KiFiD
Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 3 d.d. 9 januari 2009
(mr. M.M. Mendel, voorzitter, mr. E.M. Dil - Stork en mr. P.A Offers).

1. Procedure

De Commissie beslist met inachtneming van haar Reglement en op basis van de volgende stukken:
- de door partijen met de Ombudsman Verzekeringen en de Ombudsman Financiële Dienstverlening gevoerde correspondentie;
- de klacht van 2 november 2007;
- de brieven van 2 en 20 november 2007 met bijlagen van Consument, waaronder het ingevulde en ondertekende vragenformulier;
- het antwoord met bijlagen van Aangeslotene van 11 april 2008;
- de repliek met bijlage van Consument van 6 mei 2008;
- de dupliek van Aangeslotene van 2 juni 2008
- de pleitnotitie van Consument, ingediend tijdens de nader te noemen zitting van 30 oktober 2008.

De Commissie heeft vastgesteld dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft 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 donderdag 30 oktober 2008 waar partijen zijn verschenen:

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:
2.1. Consument heeft in april 2005 schade aan zijn woonboot en de inboedel ervan bij zijn verzekeraar (hierna: de verzekeraar) geclaimd. De schade inclusief schoonmaak- en bereddingskosten is door een door de verzekeraar ingeschakelde expert vastgesteld op
€ 13.698,- incl. BTW. Consument is door ondertekening van een akte van taxatie met dit bedrag akkoord gegaan. De inboedelschade is uitgekeerd. De opstalschade is aanvankelijk afgewezen, maar in juli 2005 coulancehalve alsnog uitgekeerd.
2.2 Consument heeft bij Aangeslotene een rechtsbijstandverzekering afgesloten en heeft haar om rechtsbijstand gevraagd ter zake van de schadeafwikkeling door de verzekeraar. Aangeslotene heeft op 4 juli 2005 aan Consument bericht dat het standpunt van de verzekeraar de opstalschade niet te vergoeden, gerechtvaardigd is. Bij brief van 5 augustus 2005 heeft een gemachtigde van Consument om toepassing van de geschillen-regeling verzocht. Op 9 augustus 2005 heeft Aangeslotene bericht daarmee niet in te stemmen omdat de schadevergoeding reeds was uitgekeerd. Na bericht van de gemachtigde dat de schade van Consument een groter bedrag vertegenwoordigde dan was uitgekeerd, heeft Aangeslotene bij brief van 31 oktober 2005 Consument om nadere informatie gevraagd. Wegens het uitblijven van het gevraagde heeft zij op 19 juni 2006 de dossierbehandeling gestaakt. Na tussenkomst van de Ombudsman Verzekeringen heeft zij vervolgens bij de verzekeraar en later bij de expert het dossier opgevraagd. Nadat zij in juni 2007 het dossier had ontvangen, heeft zij aangegeven geen mogelijkheden te zien tot aantasten van de door Consument voor akkoord ondertekende akte van taxatie. Daarop is de kwestie in het kader van de geschillenregeling

voorgelegd aan een door Consument aangewezen advocaat, maar door verschillen van inzicht tussen partijen is ter zake een stagnatie ingetreden.
2.3 Artikel 10 van de op het onderhavige geval van toepassing zijnde Algemene polisvoorwaarden van rechtsbijstandverzekering bepaalt:
'De geschillenregeling
1. Als de verzekerde het oneens blijft met het oordeel van (Aangeslotene) over de regeling van het geschil waarvoor hij beroep op de verzekering heeft gedaan, dan kan hij (Aangeslotene) schriftelijk verzoeken dit meningsverschil voor te leggen aan een advocaat naar zijn keuze uit een lijst van advocaten, die (Aangeslotene) op verzoek aan hem verstrekt. Deze advocaten zijn niet in loondienst van (Aangeslotene).
2. (Aangeslotene) legt dan dit meningsverschil, met alle relevante stukken, voor aan de gekozen advocaat en verzoekt hem zijn oordeel te geven. Desgewenst verwoordt de verzekerde ook zelf nog eens het meningsverschil.
Het oordeel van de advocaat is bindend voor (Aangeslotene). (…)
3. De verlening van rechtsbijstand wordt door (Aangeslotene) voortgezet in overeenstemming met het oordeel van de advocaat (…).
(…)'

3 Geschil

3.1. Consument vraagt verklaringen voor recht ter zake van hieronder in 3.2 vermelde onderwerpen, en voorts toepassing van artikel 24.3 van het Reglement door de Voorzitter van de Commissie.

