Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-091 d.d. 6 februari 2014
(mr. J.S.W. Holtrop, voorzitter, drs. W. Dullemond en mr. A.W.H. Vink, leden en mr. E.E. Ribbers, secretaris)

Samenvatting

Rechtsbijstandverzekering. Consument doet een beroep op haar verzekering vanwege een conflict met de aannemer van haar huis over ontstane lekkage. Hiernaast is Consument het niet eens met de door de deskundige van de aannemer voorgestelde herstelmethode. De door Aangeslotene ingeschakelde deskundige adviseert een andere herstelmethode. Om uit de impasse te komen stelt de aannemer voor een derde in te schakelen die een bindend oordeel zou moeten geven. Consument stelt hieraan enkele voorwaarden. Deze deskundige blijkt het eens te zijn met de deskundige van de aannemer. Consument stelt vervolgens dat Aangeslotene haar belangen onvoldoende heeft behartigd omdat niet is voldaan aan de door haar gestelde voorwaarden. De Commissie onderzoekt de handelwijze van Aangeslotene en komt tot het oordeel dat aan de voorwaarden van Consument is voldaan en dat Aangeslotene de belangen van Consument wel voldoende heeft behartigd. De vordering wordt afgewezen.

Consument,

en

Achmea Schadeverzekeringen N.V, gevestigd te Apeldoorn, hierna te noemen: Aangeslotene,

1. Procesverloop

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

- het door de Ombudsman Financiële Dienstverlening overgelegde dossier;
- de brief van 14 november 2012 van Consument met bijlagen waaronder het door haar op 14 november 2012 ondertekende vragenformulier;
- de brief van 20 november 2012 van Consument met bijlage;
- het antwoord van Aangeslotene met bijlage;
- de repliek van Consument met bijlagen;
- de dupliek van Aangeslotene;
- de brief van 15 april 2013 van Consument met bijlagen;
- de brief van Aangeslotene van 28 mei 2013;
- de brief van 17 juni 2013 van Consument met bijlagen;
- de ter zitting door Consument ingebrachte stukken;
- de ter zitting door Aangeslotene ingebrachte stukken.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgestel.
Tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid. De Commissie heeft voorts vastgesteld dat beide partijen het advies als bindend zullen aanvaarden. De Commissie heeft partijen opgeroepen voor een mondelinge behandeling te Den Haag op woensdag 4 december 2013 en zijn aldaar verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

3.1 Consument heeft een rechtsbijstandverzekering voor particulieren (hierna: de "Verzekering") gesloten bij Aangeslotene met als ingangsdatum 1 januari 2008. Aangeslotene heeft de rechtshulpverlening overgedragen aan de Stichting Achmea Rechtsbijstand. Waar in het hiernavolgende over Aangeslotene wordt gesproken, is daaronder ook deze stichting begrepen.

3.2 In januari 2009 is de nieuwe woning van Consument opgeleverd. Consument heeft na de onderhoudstermijn een klacht gemeld over het vochtgehalte (lekkages) in het spouwblad bij de verankering van een stalen sierelement in de gevel. In juni 2010 heeft Consument met de aannemer over deze klacht gesproken. In september 2010 is door [X] B.V. een rapport (het "rapport [X]") opgesteld. Aangezien Consument het, anders dan de aannemer, niet eens was met de door dit bureau voorgestelde herstelmethode heeft zij in september 2010 een beroep gedaan op de Verzekering.

3.3 Namens Aangeslotene is de zaak in behandeling genomen door mr. S. In een brief van 24 september 2010 aan Consument bevestigt mr. S dat Consument een beroep op de Verzekering heeft gedaan en schrijft hij onder meer:
"(….)
Behandeling van uw dossier
Tijdens de behandeling van uw dossier houd ik u op de hoogte van het verloop. Van nieuwe ontwikkelingen stel ik [u] direct in kennis. In het geval van te sturen brieven is het mogelijk dat ik u vooraf eerst een concept stuur. Voor vragen tussendoor kunt u mij uiteraard altijd bellen of mailen. Bent u het niet eens met de aanpak, laat me dat dan direct weten. Daarmee kunnen misverstanden achteraf misschien voorkomen worden. (….)"

3.4 Op verzoek van Consument heeft mr. S. een externe deskundige ingeschakeld -de heer [Y] van [Z] B.V.- die in december 2010 met een rapport (het "rapport [Y]") kwam waarin een andere herstelmethode werd voorgesteld met een volgens deze onderzoeker langere houdbaarheid.

