Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2019-786
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, mr. dr. S.O.H. Bakkerus, mr. E.C. Ruinaard, leden en mr. C.J.M. Veltmaat, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 27 september 2018
Ingediend door	: Consument
Tegen	: N.V. Univé Schade, gevestigd te Assen, verder te noemen Verzekeraar, die de uitvoering van de rechtsbijstand heeft overgedragen aan Stichting Univé Rechtshulp, verder te noemen Uitvoerder
Datum uitspraak	: 10 oktober 2019
Aard uitspraak	: Niet-bindend advies

Samenvatting

Consument heeft geen recht op een herbeoordeling van het advies in de geschillenregeling over het geschil met de bank, omdat gebonden aan het bindend advies naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is, gelet op de inhoud van het bindend advies of de wijze van totstandkoming ervan. Consument heeft recht op toepassing van de geschillenregeling in het geschil met de werkgever, omdat de geschillenregeling nog niet is toegepast. Daaraan doet niet af dat de onderliggende feiten en omstandigheden nagenoeg hetzelfde zijn als in het geschil met de bank.

1. Procesverloop

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

- het door Consument ingediende klachtformulier met bijlagen;
- de aanvullende stukken van Consument;
- het verweerschrift van Uitvoerder;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Uitvoerder en
- de slotreactie van Consument.

De Commissie stelt vast dat Consument heeft gekozen voor een niet-bindend advies. De uitspraak is daardoor niet-bindend. De Commissie stelt verder vast dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak wordt daarom op grond van de stukken beslist.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

2.1 Consument heeft sinds 6 mei 2016 een particuliere rechtsbijstandverzekering bij Verzekeraar. Op de verzekering zijn de voorwaarden "Rechtsbijstandverzekering Particulier versie 1" van toepassing. Daarin is, voor zover relevant, het volgende bepaald:

> *"**Hoofdstuk 8 Bent u het niet eens met de juridische behandeling?***
> *Bent u het niet eens met de juridische behandeling door ons? Dan proberen we dit eerst zelf met u op te lossen. Lukt dit niet? Dan is er een wettelijke regeling om u te beschermen. Dit is de geschillenregeling. Deze regeling geldt als u het niet eens bent met de beoordeling van de haalbaarheid of de juridische aanpak (de inhoudelijke behandeling) van uw conflict. De kosten van deze regeling tellen niet mee voor de maximaal te betalen verzekerde kosten. In andere gevallen geldt de regeling niet.*
>
> ***8.1 Zo werkt de regeling***
> *U geeft schriftelijk bij ons aan waar u het niet mee eens bent. Daarna kiezen we samen een onafhankelijke externe deskundige. Uw zienswijze wordt samen met die van ons naar de onafhankelijke externe deskundige gestuurd. Wij geven de opdracht. De externe deskundige bepaalt op basis van de opdracht of wij het conflict goed hebben beoordeeld of behandeld. Hierbij gaat hij uit van wat wij samen met u hebben vastgesteld over wat u wilt bereiken. Wij houden ons aan zijn beslissing. Dit moet u ook doen. Deze deskundige neemt de behandeling niet over. Wij betalen de verzekerde kosten voor deze externe deskundige.*
>
> ***8.2 U krijgt gelijk***
> *Dan behandelen wij uw conflict verder volgens het oordeel van de externe deskundige. […]*
>
> ***8.3 U krijgt geen gelijk***
> *Dan verandert er verder niets. U kunt het conflict nog door een andere externe deskundige laten behandelen. Maar dit betaalt u zelf. Wij betalen de verzekerde kosten terug als u alsnog heeft bereikt wat wij samen met u hebben vastgesteld."*

2.2 Consument heeft een geschil met de bank over het niet verstrekken van een hypotheek voor de aankoop van een nieuwbouwwoning. Consument heeft daarom Uitvoerder in mei 2016 verzocht om rechtsbijstand. Uitvoerder heeft dekking verleend en een jurist van Uitvoerder heeft de zaak in behandeling genomen.

