Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2015-224 d.d. 29 juli 2015
(prof. mr. M.L. Hendrikse, waarbij mr. F.E. Uijleman als secretaris)

Samenvatting

Rechtsbijstandverzekering. In 2012 hebben consument en zijn rechtsbijstandsverzekeraar een vaststellingsovereenkomst gesloten. In de overeenkomst is bepaald dat de verzekeraar de geschillen met de tussenpersonen in behandeling zal nemen. Consument stelt dat de deze verplichting onvoorwaardelijk is en dat de verzekeraar de behandeling niet afhankelijk mag stellen van de voorwaarde dat sprake is van een redelijke kans op succes. De commissie oordeelt dat consument onvoldoende feiten en omstandigheden heeft aangedragen om dit te kunnen aannemen en dat ook de tekst van de vaststellingsovereenkomst daarvoor geen aanknopingspunten biedt. De vordering wordt afgewezen.

Consument,

tegen

ARAG SE, gevestigd te Leusden, hierna te noemen Verzekeraar.

1. Procesverloop

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

- het procesdossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het door Consument ondertekende klachtformulier Geschillencommissie;
- de brief van Consument met bijlagen van 19 december 2014;
- het verweerschrift van 2 maart 2015.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.
Tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid. Beide partijen zullen het advies van de Commissie als bindend aanvaarden.
Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 1 juni 2015 en zijn aldaar verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

3.1. Consument heeft bij Verzekeraar een rechtsbijstandverzekering gesloten. Op deze Verzekering zijn de Verzekeringsvoorwaarden ARAG ProRechtPolis (hierna: de Verzekeringsvoorwaarden) van toepassing. Daarin staat, voor zover hier relevant, het volgende:

> "**3. Hoe doet u een beroep op de polis?**
>
> (…)
>
> 3.3. *Dekkingsbeoordeling en intake*
> Als u een geschil bij ARAG meldt, wordt eerst nagegaan of uw verzekering hiervoor dekking biedt. Binnen twee werkdagen neemt ARAG over het dekkingsstandpunt contact met u op (…).
>
> *3.4 Behandeling van uw zaak*
> De rechtshulp wordt verleend door een deskundige medewerker van ARAG. Deze treedt namens u op tegenover de betrokken personen en instanties en onderhandelt met de tegenpartij. Zo nodig voert hij of zij voor u een gerechtelijke procedure.
>
> In twee gevallen kunt u zelf een advocaat aanwijzen, zoals in artikel 4:67 Wet op het financieel toezicht is bepaald:
> 1. 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, heeft u het recht deze advocaat of andere rechtens bevoegde deskundige zelf te kiezen. In de praktijk schakelt ARAG alleen een advocaat namens u in als er een procedure gevoerd moet worden waarvoor vertegenwoordiging door een advocaat (…) verplicht is.
> 2. Als zowel u als uw tegenpartij aanspraak heeft op rechtsbijstand van ARAG (belangenconflict).
>
> (…)
>
> *3.5 Scenario en redelijke kans op succes*
> De ARAG-medewerker of de advocaat overlegt met u over het plan van aanpak van de zaak. Dit plan van aanpak bevat een analyse van de zaak en zo mogelijk een scenario met de te nemen stappen. Het plan geeft ook aan of het door u gewenste resultaat met redelijke kans op succes te bereiken is. (…).
>
> (…)
>
> **6. Verschil van mening over de behandeling en klachten**
>
> *6.1 Andere visie op de aanpak van de zaak*
> (…) Het kan echter gebeuren dat u met ARAG van mening verschilt over de juridische stappen die genomen moeten worden. Ook kan verschil van mening ontstaan over de vraag of het door u beoogde resultaat een redelijke kans van slagen heeft. Blijkt het niet mogelijk dit meningsverschil te overbruggen, dan is het van belang dat dit op een goede en zorgvuldige wijze wordt opgelost, zonder dat u hiervan nadeel ondervindt.

> Daarom schakelt ARAG in dergelijke gevallen een erkende, onafhankelijke deskundige in die als scheidsrechter (…) oordeelt over het verschil van mening (…). In de praktijk wordt aan de plaatselijke Deken van de Orde van Advocaten gevraagd een deskundige, onafhankelijke advocaat als scheidsrechter aan te wijzen. De beslissing van deze scheidsrechter is bindend zowel voor u als voor ARAG. De kosten van de scheidsrechter komen voor rekening van ARAG.

