Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2022-0753

(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, mr. S.W.A. Kelterman, mr. A. Boer, leden en mr. T. Veldhuizen, secretaris)

Klacht ontvangen op	27 augustus 2021
Ingediend door	De consument
Tegen	Klaverblad Schadeverzekeringsmaatschappij N.V., h.o.d.n. Klaverblad Verzekeringen, gevestigd te Zoetermeer, verder te noemen de verzekeraar, waarbij de uitvoering van de rechtsbijstand is overgedragen aan Klaverblad Rechtsbijstand Stichting, verder te noemen de uitvoerder
Datum uitspraak	6 september 2022
Aard uitspraak	Gedeeltelijk beslissing over behandelbaarheid en gedeeltelijk niet-bindend advies
Uitkomst	Gedeeltelijk niet behandelbaar en gedeeltelijk vordering toegewezen
Bijlage	Relevante bepalingen uit wetgeving

Samenvatting

Rechtsbijstandverzekering. De consument heeft een beroep gedaan op zijn rechtsbijstand-verzekering in verband met een erfrechtelijk geschil. De uitvoerder heeft verdere rechtsbijstand geweigerd omdat er volgens de uitvoerder geen redelijke kans op succes bestaat, waarna de consument een beroep heeft gedaan op de geschillenregeling. De geschillenregeling is door de uitvoerder opgestart, maar deze is uiteindelijk niet doorlopen omdat partijen van mening verschillen over de wijze waarop de geschillenregeling uitgevoerd moet worden. De commissie oordeelt dat de uitvoerder ten onrechte geen hoor en wederhoor heeft toegepast. De klacht voor wat betreft de wijze waarop de uitvoerder de geschillenregeling wil uitvoeren is gegrond. De overige klachten van de consument zijn niet behandelbaar. De vordering wordt gedeeltelijk toegewezen.

1. Procedure

1.1 De commissie beslist op basis van haar Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, bemiddelen en (bindend) advies – vanaf 1 april 2017 tot 1 april 2022 (hierna: het Reglement) en op basis van de door partijen aan Kifid ingestuurde documenten inclusief bijlagen. Het gaat om: 1) het klachtformulier namens de consument; 2) het verweerschrift van de uitvoerder; 3) de repliek namens de consument; 4) de dupliek van de uitvoerder en 5) de namens de consument toegezonden aanvullende stukken.

1.2 Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 17 december 2021. Na de hoor-zitting is de enkelvoudige commissie uitgebreid met de leden mr. S.W.A. Kelterman en mr. A. Boer, naar een meervoudige commissie. Partijen zijn hierover geïnformeerd. Vervolgens zijn partijen opnieuw opgeroepen voor een hoorzitting op 25 maart 2022.

Op beide hoorzittingen was de consument aanwezig, samen met zijn professioneel gemachtigde, de heer mr. J.G. Borgesius (hierna: Borgesius). Namens de uitvoerder was op 17 december 2021 aanwezig mevrouw mr. [naam 1]. Op 25 maart 2022 was naast mevrouw mr. [naam 1] ook mevrouw mr. [naam 2] namens de uitvoerder aanwezig.

1.3 De consument heeft gekozen voor een niet-bindend advies. Dit betekent dat partijen elkaar niet aan de uitspraak kunnen houden.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

2.1 De consument heeft een rechtsbijstandverzekering (hierna: de verzekering) bij de verzekeraar. De verzekeraar heeft de uitvoering van de verzekering uitbesteed aan de uitvoerder.