2.3 De jurist heeft de juridische positie van Consument geanalyseerd en een haalbaarheids-oordeel gegeven. Dit heeft hij op 13 mei 2016 gecommuniceerd aan Consument.

De jurist heeft geconcludeerd dat een procedure tegen de bank voor het afdwingen van de financiering naar verwachting niet tot het gewenste resultaat zal leiden. Na een interne second opinion heeft Uitvoerder het ingenomen standpunt gehandhaafd.

Omdat Consument zich niet kon vinden in het haalbaarheidsoordeel van Uitvoerder, is de geschillenregeling aan Consument aangeboden.

2.4 Consument heeft Uitvoerder in december 2016 laten weten dat zij ook de juridische mogelijkheden richting de (advocaat van de) werkgever van haar partner, verder te noemen de Werkgever, wil laten onderzoeken voor het niet verkrijgen van de hypotheek, omdat de werkgeversverklaring op 12 mei 2016 is ingetrokken. De jurist van Uitvoerder heeft per brief van 28 december 2016 geoordeeld dat deze vordering geen kans van slagen had. Consument heeft het aanvankelijk hierbij gelaten.

2.5 Consument heeft ingestemd met de geschillenregeling in het geschil met de bank. De volgende vragen zijn aan de onafhankelijke advocaat voorgelegd:

"Kan op basis van de beschikbare gegevens in dit dossier de […] bank met een redelijke kans op succes (meer dan 50%) aansprakelijk worden gehouden voor schade die de familie [van Consument] ondervindt ten gevolge van de door […] bank op 11 mei 2016 genomen beslissing om de nieuwbouwwoning aan het [adres] te [plaatsnaam] geen hypothecaire financiering te verstrekken?

Wanneer het antwoord op vraag 1 bevestigend is; kan op basis van de beschikbare gegevens in dit dossier met een redelijke kans op succes (meer dan 50%) gesteld worden dat er sprake is van door de familie [van Consument] geleden schade en, zo ja, waaruit bestaat de geleden schade en waarop is deze schade gebaseerd?"

2.6 Tussen de advocaat en Consument heeft op 1 september 2017 een gesprek plaatsgevonden. De advocaat heeft het dossier beoordeeld en op 20 september 2017 geconcludeerd dat de bank niet met een redelijke kans op succes (meer dan 50%) aansprakelijk kan worden gehouden voor de schade van Consument. De advocaat komt daarom niet toe aan de beantwoording van de vervolgvraag met betrekking tot de schade. De advocaat heeft daarnaast nog opgemerkt dat niet te ontkennen valt dat de Werkgever een cruciale rol heeft gespeeld in het onderhavige dossier, maar dat het beoordelen van de rol van de (advocaat van de) Werkgever buiten de reikwijdte van zijn advies gaat. Uitvoerder heeft naar aanleiding van dit oordeel de rechtsbijstand beëindigd.

2.7 Consument heeft eind 2017 contact opgenomen met Uitvoerder en hem verzocht om toepassing van de geschillenregeling in het geschil met de Werkgever door een andere advocaat. Nadat Uitvoerder haar verzoek heeft afgewezen, heeft Consument in februari 2018 een klacht ingediend.

2.8 Het klachtenbureau van Uitvoerder heeft op de klacht van Consument gereageerd.

Volgens het klachtenbureau heeft de advocaat de zaak uitvoerig bestudeerd en een zeer gedetailleerd tijdspad en advies gegeven. In dit advies is volgens Uitvoerder het optreden van de bank en van de Werkgever, maar ook de eigen verantwoordelijkheid van Consument aan de orde gekomen. Uit het advies volgt dat het op de weg lag van Consument om de bank te informeren over het dreigende ontslag. Dit advies kan volgens Uitvoerder niet los worden gezien van de vraag of de Werkgever onrechtmatig heeft gehandeld. Uit het advies is volgens Uitvoerder op te maken dat er van onrechtmatig optreden door de Werkgever geen sprake is, maar dat Consument zelf haar informatieplicht tegenover de bank heeft geschonden. Om die reden heeft Uitvoerder niet opnieuw het volledige dossier aan een andere advocaat willen overdragen voor een nieuwe geschillenregeling. Naast het feit dat de feiten en omstandigheden identiek zijn en de zaken niet los van elkaar kunnen worden beschouwd, zou dit volgens Uitvoerder aanzienlijke dubbele kosten voor bestudering van het dossier opleveren. Daarnaast wil Uitvoerder voorkomen dat voor iedere andere aanvullende vraag elders 'geshopt' kan worden als het advies van de eerste gekozen advocaat niet zou bevallen. Uitvoerder is wel bereid de aanvullende vraag over de aansprakelijkheid van de Werkgever aan dezelfde advocaat voor te leggen in aanvulling op zijn eerdere advies.

