Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2020-079
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, mr. dr. S.O.H. Bakkerus, mr. J.S.W. Holtrop, leden en mr. dr. drs. H. M.B. Brouwer, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 29 maart 2019
Ingediend door	: Consument
Tegen	: ARAG SE Nederland, gevestigd te Leusden, verder te noemen Verzekeraar
Datum uitspraak	: 28 januari 2020
Aard uitspraak	: Niet-bindend advies

Samenvatting

Consument heeft geklaagd over het feit dat hij niet adequaat is bijgestaan bij het aansprakelijk stellen voor onjuist uitgegeven aandelen. De Commissie heeft overwogen dat de geschillenregeling juist is toegepast en dat de tweede adviseur een weloverwogen bindend advies heeft uitgebracht ten aanzien van de haalbaarheid van de vordering. De klacht is naar het oordeel van de Commissie ongegrond.

1. Procesverloop

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

- het door Consument (digitaal) ingediende klachtformulier;
- het verweerschrift van Verzekeraar;
- de repliek met bijlagen;
- de dupliek.

De Commissie stelt vast dat Consument heeft gekozen voor een niet-bindend advies. De uitspraak is daardoor niet bindend.

De Commissie stelt vast dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak kan daarom op grond van de stukken worden beslist.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

2.1 Consument heeft een particuliere rechtsbijstandverzekering, verder te noemen Verzekering, bij Verzekeraar. Op de Verzekering zijn de Voorwaarden ARAG ProRecht Polis Particulier 2013 van toepassing, verder te noemen de Voorwaarden.

In de Voorwaarden is, voor zover relevant, het volgende bepaald:

‘ ***3.6 Afkoop***
Bij de behandeling van bepaalde geschillen kan een wanverhouding ontstaan tussen de kosten van de behandeling van een geschil en het (financiële) belang daarvan. In zo’n geval kan ARAG besluiten de zaak af te doen door u schadeloos te stellen. Hierdoor vervalt dan voor ARAG de verplichting tot (verdere) rechtsbijstandverlening’
(…)
6.1 Andere visie op de aanpak van de zaak
ARAG staat in voor een kwalitatief goede behandeling van uw 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 (juridisch geheten: bindend adviseur) oordeelt over het verschil van mening zoals dat is geformuleerd in een brief die in overleg met u wordt opgesteld. 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 en tellen niet mee voor de dekkingslimiet zoals omschreven in artikel 2.6.

Deelt de scheidsrechter geheel of in hoofdlijnen de mening van ARAG, dan zal de zaak door ARAG verder worden afgewikkeld zoals eerder was voorgesteld. Wilt u de zaak toch volgens uw visie voortzetten, dan stuurt ARAG u de stukken toe en kunt u de zaak voor eigen rekening verder (laten) behandelen. Bereikt u uiteindelijk en onherroepelijk het door u beoogde resultaat langs de door u voorgestelde stappen, dan vergoedt ARAG de verzekerde kosten van rechtsbijstand achteraf alsnog aan u.

Als de scheidsrechter het met uw visie eens is, dan wordt de verlening van de rechtsbijstand voortgezet door ARAG met inachtneming van het oordeel van de scheidsrechter (…)’

2.2 Consument heeft op 14 oktober 2014 Verzekeraar verzocht om rechtsbijstand in verband met een conflict dat Consument had met zijn bank. Volgens Consument had de bank in 1995 een opdracht tot de aankoop van aandelen onjuist uitgevoerd; in plaats van 5 aandelen TESO met een nominale waarde van fl. 5,- per stuk heeft Consument 1 aandeel met een nominale waarde van fl. 25,- verkregen.

Consument heeft kenbaar gemaakt de bank aan te willen spreken tot nakoming dan wel schadevergoeding. Reeds eerder had Consument zelf het geschil met de bank voorgelegd aan de toenmalige Ombudsman Financiële Dienstverlening. Die klacht werd op 10 april 2014 ongegrond verklaard.