3.2. Op enig moment is tussen Consument en een paar financieel dienstverleners een geschil ontstaan over een aantal levensverzekeringen. Consument heeft daarop bij Verzekeraar een verzoek om rechtsbijstand ingediend. Verzekeraar heeft dit verzoek afgewezen op de grond dat de Verzekering hiervoor geen dekking bood.

3.3. Consument heeft vervolgens een klacht ingediend bij het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening. Op 29 oktober 2012 is de klacht mondeling behandeld door de Geschillencommissie. In de vaststellingsovereenkomst, die tijdens de mondelinge behandeling door de Geschillencommissie is opgesteld, staat dat het volgende tussen Consument en Verzekeraar is overeengekomen:

"Aangeslotene zal ~~onderzoeken of~~ de zaak in behandeling nemen voor zover het betreft de door consument gestelde schending van de zorgplicht door de tussenpersonen die consument hebben geadviseerd bij het sluiten van de levensverzekeringen (…). Consument trekt zijn klacht in. Alles ter finale kwijting over en weer."

3.4. Verzekeraar heeft daarop het geschil met de tussenpersonen (hierna ook genoemd: tussenpersoon 1, 2 en 3) alsnog in behandeling genomen.

3.5. Bij brief van 28 november 2013 heeft de behandelaar Consument bericht dat hij ten aanzien van het geschil met tussenpersonen 1 en 2 tot de conclusie is gekomen dat er geen redelijke kans van slagen is om het beoogde resultaat te behalen. Verder heeft hij Consument er in deze brief op gewezen dat hij een beroep op de geschillenregeling kan doen indien hij het niet met deze conclusie eens is.

3.6. Ten aanzien van het geschil met tussenpersoon 3 heeft de behandelaar Consument bij e-mail van 25 maart 2014 bericht dat hij denkt dat Consument wel een zaak heeft en dat die zaak ter toetsing aan het Klachteninstituut voor Financiële Dienstverlening kan worden voorgelegd. Verder heeft hij in de brief aangekondigd dat hij een conceptbrief aan de tussenpersoon zal opstellen. Deze brief heeft hij Consument bij brief van 28 maart 2014 toegezonden.

3.7. Bij e-mail van 31 maart 2014 heeft Consument de behandelaar bericht dat hij niet wenst te procederen bij het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening maar bij de burgerlijke rechter. Daarnaast heeft hij de behandelaar bericht dat hij tijdens die procedure wil worden bijgestaan door een door hemzelf gekozen advocaat.

3.8. Consument heeft vervolgens per e-mail van 7 april 2014 een klacht ingediend bij de teamleider van de behandelaar. De teamleider heeft daarop bij e-mail van 8 april 2014 het volgende geantwoord:

"Op dit moment is het eerst de vraag of u zich kunt vinden in de conceptbrief van de [behandelaar] aan [tussenpersoon 3]. De [behandelaar] heeft u laten weten eventueel als vervolgstap het KIFID voor te stellen. In uw brief geeft u uitvoerig aan waarom u geen vertrouwen heeft in deze instantie en uw zaak aan de rechter wenst voor te leggen. Alvorens daarover een standpunt in te nemen is het eerst zaak een definitief standpunt van [tussenpersoon 3] te ontvangen. Vervolgens zal ARAG aangeven of ons inziens een redelijke kans op succes bestaat om het standpunt wanneer dat voor u negatief uitvalt in rechte aan te vechten.

Kunt u in ieder geval de [behandelaar] laten weten of zijn conceptbrief aan [tussenpersoon 3] wat u betreft akkoord is of welke wijzigingen u hierin opgenomen wenst te zien?"

3.9. Dezelfde dag heeft Consument de teamleider per e-mail geantwoord dat hij zich niet kan vinden in de inhoud van de conceptbrief, onder meer omdat de behandelaar in de brief meerdere zaken onbesproken heeft gelaten.

3.10. De teamleider van de behandelaar heeft Consument bij e-mail van 9 april 2014 bericht dat hij constateert dat ook ten aanzien van het geschil met tussenpersoon 3 een onoverbrugbaar meningsverschil is ontstaan nu Consument in de brief zaken opgenomen wenst te zien waarvan Verzekeraar meent dat deze niet juist zijn. Verder heeft hij Consument voorgesteld ook voor dit meningsverschil een beroep te doen op de geschillenregeling.

4.1 De vordering, grondslagen en het verweer

4.1. Consument vordert dat
a) Verzekeraar een juridische procedure aanhangig maakt tegen de drie tussenpersonen; en
b) Verzekeraar de uitvoering van de geschillenregeling en de rechtsbijstandverlening uitbesteedt aan een door Consument aangewezen advocaat en de daarmee verband houdende kosten vergoedt.