2.2 Op 26 september 2018 heeft de consument een beroep gedaan op zijn verzekering in verband met een geschil met zijn zussen over de nalatenschap van hun moeder. De uitvoerder heeft dekking verleend en de zaak in behandeling genomen. De consument is per brief van 2 november 2018 via de vertegenwoordiger van zijn zussen benaderd met de vraag welke notaris hij opdracht zou willen geven om een boedelbeschrijving op te stellen. Op 4 december 2018 heeft de uitvoerder de consument per e-mail gevraagd om zijn voorkeur voor een notaris aan hem door te geven. De uitvoerder heeft per e-mail van 5 december 2018 het standpunt ingenomen dat er geen redelijke kans is op succes om het door de consument gewenste doel te bereiken, te weten de vernietiging van schenkingen die moeder aan de kleinkinderen had gedaan op grond van misbruik van omstandigheden. Ook heeft de uitvoerder de consument nogmaals gevraagd naar zijn voorkeur voor het benoemen van een notaris voor de boedel-beschrijving. Op 10 december 2018 heeft de uitvoerder dit verzoek nogmaals gedaan, met de waarschuwing dat de consument niet door de uitvoerder wordt bijgestaan in een gerechtelijke procedure als hij zijn voorkeur niet doorgeeft. Op dezelfde dag heeft de consument zijn voorkeur aan de uitvoerder doorgegeven en gevraagd naar de geschillenregeling.

2.3 De uitvoerder heeft de consument per e-mail van 20 december 2018 bericht dat eerst een interne second opinion zal plaatsvinden voordat de geschillenregeling wordt opgestart. Op 27 december 2018 heeft de uitvoerder de consument – voor zover relevant – als volgt geïnformeerd:

> *'(…) Inmiddels heb ik uw verzoek de geschillenregeling in werking te zetten bij mijn leidinggevende neergelegd. De geschillenregeling wordt conform polisvoorwaarden in gang gezet.*

Dit houdt in dat de betreffende scheidsman, die door de deken wordt aangewezen, zijn oordeel geeft op basis van het dossier dat de Stichting onder zich heeft. Er zal dus geen sprake zijn van mondeling overleg tussen u en de scheidsman. (…)'

2.4 De Deken van de Orde van Advocaten (hierna: de Deken) heeft hierna een advocaat aangewezen als scheidsrechter voor het uitbrengen van de second opinion. Op 31 december 2018 heeft de uitvoerder de advocaat per e-mail – voor zover relevant – als volgt bericht:

'(…) Voorts dient u te oordelen op basis van het toegezonden dossier. Dit is het dossier zoals dat in bezit is bij Klaverblad. Verzekerde mag u geen nieuwe stukken toesturen noch contact opnemen om een en ander toe te lichten. (…)'

2.5 Op 3 januari 2019 heeft de advocaat per e-mail bericht dat hij bereid is om een second opinion uit te brengen en dat de tijd die hij hieraan zal besteden afhangt van de vraag of de consument gebruik maakt van het recht om gehoord te worden. Op dezelfde dag heeft de uitvoerder per e-mail gereageerd en hem gewezen op de inhoud van de e-mail van 31 december 2018.

2.6 De consument heeft vervolgens Borgesius ingeschakeld. Borgesius heeft per e-mail van 16 januari 2019 de uitvoerder bericht dat het uitbrengen van een bindend advies in het kader van de geschillenregeling moet plaatsvinden met inachtneming van hoor en wederhoor. Op 18 januari 2019 heeft de advocaat de uitvoerder per e-mail bericht dat het gebruikelijk is dat een verzekerde bij het toepassen van de geschillenregeling een toelichting kan geven op de zaak en voorgesteld dat de consument en de uitvoerder hierover met elkaar overleggen. De uitvoerder heeft per e-mail van 23 januari 2019 aan de advocaat zijn eerdere standpunt herhaald dat de advocaat de zaak niet mag bespreken met de consument en heeft de advocaat verzocht de opdracht aan de uitvoerder terug te geven wanneer de advocaat zich hierin niet kan vinden.

2.7 Hierna hebben Borgesius en de uitvoerder nog enige tijd met elkaar gecorrespondeerd over de wijze waarop de geschillenregeling uitgevoerd moet worden. Op 27 maart 2019 heeft de uitvoerder Borgesius bericht dat hij zijn eerdere standpunt hierover handhaaft.

2.8 De kantonrechter heeft bij beschikking van 6 september 2019 bepaald dat er een notariële boedelbeschrijving van de nalatenschap opgemaakt moet worden. Vervolgens heeft de door de kantonrechter aangewezen notaris een boedelbeschrijving opgemaakt.