3.2. Waarover Consument zich beklaagt is af te leiden uit het volgende, in de pleitaantekeningen van zijn gemachtigde opgenomen, bij wijze van samenvatting geformuleerde, uit acht punten bestaande verzoek aan de Commissie:
I. te verklaren voor recht dat Aangeslotene is tekort geschoten in de nakoming van haar (wettelijke en contractuele) verplichtingen tot het in gang zetten van de geschillenregeling door – nadat Aangeslotene op 5 juli 2005 een definitief oordeel had ingenomen over de haalbaarheid van de zaak – niet te voldoen aan de schriftelijke verzoeken (c.q. ingebrekestellingen!) van Consument van 5 augustus 2005 en/of 12 oktober 2005.
2. te verklaren voor recht dat Aangeslotene jegens Consument tekort is geschoten door de rechtsbijstand aan Consument te staken blijkens haar brief van 5 augustus 2005, althans en in ieder geval blijkens de brief van 19 juni 2006 – dit laatste nota bene terwijl de Ombudsman de leiding had over een bemiddelingspoging en zonder enige concrete waarschuwing vooraf!
3. te verklaren voor recht dat Aangeslotene jegens Consument toerekenbaar tekort is geschoten omdat Aangeslotene niet op een voor haar verzekerde zorgvuldige wijze de geschillenregeling uitvoert als aangekondigd in haar brief van 29 juni 2007. Meer in het bijzonder staat vast (immers Aangeslotene ontkent dat niet) dat Aangeslotene in strijd met de waarheid niet het volledige dossier aan de advocaat heeft opgestuurd en/of staat vast dat Aangeslotene ten onrechte de dekking voor het advies heeft beperkt tot € 500,- en/of tracht Aangeslotene Consument te dwingen akkoord te gaan met de door Aangeslotene zelf omschreven versie van het meningsverschil, welke versie niet aansluit bij het meningsverschil zoals Consument dat ziet. Aangeslotene schendt zodoende haar eigen