4.2. Deze vordering steunt kort en zakelijk op de volgende grondslagen:
- Verzekeraar is tekortgeschoten in de nakoming van de vaststellingsovereenkomst door geen procedure aanhangig te maken tegen de drie tussenpersonen. In de vaststellingsovereenkomst is bepaald dat Verzekeraar de geschillen met de tussenpersonen in behandeling moet nemen. Dit is een onvoorwaardelijke verplichting die meebrengt dat de rechtsbijstandverlening niet mag worden gestaakt indien Verzekeraar na onderzoek meent dat er geen redelijke kans van slagen is.
Dit geldt temeer nu in de vaststellingsovereenkomst de zinsnede "onderzoeken of" is doorgehaald.

- Verzekeraar handelt onrechtmatig door geen medewerking te verlenen aan het verzoek om uitvoering van het recht op vrije advocaatkeuze ex artikel 4 van Richtlijn 87/344/EEG. Ter onderbouwing voert Consument aan dat sprake is van een belangenconflict en dat ten aanzien van het geschil met tussenpersoon 3 werkzaamheden zijn verricht ter voorbereiding van het voeren van een juridische procedure.
- De geschillenregeling van Verzekeraar biedt onvoldoende waarborgen voor de totstandkoming van een onafhankelijk bindend advies. Om die reden wil Consument zelf een advocaat aanwijzen.

4.3. Verzekeraar voert tegen de stellingen van Consument verweer en concludeert dat de vorderingen van Consument moeten worden afgewezen. Op de stellingen die Verzekeraar aan zijn verweer ten grondslag legt, wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

5. Beoordeling

5.1. Consument legt in de kern 3 klachten aan zijn vorderingen ten grondslag. Deze klachten zullen hieronder afzonderlijk worden behandeld.

5.2. De eerste klacht houdt in dat Verzekeraar is tekortgeschoten in de nakoming van de vaststellingsovereenkomst van 29 oktober 2012. Consument stelt dat met de zinsnede "zal de zaak in behandeling nemen" een *onvoorwaardelijke* verplichting is beoogd. De behandeling van de geschillen met de tussenpersonen mag volgens hem dan ook niet door Verzekeraar afhankelijk worden gesteld van de voorwaarde dat sprake is van een redelijke kans op succes. Verzekeraar daarentegen betwist deze uitleg en stelt dat uitsluitend bedoeld is dat door hem alsnog dekking zou worden verleend voor de geschillen met de tussenpersonen.

5.3. De vraag die de Commissie moet beantwoorden is hoe de vaststellingsovereen-komst moet worden uitgelegd. Bij de beantwoording van deze vraag stelt de Commissie het volgende voorop. Uit artikel 3.3. en artikel 3.4 van de Verzekeringsvoorwaarden vloeit voort dat een geschil in behandeling wordt genomen nadat is vastgesteld dat de verzekering daarvoor dekking biedt. Tijdens de behandeling, zo volgt uit artikel 3.5, wordt door een medewerker van Verzekeraar of een advocaat een plan van aanpak opgesteld. Daarin wordt onder meer vermeld of het gewenste resultaat met een redelijke kans op succes kan worden bereikt. Indien vervolgens over de haalbaarheid of aanpak van de zaak een onoverbrugbaar meningsverschil ontstaat, kan de verzekerde een beroep doen op de geschillenregeling, zoals omschreven in artikel 6.1 van de Verzekeringsvoorwaarden.
Het standpunt van Consument komt er in wezen op neer dat Verzekeraar bij de totstandkoming van de vaststellingsovereenkomst afstand heeft gedaan van de toepassing van voornoemde artikelen. De Commissie is echter van oordeel dat Consument onvoldoende feiten en omstandigheden heeft aangedragen om dit te kunnen aannemen. Ook de tekst van de vaststellingsovereenkomst biedt hiervoor geen aanknopingspunten. Het enkele feit dat de woorden "onderzoeken of" in de vaststellingsovereenkomst zijn doorgehaald, is daartoe in elk geval onvoldoende. De eerste klacht wordt daarom afgewezen.