2.9 Op 30 oktober 2020 heeft Borgesius de uitvoerder per e-mail bericht dat de zaak door omstandigheden enige tijd stil heeft gelegen en dat de geschillenregeling nog steeds uitgevoerd moet worden. De uitvoerder heeft per e-mail van 4 november 2020 gereageerd en aangegeven dat zijn standpunt nog steeds niet is gewijzigd.

Ook heeft de uitvoerder de vraag gesteld of het uitbrengen van een second opinion nog opportuun is, omdat er inmiddels anderhalf jaar is verstreken.

2.10 Borgesius heeft namens de consument per brief van 12 maart 2021 een klacht ingediend bij de directie van de verzekeraar over de wijze waarop de geschillenregeling uitgevoerd moet worden. De klacht van de consument is per brief van 2 juni 2021 ongegrond verklaard. Partijen hebben vervolgens nog enkele keren over en weer gecorrespondeerd, maar zijn er niet in geslaagd om tot een vergelijk te komen, waarna Borgesius namens de consument bij Kifid een klacht heeft ingediend.

De klacht en vordering

2.11 De consument klaagt over de uitvoering van de rechtsbijstand en vordert vergoeding van een bedrag van € 13.164,80. Dit bedrag bestaat uit de kosten van rechtsbijstand in het geschil met de uitvoerder (€ 7.691,97) en de kosten van rechtsbijstand voor het voeren van de procedure inzake de boedelbeschrijving (€ 5.472,83). Ter onderbouwing van zijn vordering heeft Borgesius namens de consument het volgende aangevoerd.

2.12 De consument wil zeker weten dat de advocaat goed wordt geïnformeerd en het volledige dossier toegestuurd heeft gekregen. In de voorwaarden staat dat er in overleg stukken worden gestuurd naar de advocaat. Dat is hier niet gebeurd. In het kader van een eerlijk proces wil de consument alle stukken aan de advocaat toesturen en door de advocaat gehoord worden. De uitvoerder werkt hier niet aan mee. Voor het uitbrengen van een bindend advies in het kader van de geschillenregeling is hoor en wederhoor echter noodzakelijk. Dit blijkt volgens Borgesius uit een arrest van de Hoge Raad (HR 12 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2427) en een uitspraak van de Geschillencommissie Kifid (2020-297).

2.13 In de voorwaarden, waar de uitvoerder zich op beroept, wordt het recht op hoor en wederhoor niet gewaarborgd. Deze voorwaarden zijn volgens Borgesius niet van toepassing, omdat de consument door de uitvoerder destijds niet is geïnformeerd over de voorwaarden die in zijn nadeel zijn gewijzigd. Om deze reden zijn de 'Verzekeringsvoorwaarden RB09' van toepassing. Indien de commissie oordeelt dat de voorwaarden wel van toepassing zijn, zijn deze onredelijk bezwarend, onduidelijk en in strijd met de grijze, zwarte en blauwe lijst.

2.14 In de voorwaarden staat dat de uitvoerder de kosten van de geschillenregeling betaalt. De uitvoerder heeft de factuur van de advocaat echter niet voldaan. Dit betreft ook een tekortkoming in de nakoming. Zolang de factuur niet wordt betaald, zal de advocaat geen second opinion uitbrengen, aldus Borgesius.

2.15 De uitvoerder heeft de consument ten onrechte geen rechtshulp geboden bij de procedure van de boedelbeschrijving.

Dit is volgens Borgesius ook een tekortkoming in de nakoming en de uitvoerder is aansprakelijk voor de schade die de consument hierdoor heeft geleden. De consument heeft voor de procedure van de boedelbeschrijving rechtsbijstand ingeschakeld van Borgesius en de uitvoerder dient deze kosten te vergoeden.