3.5 In een e-mail van 22 december 2010 schrijft mr. S onder meer het volgende aan de aannemer:
"(….)
Vriendelijk verzoek ik u namens de familie [familienaam Consument] om ons te bevestigen dat u alsnog bereid bent het door de heer [Y] beschreven herstel uit te voeren. Mocht u zich daar niet in kunnen vinden, dan zouden we wellicht een derde kunnen verzoeken hierin een bindend oordeel te geven. (….)"

3.6 De aannemer heeft vervolgens bij faxbericht van 5 januari 2011 voorgesteld om de Stichting Waarborgfonds Koopwoningen ("SWK") te verzoeken een rapport op te stellen dat voor zowel de aannemer als voor Consument bindend zou zijn. Mr. S heeft Consument geadviseerd om met dit voorstel in te stemmen. In zijn e-mail van 5 januari 2011 schrijft mr. S hierover het volgende:
"(….)
Gelet op de ontstane patstelling acht ik het door de [naam vertegenwoordiger aannemer] gedane voorstel een prima aanpak. Het SWK is een landelijk erkende organisatie en in uw situatie de deelnemende organisatie via welke de aannemer bij het GIW geregistreerd was. Het is in het geval van geschillen heel gebruikelijk om de deelnemende organisatie te vragen om te bemiddelen, hetgeen de aannemer nu dus ook voorstelt. Ik adviseer u om met dit voorstel in te stemmen om op die manier tot een beslissing te kunnen komen. (….)"

3.7 Bij e-mail van 10 januari 2011 deelt Consument mr. S. vervolgens mee twijfels te hebben over een eventuele bemiddeling door SWK. Zij geeft aan uit te willen gaan van het rapport [Y] en schrijft:
"(….)
Voor ons moet dit rapport dan ook als basis dienen voor een procedure, of dit SWK of een onafhankelijke rechtbank zal zijn is voor ons afhankelijk van de garantie dat SWK werkelijk onpartijdig is.
Graag ontvangen wij uw advies in deze. (….)"

3.8 In een interne telefoonnotitie van mr. S gedateerd 11 januari 2011 heeft hij het volgende genoteerd:
"gesproken met [naam Consument] en stilgestaan bij voorwaarden waaronder zij zou kunnen instemmen met een bindend oordeel van het SWK. Met met is voor haar van belang dat het rapport van de heer [Y] daarin wordt meegenomen. Aangegeven dat ik die voorwaarde zo volledig mogelijk zal overbrengen. Oke."

3.9 Op 11 januari 2011 schrijft mr. S de aannemer dat Consument instemt met de bemiddeling door SWK onder de voorwaarde dat de door SWK aan te wijzen deskundige bij de beoordeling alle tot dan verstrekte informatie zou meenemen. Hierbij noemde mr. S met name het rapport [Y].

3.10 Op 17 januari 2011 zendt de aannemer mr. S een e-mail waarin onder het volgende staat:
"Wij ontvingen uw bericht van 11 januari 2011, waarvoor onze hartelijke dank.
Het SWK dient alle relevante informatie mee te nemen in haar oordeel. Daaronder vallen zowel de door uw cliënt als door [naam aannemer] aangeleverde documenten. Hierbij bevestigen wij derhalve in te stemmen met uw voorwaarden. Tevens zullen wij de bemiddeling bij het SWK gaan aanvragen."
Mr. S heeft deze e-mail dezelfde dag doorgezonden aan Consument.

3.11 SWK schrijft mr. S in een brief van 10 juni 2011 dat zij van mening is dat het rapport [Y] slecht onderbouwd is en op enkele punten onjuist. Verder is de door [Y] voorgestelde herstelmethode "niet realistisch" en "volstrekt buitenproportioneel". SWK meent dat de herstelwerkzaamheden volgens de door het rapport [X] voorgestelde methode kunnen worden uitgevoerd.

3.12 In e-mails van 16 en 17 juni 2011 aan mr. S uit Consument haar ongenoegen over het rapport van SWK. In haar e-mail van 16 juni 2011 schrijft Consument onder meer het volgende:
"(….)
Ik heb nu ontzettend spijt te hebben ingestemd met het bindende aspect van deze afspraak en vraag me echt af waar ik de afgelopen jaren mijn energie in heb gestopt.
Als ik dit had geweten was ik daarmee niet akkoord gegaan en naar een onafhankelijke rechter gestapt.
(….)"