2.3 Verzekeraar heeft de bank aansprakelijk gesteld op 4 december 2014. Kort daarna is tussen partijen een verschil van mening ontstaan over de haalbaarheid van de vordering op de bank, waarna de geschillenregeling zoals genoemd in artikel 6.1 van de Voorwaarden is toegepast. Op 22 maart 2016 is de zaak in dat kader voor een bindend advies voorgelegd aan een bindend adviseur, verder te noemen de eerste bindend adviseur. Zij heeft in het advies van 23 mei 2016 de conclusie van Verzekeraar onderschreven dat de bank gezien de summiere verhandelbaarheid van de aandelen niet meer kan nakomen en dat het bewijs van het bestaan van de door Consument gestelde schade van € 33.530,- ontbreekt. Het advies luidt, voor zover relevant:

'Gelet op het bovenstaande kom ik tot dezelfde conclusie(s) als behandelaar'

2.4 Consument heeft zich niet met het advies kunnen verenigen. Na het indienen van een klacht tegen Verzekeraar is gebleken dat de eerste bindend adviseur niet de beschikking heeft gehad over alle door Consument aan Verzekeraar aangeleverde stukken. Naar aanleiding daarvan is de eerste bindend adviseur om een aanvullend advies gevraagd, hetgeen zij wegens het verlaten van het kantoor waar zij werkzaam was, niet heeft kunnen geven.

2.5 Besloten is het geschil tussen Verzekeraar en Consument in volle omvang voor een bindend advies voor te leggen aan een tweede bindend adviseur. Het advies van de tweede bindend adviseur 26 februari 2018 luidt, voor zover relevant:

' 24. Het bindend advies luidt dat:

i) de kans van slagen van de Vordering tot Nakoming uiterst gering is;
ii) de kans van slagen van de Vordering tot Schadevergoeding tot ten hoogste een bedrag van € 2.100,- goed is;
iii) de Vordering tot Schadevergoeding tot een hoger bedrag dan € 2.100,- geen kans van slagen heeft.'

Het door de tweede bindend adviseur genoemde bedrag van € 2.100,- is gebaseerd op het bedrag dat Consument zelf heeft genoemd als schade, die hij heeft gesteld te hebben geleden als gevolg van het feit dat hij met 1 aandeel TESO (jaarlijks) minder recht op overtochten heeft dan met 5 aandelen.

Dit verschil in recht op het aantal overtochten creëert volgens de tweede bindend adviseur een zeker waardeverschil tussen een pakketje van 5 aandelen van nominaal fl. 5,- en het aandeel van fl. 25,- in het bezit van Consument, welk waardeverschil door een rechter niet hoger ingeschat zal worden dan het door Consument zelf genoemde bedrag.

2.6 Naar aanleiding van dit bindend advies heeft Verzekeraar voorgesteld met een beroep op artikel 3.6 van de Voorwaarden om de genoemde € 2.100,- aan Consument te betalen waarna de zaak zou zijn afgedaan. Consument heeft dit aanbod afgewezen omdat in zijn optiek de schade vele malen hoger is dan het door de tweede bindend adviseur genoemde bedrag. Consument heeft Verzekeraar verzocht op basis van de uitkomst van het bindend advies de rechtsbijstand voor het geschil met de bank voort te zetten. Verzekeraar heeft niet aan dit verzoek willen voldoen.

2.7 Consument heeft op 12 juni 2018 opnieuw een klacht ingediend bij Verzekeraar en Verzekeraar op 24 december 2018 aansprakelijk gesteld. Partijen zijn er niet in geslaagd tot een vergelijk te komen. Consument heeft vervolgens een klacht ingediend bij Kifid.

3. Vordering, klacht en verweer

Klacht, grondslag en vordering Consument

3.1 Consument is van mening dat Verzekeraar toerekenbaar tekort is geschoten in het verlenen van rechtsbijstand en vordert dat Verzekeraar de rechtsbijstand voor het geschil met de bank voortzet, dan wel de schade vergoedt die Consument door de onjuiste aandelentransactie heeft geleden. Deze is aanvankelijk gesteld op € 29.935,- maar bij repliek verhoogd tot een bedrag van € 33.530,-, vermeerderd met wettelijke rente. Bij repliek heeft Consument zijn vordering nog uitgebreid met een aanspraak op vergoeding van gemaakte kosten voor externe juridische bijstand, waarvoor een aparte dekking van € 12.000,- zou bestaan.