Het verweer

2.16 De uitvoerder heeft de volgende verweren gevoerd.

2.17 Borgesius heeft namens de consument in zijn repliek verschillende nieuwe klachtonderdelen ingebracht. In deze klacht staat volgens de uitvoerder alleen centraal of de geschillenregeling op de juiste wijze door de uitvoerder is toegepast. De andere klachtonderdelen dienen daarom buiten beschouwing te blijven.

2.18 In de voorwaarden is opgenomen dat de uitvoerder met de consument afstemt welke informatie aan de advocaat wordt toegezonden. In dit geval was voorafgaand overleg volgens de uitvoerder overbodig, omdat het volledige dossier dat de uitvoerder onder zich had naar de advocaat is verstuurd. Het druist tegen de aard van de geschillenregeling in dat de advocaat eenzijdig en op niet transparante wijze contact met de consument onderhoudt. Het staat de consument volgens de uitvoerder ook niet vrij om aan de advocaat informatie te verstrekken die bij de uitvoerder niet bekend is. De uitspraak van Kifid waarnaar Borgesius verwijst, heeft betrekking op een ander feitencomplex. In die zaak had de uitvoerder het dossier niet verstrekt aan de advocaat voor het uitvoeren van de geschillenregeling. Het feit dat in dit geval de geschillenregeling niet volledig is uitgevoerd kan de uitvoerder niet worden verweten. Dit is te wijten aan de consument en de advocaat, aldus de uitvoerder.

2.19 Uit de factuur van de advocaat blijkt dat hij bij herhaling afzonderlijk contact heeft gehad met partijen. De door de Deken aangewezen advocaat heeft zich volgens de uitvoerder dan ook niet als onafhankelijk en onpartijdig scheidsrechter opgesteld. Desalniettemin is de uitvoerder bereid om de geschillenregeling alsnog conform de voorwaarden toe te passen.

2.20 De consument heeft volgens de uitvoerder geen belang bij zijn klacht over het niet betalen van de factuur van de advocaat door de uitvoerder. De consument heeft deze factuur niet moeten betalen en de uitvoerder is op geen enkele grondslag gehouden om de factuur van de advocaat te voldoen.

3. De beoordeling

Behandelbaarheid van de klachten

3.1 De klacht van de consument bestaat uit verschillende klachtonderdelen. De commissie beoordeelt allereerst of alle klachtonderdelen behandelbaar zijn op grond van het Reglement.

De uitvoerder heeft namelijk aangevoerd dat alleen het klachtonderdeel over de wijze waarop de uitvoerder de geschillenregeling wenst uit te voeren, behandelbaar is.

3.2 Tijdens de zitting van 25 maart 2022 heeft de commissie na intern beraad geoordeeld en vervolgens uitgesproken dat alleen het klachtonderdeel over de wijze waarop de geschillenregeling uitgevoerd moet worden behandelbaar is. Uit de directieklacht van 12 maart 2021 blijkt namelijk dat Borgesius namens de consument alleen heeft geklaagd over de uitvoering van de geschillenregeling.

Welke vraag moet de commissie beantwoorden?

3.3 De commissie moet de vraag beantwoorden in hoeverre het beginsel van hoor en wederhoor dient te worden toegepast bij het uitvoeren van de geschillenregeling. De commissie oordeelt dat dit beginsel moet worden toegepast en licht hierna toe hoe dit in het onderhavige geval vorm moet worden gegeven.

Wat is het beoordelingskader?