polisvoorwaarden, meer in het bijzonder artikel 10 lid 2 van de polis dat luidt dat verzekerde het recht heeft diens meningsverschil ook zelf te verwoorden richting de advocaat.
4. te bepalen dat Aangeslotene de advocaat binnen twee weken na datum van de bindende uitspraak een kopie van het *volledige* dossier (inclusief alle correspondentie, mails telefoonnotities e.d. van het begin tot op heden) zal zenden en de advocaat zal verzoeken de opdracht tot een bindend advies verder te vervolgen, waarbij ex artikel 10 lid 2 van de polis rekening zal worden gehouden met het meningsverschil zoals Consument dit blijkens het dossier heeft verwoord, zo mogelijk onder bepaling van verbeurte van een dwangsom van € 250,- per dag dat Aangeslotene hiermee in gebreke blijft.
5. te verklaren voor recht dat artikel 10 lid 1 van de polis, zoals deze in casu toepasselijk is, in strijd is met artikel 4:68 WFT, omdat er niet kan worden gesproken van garanties inzake objectiviteit indien een verzekerde slechts kan kiezen uit een lijst van advocaten die door Aangeslotene is samengesteld.
6. te verklaren voor recht dat artikel 10 lid 1 van de polis strijdig is met de wettelijke verplichting van artikel 4:69 lid 1 WFT. De woordkeuze uit de polis 'oneens blijft' is direct en ontegenzeggelijk strijdig met de wet die bepaalt dat een rechtsbijstand-verzekeraar 'telkens wanneer' er sprake is van een meningsverschil op de geschillen-regeling dient te wijzen. Aangeslotene is vermoedelijk ook de enige verzekeraar die terzake polisvoorwaarden hanteert die inhoudelijk en qua strekking niet stroken met de wettelijke bescherming voor verzekerden.
7. te verklaren voor recht dat Consument recht heeft op dekking ex artikel 8 lid d van de polis voor de kosten van rechtsbijstand indien hij ten aanzien van een of meer van bovenstaande aspecten (gedeeltelijk) in het gelijk wordt gesteld. Consument heeft voor deze vorm van dekking altijd premie betaald. Consument verzoekt terzake uitsluitend een verklaring voor recht omdat tot nu toe niet bekend is welk bedrag exact met deze schadepost zal zijn gemoeid. Mocht achteraf over de hoogte van vergoeding opnieuw een geschil ontstaan, dan is er sprake van een nieuw feitelijk geschil, waarbij Consument de mogelijkheid heeft om over dit nieuwe geschil desgewenst het KiFiD of de burgerlijke rechter te benaderen.
8. Consument verzoekt de Commissie Aangeslotene in de kosten van deze procedure te veroordelen. Bij toewijzing van deze vordering sub 8 zal Consument de kostenvergoeding terzake in aftrek brengen op de kostenvergoeding sub 7, zodat Aangeslotene uitsluitend het verschil zal behoeven te vergoeden.
Nu vaststaat dat Aangeslotene hem onjuist heeft geadviseerd, is het wettelijk ontoelaatbaar dat zij vervolgens zelf de rechtsbijstandverlening voortzet, aldus Consument.
Het handelen van Aangeslotene zou, aldus Consument, in strijd kunnen zijn met tuchtrechtelijke bepalingen die voor Aangeslotene gelden, zodat Consument om toepassing van artikel 24.3 van het Reglement van de Commissie verzoekt.

3.3 Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren aangevoerd.
Aangeslotene deelde Consument op 4 juli 2005 mee dat zij het besluit van de verzekeraar de opstalschade niet uit te keren, kan begrijpen. Eind juli 2005 ontving zij bericht van de tussenpersoon van Consument dat de verzekeraar alsnog coulancehalve de gehele schade vergoedt, dat zij het dossier kon sluiten en verdere acties van haar kant niet nodig zijn.
Op 5 augustus 2005 vroeg de gemachtigde van Consument om toestemming een advocaat in te schakelen voor een 'second opinion'. Op 9 augustus 2005 wees Aangeslotene het verzoek af omdat zij had begrepen dat de kwestie met de verzekeraar was opgelost.