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag:

- Verzekeraar heeft op basis van onvolledige informatie en het niet accepteren van online veilingprijzen als reële handelsprijzen van de aandelen, het standpunt ingenomen dat Consument door het handelen van de bank geen schade heeft geleden;
- Verzekeraar heeft verzuimd om alle (bewijs)stukken naar de eerste bindend adviseur te sturen waardoor haar advies over de door Consument geleden schade onjuist is;
- Het advies van de tweede bindend adviseur gaat voorbij aan de door Consument daadwerkelijk geleden schade als gevolg van de onjuiste aandelentransactie. Het door Consument geschetste prijsverschil in de aandelen wordt door deze adviseur niet begrepen. Daarbij komt dat het door Consument genoemde bedrag van € 2.100,- aan misgelopen rechten op overtochten achteraf bezien € 9.460,- had moeten zijn. Verzekeraar is niet bereid gebleken om van dat laatste bedrag uit te gaan.

Verweer

3.3 Verzekeraar heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd:

- Verzekeraar heeft op juiste wijze uitvoering gegeven aan de geschillenregeling. Nadat gebleken is dat de eerste bindend adviseur niet over alle door Consument ter beschikking gestelde informatie beschikte, is een tweede bindend adviseur aangezocht. De vraagstelling aan die bindend adviseur alsmede de beide adviezen in onderlinge samenhang bezien rechtvaardigen geen andere conclusie dan dat in hoofdlijnen de mening van Verzekeraar over de haalbaarheid wordt gedeeld. Uit het advies van de tweede bindend adviseur volgt wel dat Consument enige schade als gevolg van de aandelentransactie heeft geleden, maar deze schade is zeer beperkt van omvang. Het bedrag van € 2.100,- is alleen als maximum genoemd; door de tweede bindend adviseur is niet gesteld dat dit volledige bedrag ook daadwerkelijk op de bank te verhalen is;
- Op grond van artikel 3.6 van de Voorwaarden heeft Verzekeraar het recht de zaak af te doen door Consument schadeloos te stellen. Hij heeft van dit recht gebruik gemaakt door betaling van € 2.100,- aan te bieden;
- De stelling van Consument dat het door hem genoemde bedrag van € 2.100,- eigenlijk € 9.460,- had moeten zijn, heeft geen verandering in het aanbod tot gevolg nu de tweede bindend adviseur al bindend heeft geadviseerd en uit zijn advies volgt dat hij de berekenings-wijze van Consument, die ook ten grondslag ligt aan het bedrag van € 9.460,-, niet deelt;
- Ook als in het bindend advies een bevestiging van de juistheid van de visie van Consument gelezen zou kunnen worden, kan Consument niet met succes van Verzekeraar eisen dat op zijn kosten een vordering van € 33.530,- bij de bank wordt ingediend. Ook in die situatie wordt de verlening van rechtsbijstand volgens de geschillenregeling voortgezet met inachtneming van het oordeel van de scheidsrechter;
- Als Consument vanuit zijn eigen standpunten verder wil, moet hij dat op eigen kosten doen; de daarmee gemoeide kosten zullen achteraf vergoed worden door Verzekeraar als Consument het door hem beoogde resultaat ook daadwerkelijk heeft behaald. Er bestaat geen recht op betaling van externe advocaatkosten vooraf, gezien de uitkomst van de geschillenregeling. De door Consument genoemde 'aparte' dekking van €12.000,- betreft de limiet die van toepassing is op situaties waarin er gebruik wordt gemaakt van externe bijstand in gerechtelijke procedures waarin geen verplichte procesvertegenwoordiging geldt. Verder bepalen de Voorwaarden dat Verzekeraar in geen geval gehouden is meer kosten te vergoeden dan de kosten die het belang van de zaak vertegenwoordigen (art. 2.6 sub a van de Voorwaarden), in dit geval maximaal € 2.100,-

4. Beoordeling

4.1 Consument klaagt er over dat Verzekeraar tekort is geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen uit de verzekeringsovereenkomst.