2.9 Partijen zijn niet tot een vergelijk gekomen. Consument heeft daarom een klacht bij Kifid ingediend.

2.10 Consument heeft tijdens de procedure bij Kifid een tweede advocaat verzocht het advies van de geschillenregeling in het geschil met de bank te beoordelen. De tweede advocaat heeft in een e-mail van 6 december 2018 aan Uitvoerder geschreven dat de verkeerde rechtsvraag is gesteld. De juiste vraag zou volgens de tweede advocaat zijn geweest "*of het de bank nog vrij stond om de financiering af te wijzen op grond van de reeds maanden bij haar bekende gegevens in een dergelijk laat stadium nadat er reeds een voorwaardelijke goedkeuring was verleend*". Daarbij zou het arrest van het Hof Amsterdam ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ6962 relevant zijn. De situatie in dat arrest is volgens de tweede advocaat vergelijkbaar met de situatie van Consument, maar het arrest is niet in het advies van de geschillenregeling meegenomen. De tweede advocaat heeft Uitvoerder verzocht om een herbeoordeling van het advies door de advocaat van de geschillenregeling. Volgens Uitvoerder is deze vraag in de geschillenregeling echter wel aan bod gekomen.

2.11 Partijen zijn ook op dit punt niet tot een vergelijk te komen. Consument heeft daarom haar klacht bij Kifid aangevuld.

3. Klacht, vordering en verweer

Klacht en vordering Consument

3.1 Consument klaagt over de juridische hulp die Uitvoerder aan haar heeft verleend in het kader van zowel een geschil tussen Consument en de bank als een geschil tussen Consument en de Werkgever.

Consument stelt dat zij recht heeft op een herbeoordeling van het advies (door een advocaat naar keuze) in de geschillenregeling over het geschil met de bank, omdat de verkeerde rechtsvraag is gesteld en daarover heeft de advocaat niet geoordeeld. Van Consument kan niet worden verwacht dat zij met een juiste vraagstelling komt. Zij is juridisch niet onderlegd. De zienswijze van de tweede advocaat was voldoende grond voor Uitvoerder om een herbeoordeling plaats te laten vinden.

Consument stelt dat zij daarnaast recht heeft op toepassing van de geschillenregeling door een advocaat naar keuze in het geschil met de Werkgever. Het betreft namelijk een ander geschil dan het geschil tegen de bank. Consument kan daarom niet worden verplicht dat dezelfde advocaat ook dit tweede geschil beoordeelt. Consument heeft geen vertrouwen meer in deze advocaat. Een advocaat naar keuze brengt geen extra kosten mee, omdat de advocaat die haar partner heeft bijgestaan in de ontslagzaak, ook bekend is met de inhoud van het dossier.

3.2 Met inachtneming hiervan verlangt Consument van Uitvoerder dat een advocaat naar keuze beide geschillen (her)beoordeelt in het kader van de geschillenregeling.

Verweer Uitvoerder

3.3 Uitvoerder heeft, kort en zakelijk weergegeven, gesteld dat de verschillende juridische geschillen van Consument intern zijn beoordeeld en dat de geschillenregeling is toegepast. Alle aspecten zijn in de geschillenregeling aan de orde geweest, waaronder het antwoord op de latere vraag die volgens de tweede advocaat gesteld had moeten worden. Volgens de advocaat komt het geschil in de kern erop neer of het de bank op 11 mei 2016 nog vrij stond de hypotheekaanvraag af te wijzen. De advocaat heeft een oordeel gegeven of er zonder overeenkomst sprake zou kunnen zijn van een onrechtmatige daad van de bank. Zijn conclusie was dat dit onder de gegeven omstandigheden niet het geval is. Het arrest is volgens Uitvoerder niet vergelijkbaar.