Op 12 oktober 2005 gaf de gemachtigde aan dat Consument meende schade tot een hoger bedrag te hebben geleden dan was uitgekeerd. Hij wilde op kosten van Aangeslotene een 'second opinion' over de mogelijkheden een hogere uitkering van de verzekeraar te verkrijgen.
Bij brief van 31 oktober 2005 vroeg Aangeslotene om alle correspondentie en stukken met betrekking tot de uitkeringen van de verzekeraar en nadere onderbouwing middels offertes en nota's van de nog bestaande schadeposten, opdat zij zich aan de hand van de jongste ontwikkelingen een haalbaarheidsoordeel kon vormen.
Na een eerdere waarschuwing heeft Aangeslotene bij brief van 19 juni 2006 wegens het uitblijven van de noodzakelijke nadere informatie de rechtsbijstand gestaakt. Niettemin heeft zij nadien contact opgenomen met de verzekeraar voor de benodigde documentatie. Uiteindelijk is deze via de expert in juni 2007 ontvangen. De expert bleek alle informatie van Consument zelf te hebben ontvangen. Voorts bleek dat Consument, toen hij de akte van taxatie ondertekende, bekend was met de schadeomvang.
Op basis van deze documentatie gaf Aangeslotene op 29 juni 2007 aan dat het niet mogelijk is een hogere vergoeding van de verzekeraar te verkrijgen, en vroeg zij om opgave van een advocaat in het kader van de geschillenregeling. Nadat een advocaat was genoemd, heeft zij hem op 19 september 2007 opgedragen zich bindend uit te laten over de vragen:
1. Ziet u mogelijkheden om de door (Consument) ondertekende vaststellings-overeenkomst aan te tasten?
2. Zo ja, ziet u op basis van de polisvoorwaarden van de verzekeraar nog een grond voor een hogere vergoeding, onder meer ook voor wat betreft de post eigen schade?
De advocaat en de gemachtigde vonden de opdracht te beperkt. Volgens de gemachtigde mag de advocaat de opdracht uitbreiden tot bijvoorbeeld de vraag of Consument al eerder een beroep op de geschillenregeling toekwam en of Aangeslotene aansprakelijk is voor allerlei kosten van Consument.
Aangeslotene heeft vervolgens de advocaat verzocht even pas op de plaats te maken en heeft de suggestie gedaan het probleem aan de Ombudsman voor te leggen. In haar brief van 25 oktober 2007 aan (de gemachtigde van) Consument heeft zij de reikwijdte van de geschillenregeling nauwgezet omschreven.
De geschillenregeling van artikel 10 is niet in strijd met de artikelen 4:68 en 69 WFT. Het doel van de in artikel 4:68 WFT voorgeschreven geschillenregeling is het bieden van een objectieve procedure als verschil van mening bestaat met de verzekerde over de regeling van het geschil waarvoor een beroep op de rechtsbijstandverzekering is gedaan. De wets-bepaling houdt in dat, als sprake is van zo'n geschil, Aangeslotene moet voorzien in een voor beide partijen bindend oordeel door een van haar onafhankelijke deskundige derde.
Aan de in artikel 4:68 WFT gestelde voorwaarden is geheel voldaan, waarbij van belang is dat Aangeslotene sinds Uitspraak Nr. 2005/006 Rbs van de Raad van Toezicht Verzekeringen onder 'lijst van advocaten' in artikel 10 lid 1 vat alle in Nederland gevestigde en werkzame advocaten. Op het verzoek van Consument om rechtsbijstand waren de onderhavige polisvoorwaarden nog van toepassing. In haar nieuwere polis-voorwaarden is de bepaling gewijzigd. Zij verwijst in dit verband naar Uitspraak Nr. 2006/069 Rbs van de Raad van Toezicht.
Afhankelijk van het oordeel van de advocaat kan Aangeslotene in beginsel verder met de zaak. Niets verzet zich ertegen dat dit intern geschiedt, tenzij directe rechtsmaatregelen vereist zijn en het procesmonopolie geldt. Als de verzekerde onvoldoende vertrouwen heeft in behandeling door de oorspronkelijke medewerker, wordt direct een andere medewerker op de zaak gezet.

Artikel 4:69 WFT bepaalt dat de verzekeraar 'telkens wanneer' een verschil van mening bestaat de verzekerde op de geschillenregeling moet wijzen. De zinsnede 'het oneens blijft' in artikel 10 lid 1 ziet erop dat Aangeslotene in overleg treedt met de verzekerde over het mogelijk verschil van inzicht. Blijven zij dan van mening verschillen, dan wordt de zaak voorgelegd aan een door de verzekerde gekozen advocaat. De woorden 'telkens wanneer' hebben geen andere betekenis dan de positie van verzekerde zodanig te waarborgen dat hem bij een verschil van inzicht in de haalbaarheid of de juridische aanpak van zijn zaak een beroep op de in artikel 4:68 WFT bedoelde procedure toekomt. De woorden 'telkens wanneer' hebben voor het vaststellen van de vraag of sprake is van een verschil van mening verder geen zelfstandige betekenis. Is er een dergelijk verschil van mening, dan past Aangeslotene de wettelijke regeling toe.
Uitgangspunt van artikel 8 sub d van de Algemene polisvoorwaarden is dat Aangeslotene geen rechtsbijstand verleent tegen zichzelf. Voor inschakeling van de gemachtigde was geen grond. Ook zonder hem was de geschillenregeling correct toegepast. Dat de verdere afwikkeling van de zaak stil ligt, ligt niet aan Aangeslotene. Het staat een verzekerde vrij om klachten aan Kifid voor te leggen. Aangeslotene is echter niet verantwoordelijk voor de daaruit voortvloeiende kosten. Inschakeling van een gemachtigde bij Kifid is niet vereist. Artikel 8 sub d verplicht enkel tot kostenvergoeding als verzekerde in een onherroepelijk vonnis in het gelijk wordt gesteld.
Een verklaring voor recht kan enkel de rechter geven.

