-beroep-gaan-bij-kifid.

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 40 van het Reglement.