Hoewel de vraag over de aansprakelijkheid van de Werkgever door de advocaat in de geschillenregeling is benoemd, is Uitvoerder bereid hierover een aanvullende vraag aan de advocaat voor te leggen om iedere twijfel over de vraag of dit wel voldoende is beoordeeld, weg te nemen.

Het staat Consument vrij om verdere behandeling op eigen kosten voort te zetten. De polisvoorwaarden bieden een vergoeding van de redelijke kosten voor het geval zij alsnog het beoogde resultaat behaalt.

4. Beoordeling

4.1 De klacht van Consument valt in meerdere onderdelen uiteen.

i. Uitvoerder wil ten onrechte geen herbeoordeling van de geschillenregeling (door een advocaat naar keuze) in het geschil met de bank laten uitvoeren.
ii. Uitvoerder stelt zich ten onrechte op het standpunt dat de advocaat, die al een beoordeling in het kader van het geschil met de bank heeft gedaan, ook de beoordeling moet doen in het kader van het geschil met de Werkgever. Consument ziet graag dat zij een andere advocaat mag inschakelen voor de toepassing van de geschillenregeling.

De Commissie zal de klachtonderdelen in deze volgorde bespreken.

Geschillenregeling: het geschil met de bank

4.2 Ter beoordeling ligt de vraag voor of het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat partijen gebonden zijn aan het oordeel dat de advocaat in het kader van de geschillenregeling heeft gegeven. De Commissie is van oordeel dat dit niet het geval is en licht dat toe.

4.3 De geschillenregeling heeft het karakter van een vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 7:900 Burgerlijk Wetboek (BW), omdat het oordeel van de advocaat is bedoeld ter beëindiging van het geschil tussen Consument en Uitvoerder over de juridische haalbaarheid van de zaak. In beginsel zijn partijen daaraan gebonden, tenzij de inhoud of de wijze van totstandkoming ervan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (artikel 7:904 BW). Deze toetsing heeft een *marginaal* karakter, dat wil zeggen dat de toetsing een beperkte reikwijdte heeft. Zie Hoge Raad 12 september 1997, *NJ 1998, 382* (Confood/Zürich): de grenzen van redelijk denkende mensen moeten zijn overschreden. Het is aan Consument om gemotiveerd te stellen en bij deugdelijke betwisting door Uitvoerder te bewijzen dat hiervan sprake is.

4.4 Uit de informatie in het dossier leidt de Commissie af dat Uitvoerder het dossier aan de advocaat heeft verstrekt en dat voorafgaand aan het bindend advies een gesprek heeft plaatsgevonden tussen Consument en de advocaat. Het is aannemelijk dat het geschil met de bank tijdens dat gesprek uitvoerig aan de orde is geweest. Uit het advies blijkt dat het bindend advies tot stand is gekomen op basis van zowel de informatie in het dossier als de informatie die Consument tijdens het gesprek met de advocaat heeft gegeven.
Verder stelt de Commissie vast dat de advocaat de vragen die hem voorlagen, heeft beantwoord en dat daaraan een uitvoerige weergave van de feiten en omstandigheden is voorafgegaan. De Commissie komt, gezien het voorgaande, tot de conclusie dat gebonden aan het bindend advies naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is, gelet op de inhoud van het bindend advies of de wijze van totstandkoming ervan.