4. Zitting

4.1. Ter zitting hebben Consument en Aangeslotene hun standpunten nader toegelicht.

5. Beoordeling

5.1 Consument heeft om verklaringen voor recht gevraagd. Blijkens artikel 3:302 BW is echter aan de burgerlijke rechter voorbehouden om een verklaring voor recht uit te spreken. Verklaringen voor recht zal de Commissie derhalve niet uitspreken.
5.2 Voor zover Consument in plaats daarvan zou bedoelen de Commissie te verzoeken te oordelen dat Aangeslotene jegens hem in verzuim is omdat zij toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de rechtsbijstandverzekering, is de Commissie van oordeel dat van een dergelijk verzuim geen sprake is. Aangeslotene behoefde niet in te gaan op het verzoek om de geschillenregeling toe te passen nadat zij eerder van de assurantietussenpersoon van Consument had vernomen dat de verzekeraar alsnog coulancehalve de gehele schade vergoedde, dat zij het dossier kon sluiten en verdere acties van haar kant niet nodig waren. Toen zij later vernam dat Consument van mening was dat niet zijn gehele schade was vergoed, was zij gerechtigd hem te vragen om een nadere onderbouwing en bewijsstukken dienaangaande. Voorts was zij gerechtigd toen het gevraagde uitbleef, na een waarschuwing de rechtsbijstandverlening te staken. Later kon zij nadat zij van de expert het dossier had ontvangen, geredelijk het standpunt innemen dat door het voor akkoord ondertekenen door Consument van de akte van taxatie een hogere uitkering van de verzekeraar niet te verkrijgen zou zijn, en alsnog toepassing geven aan de geschillenregeling.
5.3 Aan deze geschillenregeling heeft Aangeslotene met de door haar aan de advocaat gestelde vragen een goede toepassing gegeven. De regeling bepaalt immers in artikel 10.1 - en in overeenstemming met artikel 4:68 lid 1 WFT - : 'Als de verzekerde het oneens blijft met het oordeel