5.4. De tweede klacht houdt in dat Verzekeraar ten onrechte niet heeft ingestemd met het verzoek om toepassing van het recht op vrije advocaatkeuze ex artikel 4 van Richtlijn 87/344/EEG. Verzekeraar betwist dit en voert aan dat het recht op vrije advocaatkeuze niet van toepassing is omdat aan de voorwaarden daarvoor niet is voldaan.
De Commissie begrijpt Consument aldus dat volgens hem sprake is geweest van een belangenconflict als bedoeld in artikel 4 lid 1 sub b van Richtlijn 87/344/EEG. Door Consument is niet toegelicht waardoor het belangenconflict is veroorzaakt en wat het belangenconflict inhoudt. De Commissie kan daardoor niet beoordelen of zich een belangenconflict in de zin van de Richtlijn en artikel 4:67 Wet op het financieel toezicht (Wft) heeft voorgedaan en gaat daarom aan dit standpunt voorbij. Verder is Consument kennelijk van mening dat sprake is van een gerechtelijke of administratieve procedure als bedoeld in artikel 4 lid 1 sub a van de Richtlijn. Hij voert in dit verband aan dat ten behoeve van het geschil met tussenpersoon 3 werkzaamheden zijn verricht die gericht zijn op het opstarten van een juridische procedure en dat daarnaast door de (laatste) behandelaar is erkend dat hij een zaak heeft. Verzekeraar betwist dit. Hij wijst erop dat tussen hem en Consument een onoverbrugbaar meningsverschil bestaat over de vraag of het nodig is dat een juridische procedure wordt gevoerd en dat hier eerst een oplossing voor moet komen via toepassing van de geschillenregeling voordat kan worden vastgesteld of Consument voor het geschil met tussenpersoon 3 een recht op vrije advocaatkeuze toekomt.

5.5. De Commissie stelt voorop dat het een rechtsbijstandverzekeraar vrij staat om bij de behandeling van een aan hem voorgelegd geschil tot het oordeel te komen dat er al dan niet bepaalde (juridische) stappen genomen moeten worden. Eveneens staat het hem vrij om tot het oordeel te komen dat er onvoldoende mogelijkheden zijn om het door de verzekerde beoogde resultaat met redelijke kans van slagen te bereiken. Indien een verzekerde het oneens is met de wijze van behandeling dan wel met het standpunt over de haalbaarheid van de zaak, heeft hij de mogelijkheid gebruik te maken van de geschillenregeling. In het onderhavige geval is de geschillenregeling opgenomen in artikel 6.1 van de Verzekeringsvoorwaarden. Kort gezegd is daarin bepaald dat de verzekerde een verzoek kan doen om het verschil van mening voor te leggen aan een deskundige en onafhankelijke advocaat die door de Deken van de Orde van Advocaten is aangewezen. Verzekeraar zal alsdan op haar kosten het verschil van mening, met alle relevante stukken, ter beoordeling voorleggen aan de aangewezen advocaat.
Consument heeft niet weersproken dat over de aanpak van het geschil met tussenpersoon 3 een onoverbrugbaar meningsverschil is ontstaan, zodat daarvan zal worden uitgegaan. De Commissie volgt Verzekeraar in zijn standpunt dat dit meningsverschil eerst door toepassing van de geschillenregeling moet worden opgelost, voordat kan worden vastgesteld of Consument voor het geschil met tussenpersoon 3 een recht op vrije advocaatkeuze toekomt. Dit brengt mee dat ook de tweede klacht wordt afgewezen.

5.6. De laatste klacht van Consument heeft betrekking op de uitvoering van de geschillenregeling. De Commissie stelt in dit verband vast dat Verzekeraar Consument zowel bij brief van 28 november 2013 als bij e-mail van 9 april 2014 op de geschillenregeling heeft gewezen. Ter zitting heeft Consument aangegeven dat hij van de geschillenregeling gebruik wil maken maar alleen onder de voorwaarde dat hij zelf de advocaat mag aanwijzen.

Als reden voor dit verzoek heeft hij aangevoerd dat de geschillenregeling van Verzekeraar onvoldoende waarborgen biedt voor een onafhankelijk en deskundig bindend advies. De Commissie wijst dit verzoek af. Anders dan Consument betoogt, kan uit het enkele feit dat in de geschillenregeling is bepaald dat de Deken van de Orde van Advocaten door Verzekeraar wordt gevraagd een deskundige, onafhankelijke advocaat als scheidsrechter aan te wijzen, niet de conclusie worden getrokken dat de geschillenregeling onvoldoende waarborgen biedt voor een onafhankelijk en deskundig advies.

5.7. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat de vorderingen van Consument ongegrond zijn en door de Commissie worden afgewezen.

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-1-4#stappen-plan.