3.13 Vervolgens is de kwestie op grond van de geschillenregeling aan een externe advocaat -mr. B- voorgelegd die in een brief van 11 juli 2011 tot de conclusie kwam dat Consument in beginsel gebonden is aan het advies van SWK en dat het bindend advies correct tot stand is gekomen.

4. Geschil

4.1 Ter zitting geeft Consument aan te vorderen dat Aangeslotene gehouden wordt tot (i) vervanging op haar kosten van de muur van de voorgevel van het huis van Consument en (ii) betaling van een bedrag ter vergoeding van de door Consument aan de onderhavige klacht bestede tijd.

4.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag: Aangeslotene is toerekenbaar tekort geschoten in de nakoming van haar verplichtingen jegens Consument door Consument in de procedure tegen de aannemer op onvoldoende wijze bij te staan en haar belangen op onvoldoende wijze te behartigen. Consument voert in dit verband het volgende aan:
- mr. S heeft een bindende bemiddeling met de aannemer afgesproken zonder Consument de inhoud van de door hem aan de aannemer voorgestelde bemiddeling voor te leggen. Hierdoor heeft mr. S de belangen van Consument onvoldoende behartigd;
- aan de voorwaarden door Consument genoemd in haar e-mail van 10 januari 2011 is niet voldaan. De toestemming van Consument voor bindende bemiddeling door SWK of een rechtbank gold alleen voor het geval dat deze instellingen gegarandeerd onpartijdig zouden zijn en mits de bemiddeling zou worden gebaseerd op het rapport [Y]. Verder beroept Consument zich op een mededeling van mr. S van 17 december 2010 dat hij "verder kon" met het rapport [Y]. Mr. S had dan ook geen bindende bemiddeling mogen afspreken;
- SWK is niet onafhankelijk van de aannemer. Uit onderzoek door Consument is gebleken dat twee leden van de hoofddirectie van de holding van de aannemer zitting hebben in de Raad van Commissarissen van SWK.

4.3 Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd: Aangeslotene bestrijdt dat zij toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen jegens Consument. In dit kader voert zij het volgende aan:
- mr. S is met zijn brief van 22 december 2010 aan de aannemer niet buiten zijn opdracht getreden. Binnen het kader van zijn opdracht had de behandelaar de

ruimte om te onderzoeken welke oplossingen er aanwezig waren. In casu heeft mr. S die ruimte benut door af te tasten waar mogelijke oplossingsrichtingen waren voor het geval de aannemer niet bereid was tot herstel conform het rapport [Y];
- vast staat dat Consument nadien heeft ingestemd met het voorstel van bindend advies. Aangeslotene wijst in dit verband op een e-mail van 6 juni 2011 waar zij schrijft: "Ik heb nu ontzettend spijt te hebben ingestemd met het bindende aspect van deze afspraak (…)". Hiernaast wijst Aangeslotene op een e-mail van 17 januari 2011 van de aannemer aan Consument waarin deze het bindend advies bevestigt en schrijft dat SWK alle tot dusver aangereikte informatie dient mee te nemen in zijn beoordeling en rapportage waaronder het rapport [Y]. Consument heeft er niet onverwijld over geklaagd dat de door haar gestelde voorwaarden onjuist waren overgebracht door mr. S zodat deze er dan ook van mocht uitgaan dat hij de wensen van Consument correct had overgebracht;
- mr. S heeft de door Consument geformuleerde voorwaarden op juiste wijze aan de aannemer gecommuniceerd. In dit kader verwijst Aangeslotene naar een brief van 21 februari 2012 aan de Ombudsman Financiële Dienstverlening.

5. Beoordeling

5.1 De vraag waarvoor de Commissie zich gesteld ziet is of Aangeslotene in de belangenbehartiging van Consument toerekenbaar tekort is geschoten bij de totstandkoming van het bindend advies van SWK. In het bijzonder verwijt Consument Aangeslotene dat niet voldaan is aan de door haar in haar e-mailbericht van 10 januari 2011 gestelde voorwaarden dat de bindende bemiddeling zou worden gebaseerd op het rapport [Y] en SWK gegarandeerd onpartijdig zou. Bij de beantwoording van deze vraag gaat de Commissie uit van de onder 3 weergegeven feiten.

5.2 Op grond van de door partijen tijdens de schriftelijke procedure en ter zitting ingebrachte stukken stelt de Commissie het volgende vast. In september 2010 heeft Consument zich tot Aangeslotene gewend omdat zij een klacht tegen de aannemer had over ontstane lekkage in de spouwmuur van haar huis na het aanbrengen door de aannemer van een stalen sierelement. Tevens was Consument het niet eens met de in het rapport [X] voorgestelde herstelmethode.