van (Aangeslotene) over de regeling van het geschil *waarvoor hij beroep op de verzekering heeft gedaan*' (cursivering door de Commissie). Volgens artikel 10.2 stond het Consument vervolgens vrij om ook zelf het meningsverschil te verwoorden. Er is geen sprake van dat Aangeslotene Consument dat laatste heeft onthouden: zij heeft hem slechts gewezen op het daarbij geldende kader van artikel 10.1. Gezien de betrekkelijke eenvoud van het haar voorgelegde geschil kon Aangeslotene in redelijkheid de advocaat meedelen ervan uit te gaan dat de kosten voor een advies € 500,- niet te boven zouden gaan. De Commissie gaat ervan uit dat de aangewezen advocaat onder omstandigheden zeer wel in staat zal blijken te zijn om aan te geven dat hij voor dat bedrag niet tot een afgewogen standpunt kan komen (vgl. RvT Uitspraak Nr. 2007/074 Rbs t.a.v. klacht 10). Verder is de Commissie van oordeel dat Aangeslotene ermee kon volstaan, de advocaat alle relevante stukken uit het dossier toe te zenden.
- De Commissie is voorts van oordeel dat Aangeslotene door de wijze waarop hij verklaart toepassing te geven aan de woorden 'oneens blijft' (hier in artikel 8.2 lid a van de polisvoorwaarden), niet handelt in strijd met het bepaalde in artikel 4:69 lid 1 WFT (artikel 62 WTV oud). Het wetsartikel, en met name ook de tekst 'telkens wanneer', staat er niet aan in de weg dat Aangeslotene eerst met de verzekerde in overleg treedt over het mogelijk verschil van inzicht en dat pas daarna, als blijkt dat zij van mening blijven verschillen en dus daadwerkelijk een verschil van mening bestaat, de zaak wordt voorgelegd aan een advocaat in het kader van de geschillenregeling.
5.4 Omtrent hetgeen (de gemachtigde) van Consument heeft aangevoerd blijkens het hierboven weergegevene in 3.2 onder 5 en omtrent voorzetting van de rechtsbijstand door Aangeslotene heeft de Commissie reeds geoordeeld in zijn uitspraak nr. 18 van 1 september 2008 in zaaknummer KSC07-0025. Die uitspraak betreft een zaak die door dezelfde gemachtigde als in deze zaak is ingediend en betreft dezelfde Aangeslotene. De gemachtigde heeft niet – ook niet ter zitting – gemotiveerd waarom de thans voorliggende zaak in dit opzicht anders zou zijn. In die uitspraak heeft de Commissie geoordeeld:
'5.3. Aangeslotene heeft verklaard dat hij na Uitspraak Nr. 2005/006 Rbs van de Raad van Toezicht Verzekeringen onder 'lijst van advocaten' in het toen nog geldende artikel 10.1 van de Algemene polisvoorwaarden verstaat alle in Nederland gevestigde en werkzame advocaten. Daarmee stemt overeen dat hij aan Consument heeft gevraagd een advocaat aan te wijzen die in het kader van de geschillenregeling advies zou uitbrengen. In zoverre heeft Aangeslotene een toepassing gegeven aan artikel 10.1 die in overeenstemming is met artikel 4:68 WFT.' en:
'5.4. Aangeslotene kon voorts, nadat de door Consument aangezochte advocaat advies had uitgebracht, aan Consument berichten dat hij op grond van artikel 10.3 van de Algemene polisvoorwaarden conform dat advies tot dagvaarding van de wederpartij zal overgaan. Artikel 4:68 WFT noch enig ander wetsartikel verbiedt dat de behandelaar van Aangeslotene die eerder had geoordeeld dat een verhaalsactie van Consument geen kans van slagen had, de behandeling voortzet, maar nu met inachtneming van het advies van de advocaat. Te minder is sprake van strijd met enig wetsartikel nu Aangeslotene de behandeling in handen van een andere behandelaar heeft gegeven. De Commissie acht daarom hetgeen is bepaald in artikel 10.3 niet onredelijk bezwarend als bedoeld in
artikel 6:233 a BW, zoals Consument heeft betoogd.
5.5. Aangeslotene is niet in verzuim ter zake van de uitvoering van de door Consument gesloten rechtsbijstandverzekering. Aangeslotene heeft immers direct toepassing gegeven aan de geschillenregeling en heeft zich vervolgens bereid verklaard conform het in dat kader door de advocaat uitgebrachte advies de zaak verder te behandelen.'
De Commissie neemt dit oordeel dan ook over in deze zaak.

5.5 Aangeslotene behoeft de kosten van de gemachtigde niet te vergoeden reeds omdat dit bindend advies geen onherroepelijk vonnis is als bedoeld in artikel 8 sub d van de Algemene polisvoorwaarden. Evenmin is er gezien het hierboven onder 5.1 t/m 5.4 geoordeelde aanleiding toe dat zij de kosten van deze procedure betaalt.
5.6 Het bovenstaande leidt evenmin tot het oordeel dat het handelen van Aangeslotene strijdig zou kunnen zijn met tuchtrechtelijke bepalingen die voor Aangeslotene gelden, zodat voor toepassing van artikel 24.3 van het Reglement geen aanleiding bestaat.

6. Beslissing

De Commissie wijst, als bindend advies, de klacht in alle opzichten af.