3.4 Partijen discussiëren over de vraag of de uitvoerder het beginsel van hoor en wederhoor in acht moet nemen bij het toepassen van de geschillenregeling. De geschillenregeling is een scheidsrechterlijke procedure zoals omschreven in artikel 4:68 lid 1 Wet op het financieel toezicht (zie bijlage). De uiteindelijke beoordeling van de scheidsrechter, in dit geval de advocaat, heeft het karakter van een bindend advies zoals bedoeld in artikel 7:900 lid 1 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) (zie bijlage).[1] In dit geval heeft de advocaat nog geen bindend advies uitgebracht omdat partijen het niet eens zijn over de wijze waarop de geschillenregeling uitgevoerd moet worden. Voor de procedure van de totstandkoming van een bindend advies geldt dat hiervoor geen wettelijke regeling bestaat. Wel bepaalt artikel 7:904 lid 1 BW (zie bijlage) dat indien gebondenheid aan een bindend advies in verband met de inhoud of *de wijze van de totstandkoming* daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, het bindend advies vernietigbaar is. Naar het oordeel van de commissie geldt dat bij het uitbrengen van een bindend advies de beginselen van behoorlijk procesrecht in acht moeten worden genomen, waaronder het beginsel van hoor en wederhoor.[2] Dit betekent dat de consument in de gelegenheid gesteld moet worden om zijn standpunt voorafgaand aan het uitbrengen van het bindend advies aan de advocaat toe te lichten. Uit het dossier blijkt duidelijk dat de uitvoerder de consument deze gelegenheid niet heeft geboden en ook niet heeft willen bieden. De commissie stelt vast dat de uitvoerder het beginsel van hoor en wederhoor ten onrechte niet in acht heeft genomen bij het toepassen van de geschillenregeling. Dit betekent dat de klacht van de consument gegrond is.

[1] Zie ook GC Kifid nr. 2022-0431, overweging 3.2, te vinden op www.kifid.nl.
[2] Vergelijk GC Kifid 2020-297, te vinden op www.kifid.nl en HR 20 mei 2005, ECLI:N:HR:2005:AS5890 (Gemeente Amsterdam/Honnebier), te vinden op www.rechtspraak.nl.

3.5 Uit het dossier blijkt dat de kantonrechter ten aanzien van één van de twee vragen die centraal stond bij de geschillenregeling inmiddels al heeft geoordeeld dat een notariële boedelbeschrijving van de nalatenschap opgemaakt moet worden. Alhoewel de commissie zich afvraagt of beantwoording van deze vraag in de geschillenregeling nog zinvol is, heeft de consument daar wel recht op.

3.6 Gelet op het voorgaande dient de geschillenregeling alsnog te worden toegepast met inachtneming van hoor en wederhoor op basis van het volledige dossier dat destijds aan de advocaat is verstrekt. De commissie merkt hierbij wel op dat dit op transparante wijze dient te gebeuren.

3.7 Tijdens de zitting van 25 maart 2022 heeft de uitvoerder aangeboden om het standpunt dat er geen redelijke kans is op succes om het door de consument gewenste doel te bereiken, te heroverwegen op basis van de huidige stand van zaken. Indien de uitvoerder het standpunt na heroverweging alsnog handhaaft dat er geen redelijke kans op succes is, kan de consument alsnog een beroep doen op de geschillenregeling. De commissie gaat ervan uit dat de uitvoerder dit aanbod ook na de uitspraak gestand zal doen.

3.8 Omdat de klacht van de consument op andere gronden slaagt, behoeft de vraag of de Polisvoorwaarden nr. RB 16 van toepassing zijn en of deze onredelijk bezwarend zijn, geen verdere bespreking meer.

3.9 De commissie merkt tenslotte nog op dat, zoals de uitvoerder terecht heeft opgemerkt, de consument geen belang heeft bij de vraag of de uitvoerder gehouden is om de factuur van de advocaat te voldoen. Dit betreft een rechtsverhouding tussen de uitvoerder en de advocaat. Borgesius heeft namens de consument overigens ook geen stukken verstrekt waaruit blijkt dat de advocaat niet bereid is om de second opinion uit te brengen zolang de factuur door de uitvoerder niet wordt voldaan.

Proceskostenvergoeding

3.10 De consument heeft een proceskostenvergoeding gevorderd voor de procedure bij Kifid. Omdat de consument voor wat betreft zijn klacht over de uitvoering van de geschillenregeling in het gelijk is gesteld, oordeelt de commissie dat de consument een vergoeding toekomt voor het aanhangig maken en de behandeling van de klacht bij Kifid. Voor procedures bij Kifid geldt het liquidatietarief behorend bij het Reglement, te vinden op de website van Kifid.