5.3 Bij brief van 24 september 2010 heeft mr. S bevestigd dat Aangeslotene de klacht in behandeling zou nemen en onder het kopje "Behandeling van uw dossier" (zie 3.3) beschreven hoe de klacht zou worden behandeld. Uit de beschrijving blijkt duidelijk dat mr. S de klacht namens Consument zou behandelen. Uitdrukkelijk wordt daarbij door mr. S aangegeven dat als Consument het niet met de aanpak eens zou zijn zij dat direct aan hem zou moeten laten weten.

5.4 Vervolgens heeft mr. S op verzoek van Consument [Z] B.V. ingeschakeld hetgeen heeft geleid tot het rapport [Y] waarin een totaal andere herstelmethode wordt voorgesteld dan in het rapport [X]. In zijn e-mailbericht van 22 december 2010 aan de aannemer heeft mr. S de aannemer gevraagd of deze bereid was het herstel volgens de door [Y] geadviseerde methode te doen plaatsvinden. In geval de

aannemer daartoe niet bereid zou zijn oppert mr. S dat een derde verzocht zou kunnen worden een bindend oordeel te geven. Voor zover Consument Aangeslotene verwijt in een te vroeg stadium de suggestie te doen om eventueel een derde in te schakelen voor een bindend oordeel en daarmee impliciet afstand te doen van het rapport [Y] wijst de Commissie dat verwijt van de hand. Op 22 december 2010 was immers sprake van twee rapportages die wat de voorgestelde herstelmethode (en de daarmee gemoeide kosten) sterk van elkaar afweken. Met het oog hierop heeft mr. S er redelijkerwijs vanuit kunnen gaan dat de aannemer niet bereid zou zijn het euvel te herstellen op basis van het rapport [Y] en heeft hij in redelijkheid de suggestie van een bindend oordeel door een derde kunnen doen.

5.5 Inzake de inschakeling van SWK als derde partij om tot een bindend advies over de klacht van Consument te komen heeft mr. S het voorstel van de aannemer om SWK in te schakelen op 5 januari 2011 met een positief advies aan Consument gezonden. In haar e-mailbericht van 10 januari 2011 heeft Consument geschreven, zakelijk weergegeven, dat het rapport [Y] als basis in de procedure moest dienen en dat SWK gegarandeerd onpartijdig zou moeten zijn. Naar aanleiding van het door Consument gevraagde advies heeft vervolgens op 11 januari 2011 telefonisch overleg plaatsgevonden tussen Consument en mr. S. Daarna heeft mr. S op 11 januari 2011 aan de aannemer geschreven dat Consument instemde met een bindend advies door SWK onder de voorwaarde dat alle tot dan verstrekte informatie zou worden meegenomen. Hierbij noemde mr. S met name het rapport [Y]. In dit verband wordt overwogen dat uit het in het geding gebracht e-mailbericht d.d. 17 december 2010 van mr. S. aan Consument blijkt dat hij, anders dan zij in de procedure stelt, niet had opgemerkt dat hij zich onvoorwaardelijk achter het rapport van de heer [Y] stelde doch daarmee slechts "voorlopig wel verder te kunnen" . In het op 17 januari 2011 door de aannemer aan mr. S gezonden e-mailbericht bevestigde deze (dan ook) dat SWK alle door partijen geleverde relevante informatie bij haar bindend advies zou dienen mee te nemen.

5.6 Het voorgaande overziende is de Commissie van oordeel dat mr. S. niet alleen Consument zoveel als redelijkerwijs nodig was van de ontwikkelingen op de hoogte heeft gehouden en aan haar wensen en voorwaarden uitvoering heeft gegeven maar ook in redelijkheid mocht aannemen dat zij instemde met de verder namens haar te nemen stappen. Voor twijfel bij mr. S. of SWK als onafhankelijke partij kon worden beschouwd was, in elk geval destijds, geen aanleiding.

5.7 Uit bovenstaande vloeit voort dat geen sprake is van toerekenbare tekortkoming van Aangeslotene jegens Consument in het kader van de totstandkoming van het bindend advies van SWK en dat de vorderingen van Consument dienen te worden afgewezen. Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven.

6. Beslissing

De Commissie wijst, als bindend advies, de vorderingen van Consument af.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van 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 kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht/4#stappen-plan.