Bij de beoordeling van deze klacht moet worden vastgesteld of Verzekeraar heeft gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend rechtsbijstandsverlener mag worden verwacht en waartoe hij op grond van de Voorwaarden verplicht is.

4.2 De Commissie stelt voorop dat zij geen inhoudelijk oordeel geeft over het geschil met de bank dat ten grondslag ligt aan het verzoek om rechtsbijstand van Consument. De Commissie buigt zich uitsluitend over de vraag of Verzekeraar op correcte wijze uitvoering heeft gegeven aan de verzekeringsovereenkomst.

4.3 Primair ligt de vraag voor of Verzekeraar de geschillenregeling op de juiste wijze heeft toegepast en de rechtsbijstand op de juiste gronden heeft beëindigd. Het staat Verzekeraar vrij om bij de behandeling van een aan hem voorgelegd geschil tot het oordeel te komen dat er onvoldoende mogelijkheden zijn om het door Consument beoogde resultaat met redelijke kans van slagen te behalen. Voor de situatie waarin Consument het met dat haalbaarheidsoordeel niet eens is, is de geschillenregeling bedoeld. Deze regeling staat in artikel 6.1 van de Voorwaarden en is hier ook toegepast.

4.4 Het verzuim van Verzekeraar om alle door Consument aan Verzekeraar ter onderbouwing van de gestelde schade aangeleverde (bewijs)stukken aan de eerste bindend adviseur toe te zenden, is hersteld door een tweede bindend adviseur te benoemen die wel de beschikking over alle stukken heeft gekregen.

4.5 De beslissing die voortvloeit uit de geschillenregeling heeft het karakter van een vaststellingsovereenkomst, zoals neergelegd in artikel 7:900 BW, omdat het advies van de externe advocaat is bedoeld ter beëindiging van het geschil tussen Consument en Verzekeraar over de juridische haalbaarheid en/of aanpak van de zaak. Zie ook r.o. 4.7 van GC Kifid 2019-950. In beginsel zijn partijen gebonden aan deze beslissing, tenzij gebondenheid aan die beslissing in verband met de inhoud of de wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, hetgeen tot uitdrukking komt in artikel 7:904 BW. Deze toetsing heeft een marginaal karakter, dat wil zeggen dat de toetsing een beperkte reikwijdte heeft. Zie de uitspraak van de Hoge Raad van 12 september 1997, NJ 1998, 382 (Confood/Zürich) waaruit volgt dat de grenzen van redelijk denkende mensen moeten zijn overschreden. Zie ook r.o. 4.7 van GC Kifid 2019-950. Het is aan Consument om gemotiveerd te stellen en bij deugdelijke betwisting te bewijzen dat hiervan sprake is.

4.6 Uit informatie uit het dossier blijkt dat de tweede bindend adviseur ten behoeve van zijn advies kennis heeft kunnen nemen van de visie en stukken van Consument evenals van de zienswijze van Verzekeraar.

Uit het advies blijkt verder dat de tweede bindend adviseur de feiten en omstandigheden uitvoerig heeft weergegeven, de vragen die hem zijn voorgelegd heeft beantwoord en zijn oordeel over de kans van slagen van de diverse vorderingen deugdelijk heeft gemotiveerd. De Commissie komt, gezien het voorgaande, tot de conclusie dat gebondenheid aan het bindend advies in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is, gelet op de inhoud van het bindend advies en de wijze van totstandkoming ervan.

4.7 Het enkele feit dat Consument het met de beoordeling van de tweede bindend adviseur op het punt van al dan niet bestaan van een waardeverschil tussen 5 aandelen TESO met een nominale waarde van fl. 5,- en 1 aandeel met een nominale waarde van fl. 25,- niet eens is, omdat de tweede bindend adviseur het door Consument geschetste waardeverschil niet zou hebben begrepen, maakt dat niet anders. Het bestaan van een verschil van inzicht brengt niet mee dat de inhoud van het advies daarmee van dien aard is dat daar - kort gezegd- op grond van de redelijkheid en billijkheid aan voorbij gegaan moet worden. Dat de bindend adviseur tot een ander oordeel komt dan een van de partijen is inherent aan het vragen van een bindend advies ter beëindiging van een geschil tussen die partijen. Dat het in het advies genoemde (maximale) schadebedrag van € 2.100,- volgens Consument achteraf bezien eigenlijk € 9.460,- had moeten zijn, speelt bij de beoordeling van de gebondenheid aan het advies geen rol. De tweede bindend adviseur beschikte bij het opstellen van zijn advies enkel over het door Consument zelf becijferde bedrag van € 2.100,-.