3.11 De toegewezen vordering van de consument is van onbepaalde waarde. De commissie sluit hiervoor aan bij het tarief voor vorderingen van onbepaalde waarde in het Liquidatietarief Proceskostenvergoeding van de Rechtspraak (per 1 februari 2021).[3]

[3] Te vinden op www.rechtspraak.nl.

Dat betreft de tariefgroep voor vorderingen van € 10.000,- tot € 20.000,-. Dit correspondeert met tariefgroep V van het Kifid Liquidatietarief.

3.12 De consument is bijgestaan door een jurist, een beroepsmatig handelend professional (niet zijnde advocaat). De commissie kent drie procespunten toe (1 procespunt voor de (gehele) schriftelijke fase en 2 x 1 procespunt voor een mondelinge behandeling). De kosten van de procedure worden daarom vastgesteld op € 600,-. De uitvoerder dient deze kosten aan de consument te vergoeden.

Conclusie

3.13 Het klachtonderdeel over de uitvoering van de geschillenregeling is gegrond: bij het uitvoeren van de geschillenregeling dient het beginsel van hoor en wederhoor te worden toegepast. De overige klachtonderdelen zijn niet behandelbaar.

4. De beslissing

De commissie beslist dat de uitvoerder de geschillenregeling opnieuw moet opstarten en dat daarbij het beginsel van hoor en wederhoor in acht moet worden genomen. Ook beslist de commissie dat de uitvoerder een bedrag van € 600,- op een door de consument aan de uitvoerder door te geven bankrekeningnummer vergoedt, binnen vier weken nadat deze beslissing aan partijen is verstuurd. De commissie wijst het meer of anders gevorderde af.

De commissie verklaart de overige klachtonderdelen niet behandelbaar.

Deze uitspraak is gedeeltelijk een beslissing over behandelbaarheid en gedeeltelijk een niet-bindend advies. Tegen deze uitspraak staat geen hoger beroep open bij de Commissie van Beroep Kifid. U kunt de zaak nog wel aan de rechter voorleggen.

Binnen 2 weken na de verzenddatum van deze uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen tot herstel van een overduidelijke vergissing in de uitspraak zoals een schrijffout, een verkeerde naam/datum of een rekenfout. De beslissing van de geschillencommissie in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Ook kunt u binnen 1 maand na de verzenddatum van de uitspraak een schriftelijk verzoek indienen om de uitspraak aan te vullen als u vindt dat de geschillencommissie niet heeft beslist over alle onderdelen van uw vordering. Dit ziet niet op de situatie waarin u meent dat de geschillencommissie in haar uitspraak niet uitdrukkelijk al uw argumenten, ter onderbouwing van uw vordering, heeft behandeld. Meer informatie hierover staat in artikel 40 van het reglement van de geschillencommissie vanaf 1 april 2017, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten.

Contactgegevens Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Telefoonnummer: 070 - 333 8 999
Website: www.kifid.nl

Bijlage - Relevante bepalingen uit wetgeving

Relevant artikel uit de Wet op het financieel toezicht

Artikel 4:68

1. Een rechtsbijstandverzekeraar draagt er zorg voor dat in de overeenkomst inzake de rechtsbijstanddekking uitdrukkelijk wordt voorzien in een scheidsrechterlijke procedure of een andere procedure die met een scheidsrechterlijke procedure vergelijkbare garanties inzake objectiviteit biedt, teneinde te bepalen welke gedragslijn er bij verschil van mening tussen de verzekeraar onderscheidenlijk het juridisch zelfstandig schaderegelingkantoor en de verzekerde zal worden gevolgd voor de regeling van het geschil waarvoor een beroep op de rechtsbijstandverzekering wordt gedaan.

(…)

Relevant artikel uit Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek

Artikel 900

1. Bij een vaststellingsovereenkomst binden partijen, ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt, zich jegens elkaar aan een vaststelling daarvan, bestemd om ook te gelden voor zover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken.

(…)

Artikel 904

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.

(…)