De stelling van Consument dat niet de juiste vraagstelling is geformuleerd, maakt dit niet anders. De Commissie kan Consument volgen waar zij stelt dat zij niet juridisch is onderlegd en dat van haar niet kan worden verwacht met een juiste vraagstelling te komen, maar de Commissie kan Consument niet volgen dat zij zich pas *na* het gegeven negatieve advies heeft gewend tot de tweede advocaat. Het lag voor de hand dat Consument *voorafgaand* aan de geschillenregeling advies had ingewonnen en niet pas nadat het negatieve advies was gegeven. De Commissie vindt het bovendien niet aannemelijk dat de door Consument gestelde rechtsvraag tot een ander oordeel van de advocaat had geleid, omdat de advocaat in de beoordeling meer aspecten heeft belicht en beargumenteerd in het kader van de vraag of het de bank nog vrij stond de hypotheekaanvraag af te wijzen. Daarbij vindt de Commissie het ook van belang dat het advies is gebaseerd op het gesprek met Consument. Het is aannemelijk dat daar besproken is dat Consument de bank verantwoordelijk wilde houden voor het niet verstrekken van de hypotheek, ongeacht welke invalshoek, en dat dit is meegenomen in de beoordeling.

Ook de stelling van Consument dat de uitspraak van het Hof Amsterdam niet in de beoordeling is meegenomen, leidt niet zonder meer tot de conclusie dat het bindend advies naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het is in beginsel ter beoordeling van de advocaat in de geschillenregeling welke aspecten belangrijk zijn voor het advies.

Geschillenregeling: het geschil met de Werkgever

4.5 Vervolgens moet de vraag worden beantwoord of Consument recht heeft op toepassing van de geschillenregeling in het geschil met de Werkgever door een andere advocaat. De Commissie is van oordeel dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord. Dit wordt hierna toegelicht.

4.6 De Commissie stelt voorop dat als de verzekerde het niet eens is met de beoordeling van Uitvoerder over de kans van slagen, de verzekerde een beroep kan doen op de geschillenregeling voor een second opinion. Een onafhankelijke derde, bijvoorbeeld een advocaat, beoordeelt dan het dossier en toetst of het standpunt van Uitvoerder juist is.

4.7 De Commissie stelt vast dat partijen van mening verschillen over de vraag of de Werkgever met een redelijke kans van slagen aansprakelijk gesteld kan worden.

Volgens Uitvoerder heeft de advocaat die een second opinion heeft gegeven in het geschil met de bank zich al uitgelaten over de aansprakelijkheid van de Werkgever. Daarom zou volgens Uitvoerder een nieuwe beoordeling door een andere advocaat niet voor de hand liggen; ook omdat de feiten en omstandigheden hetzelfde zijn.

4.8 De Commissie volgt Uitvoerder niet in dit standpunt. In het advies van de advocaat staat dat het beoordelen van de rol van de (advocaat van de) Werkgever buiten de reikwijdte van zijn advies gaat. Dat blijkt ook uit de gestelde vragen die zien op de aansprakelijkheid van de bank, en niet op de aansprakelijkheid van de Werkgever. De Commissie stelt daarom vast dat de geschillenregeling nog niet is toegepast in het geschil met de Werkgever. Daaraan doet niet af dat de onderliggende feiten en omstandigheden nagenoeg hetzelfde zijn in beide geschillen. De conclusie is dan ook dat Uitvoerder de geschillenregeling in het geschil met de Werkgever moet aanbieden.

4.9 Volgens artikel 8.1 van de verzekeringsvoorwaarden kiezen de Uitvoerder en de verzekerde de onafhankelijke externe deskundige samen. Consument heeft aangegeven een andere advocaat te willen dan de advocaat die al een oordeel heeft gegeven over het geschil met de bank. Uitvoerder kan Consument niet verplichten om de geschillenregeling uit te laten voeren door voormelde advocaat. Partijen moeten het er samen over eens worden wie de second opinion zal uitvoeren.

Slotsom

4.10 De slotsom is dat Uitvoerder opnieuw de geschillenregeling moet aanbieden in het geschil met de Werkgever en in overleg met Consument een bindend adviseur moet aanwijzen. Wat Consument meer of anders vordert, wijst de Commissie af.

5. Beslissing

Uitvoerder dient binnen vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, de geschillenregeling aan te bieden in het geschil met de werkgever. Hetgeen Consument meer of anders vordert wijst de Commissie 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 40 van het Reglement.