4.8 Op basis van de uitkomst van het bindend advies deelt de Commissie het standpunt van Verzekeraar dat de tweede bindend adviseur in hoofdlijnen de mening van Verzekeraar over de haalbaarheid deelt. Uit het advies volgt dat de schadevergoedingsvordering van Consument op de bank niet voor het door Consument genoemde bedrag, maar slechts voor een maximaal bedrag van € 2.100,- kans van slagen heeft en dat overige vorderingen niet kansrijk zijn. Dit brengt mee dat Verzekeraar op grond van artikel 6.1 van de Voorwaarden de zaak mocht afwikkelen zoals eerder door hem was voorgesteld en hij de zaak tegen de bank niet behoefde voort te zetten. Verzekeraar heeft nog aangeboden Consument schadeloos te stellen door hem het maximale schadebedrag van € 2.100,-, zoals genoemd in het bindend advies, aan te bieden, hetgeen Verzekeraar op grond van artikel 3.6 van de Voorwaarden is toegestaan. Daarmee is eveneens zijn verplichting om verdere rechtsbijstand te verlenen komen te vervallen.

4.9 De Commissie volgt Consument niet in zijn stelling dat dit bedrag hoger moet zijn omdat in het bindend advies door een verkeerde berekening van zijn kant een onjuist bedrag is genoemd.

Daargelaten het feit dat een deugdelijke onderbouwing van het bedrag door Consument niet is gegeven, is hetgeen in het advies is opgenomen voor partijen leidend en daarmee bindend. Daarbij komt dat uit het advies volgt dat de tweede bindend adviseur niet deelt de zienswijze van Consument over de schade als gevolg van de gemiste rechten op overtochten en de vertaalslag daarvan naar de waarde van de aandelen. Volgens de Commissie is overigens niet komen vast te staan dat de tweede bindend adviseur bij bekendheid met de door Consument gestelde foutieve berekening tot een hoger schadebedrag gekomen zou zijn dan de nu genoemde € 2.100,-.

4.10 Verzekeraar heeft naar het oordeel van de Commissie op de juiste wijze uitvoering gegeven aan de geschillenregeling en de rechtsbijstand mogen beëindigen.

4.11 Het is de Commissie niet gebleken dat Consument als gevolg van de handelwijze van Verzekeraar enige schade heeft geleden. Het stond Consument vrij om voor eigen rekening de bank aan te spreken om de door hem gestelde schade als gevolg van het handelen van de bank te verhalen en dat geldt nog steeds. Uit de stukken is gebleken dat Consument daarvoor inmiddels een eigen advocaat heeft ingeschakeld.

4.12 Indien het door Consument gestelde resultaat daadwerkelijk wordt behaald, zal Verzekeraar de kosten van rechtsbijstand, die Consument in dat kader heeft moeten maken, in overeenstemming met de Voorwaarden vergoeden. Dit is opgenomen in artikel 6.1 van de Voorwaarden en heeft Verzekeraar ook aan Consument gemeld. Nu Verzekeraar de rechtsbijstand heeft mogen beëindigen, bestaat er geen recht op vergoeding van eventuele externe kosten van rechtsbijstand voorafgaand aan gebleken resultaat. De door Consument genoemde 'aparte dekking van € 12.000,- die daarop wel recht zou geven, bestaat niet. Het bedrag van € 12.000,- ziet, zoals Verzekeraar stelt, op de limiet die geldt in situaties waarin er recht bestaat op rechtsbijstand en er gebruik wordt gemaakt van externe bijstand in gerechtelijke procedures waarin geen verplichte procesvertegenwoordiging geldt.

4.13 De Commissie wijst op grond van het voorgaande de vordering van Consument af.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering 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.