

Uitspraak Geschillencommissie Kifid nr. 2023-0223

(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter en mr. H.G.M. Spitsbaard, secretaris)

Datum uitspraak	17 maart 2023
Klacht van	De consument
Tegen	ARAG SE, gevestigd te Leusden, verder te noemen de verzekeraar
Aard uitspraak	Bindend advies
Uitkomst	Vordering afgewezen
Bijlage	Relevante bepalingen uit de wetgeving en de verzekeringsvoorwaarden

Samenvatting

Rechtsbijstandverzekering: geschillenregeling. De consument klaagt over de uitvoering van de rechtsbijstand door de verzekeraar. De geschillenregeling is toegepast met betrekking tot het oordeel van de verzekeraar dat er geen redelijke kans op succes is om de beëindiging van een zwemlesovereenkomst ongedaan te maken. De bindend adviseur onderschrijft het oordeel van de verzekeraar. In beginsel zijn partijen gebonden aan deze beslissing, tenzij dat in verband met de inhoud of de wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De commissie oordeelt dat de geschillenregeling op correcte wijze is uitgevoerd en dat er geen sprake is van ernstige gebreken in het bindend advies. De vordering van de consument wordt daarom afgewezen.

I. Procedure

- I.1 De behandelend commissie, verder te noemen de commissie, beslist op basis van het reglement en op basis van de door partijen aan Kifid ingestuurde documenten inclusief bijlagen. Het gaat om: 1) het klachtformulier van de consument; 2) het verweerschrift van de verzekeraar; 3) de repliek van de consument en 4) de dupliek van de verzekeraar.
- I.2 De commissie is van oordeel dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak wordt daarom op grond van de stukken beslist.
- I.3 De consument en de verzekeraar hebben gekozen voor een bindend advies. Dit betekent dat partijen elkaar aan de uitspraak kunnen houden.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

- 2.1 De consument heeft een rechtsbijstandverzekering bij de verzekeraar, hierna te noemen de verzekering. Op de verzekeringsovereenkomst zijn de verzekeringsvoorwaarden ProRechtPolis Particulier 2020 van toepassing, hierna te noemen de voorwaarden.
- 2.2 De dochter van de consument stond vanaf 7 juli 2020 ingeschreven bij de zwemschool voor het volgen van zwemlessen. Op 6 november 2021 is de consument na binnenkomst in het zwembad verzocht om zijn coronatoegangsbewijs (QR-code) te tonen. De consument kon dit niet laten zien omdat hij dit niet heeft. Dit heeft geleid tot een discussie tussen een medewerkster van de zwemschool en de consument in het bijzijn van kinderen en ouders in de entreeruimte die tevens dienst doet als kleed- en ontvangstruimte voor kinderen en wachtende ouders. De consument is de toegang geweigerd. Hij heeft daarop het zwembad samen met zijn dochter verlaten. Dezelfde dag heeft de zwemschool telefonisch aan de consument medegedeeld dat de overeenkomst met betrekking tot de zwemles van zijn dochter is beëindigd. Het gedrag van de consument had volgens het zwembad een nare indruk achtergelaten op de medewerkster van het zwembad, andere ouders en kinderen, waardoor de relatie dusdanig is verstoord dat deze dadelijk behoort te eindigen.
- 2.3 De consument heeft de hulp van verzekeraar ingeroepen om de beëindiging van de zwemlesovereenkomst ongedaan te maken. De verzekeraar heeft namens de consument de beëindiging aangevochten. Daarop kwam de reactie van de rechtsbijstandverzekeraar van de zwemschool dat de beëindiging gehandhaafd bleef onder verwijzing naar drie getuigenverklaringen, ter ondersteuning van het standpunt dat de consument zich ten overstaan van de medewerkster van het zwembad onbehoorlijk heeft gedragen. De verzekeraar heeft vervolgens aan de consument medegedeeld dat zijn vordering tot het ongedaan maken van de beëindiging van de zwemlesovereenkomst geen redelijke kans van slagen heeft omdat de zwemschool gewichtige redenen had om de overeenkomst met de consument onmiddellijk te beëindigen.
- 2.4 De consument deelde de mening van de verzekeraar niet en heeft op grond van de verzekeringsvoorwaarden verzocht om een bindend adviseur in te schakelen via de Orde van Advocaten. Na diverse aanpassingen is de consument akkoord gegaan met de beschrijving van het geschil en de vraagstelling aan de bindend adviseur. De bindend adviseur heeft in zijn bindend advies van 27 juni 2022 aangegeven dat er geen sprake is van een redelijke kans op succes in een gerechtelijke procedure om de opzegging van de overeenkomst te bestrijden. De consument was het niet eens met het bindend advies. De verzekeraar heeft ermee ingestemd dat de bindend adviseur op basis van de opmerkingen van de consument zijn advies zou heroverwegen.

De consument heeft vervolgens ook op het aangepaste concept mogen reageren, waarna de bindend adviseur op 29 augustus 2022 zijn definitieve advies heeft uitgebracht. De opmerkingen van de consument hebben niet tot een ander oordeel geleid. In zijn advies heeft de bindend adviseur onder meer het volgende opgenomen:

“(...) Dat een vader in het bijzijn van kinderen en andere ouders uitvalt tegen de docent van de zwemschool kan een grote impact hebben op de aanwezige kinderen. Ongeacht of hier sprake zou zijn van discriminatie, had deze woordenwisseling naar mijn oordeel niet gevoerd moeten worden in het bijzijn van kinderen. (...)

Als iemand het niet eens is met een bepaald beleid, moet hij of zij dit zeker bespreekbaar kunnen maken, maar wel in een gepaste setting zodat andere klanten (kinderen) er zo min mogelijk hinder van ondervinden”.

- 2.5 De consument kon zich niet vinden in het oordeel van de bindend adviseur en heeft zijn klacht hierover aan Kifid voorgelegd.

De klacht en vordering

- 2.6 De klacht van de consument is dat het in eerste instantie de zwemschool was die de wet overtrad door om een coronatoegangsbewijs te vragen; een klein zwembad met name ingericht voor het geven van zwemles dient als onderwijsinstelling te worden aangemerkt waarvoor het vragen van een coronatoegangsbewijs verboden is. Dit standpunt vindt ook steun in de rechtspraak¹. De verzekeraar meent volgens de consument ten onrechte dat een onrechtmatige gedraging jegens de een, een onrechtmatige gedraging van de ander niet rechtvaardigt. Hij gaat daarbij voorbij aan het belang van de eerste der gebeurtenissen, zoals ook blijkt uit artikel 9 van de voorwaarden (zie bijlage) waarin staat dat de verzekeraar de eerste van de gebeurtenissen die voorafgaan aan een conflict ziet als de oorzaak van het conflict. Ook de bindend adviseur concludeert ten onrechte dat de volgorde van gebeurtenissen niet van belang is. Er wordt ten onrechte nagelaten om te toetsen of het eisen van een coronatoegangsbewijs een strafrechtelijk vergrijp is conform het (inmiddels ingetrokken) artikel 58ra lid 10 Wet publieke gezondheid (Wpg)². De verzekeraar beroept zich volgens de consument ten onrechte op het niet verzekerd zijn in de situatie dat de consument het niet eens is met de wetten van de overheid, het is de zwemschool die de wet overtreedt.

¹ Rechtbank Midden-Nederland 28 november 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:6269 en Rechtbank Midden-Nederland 18 februari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:553 te vinden op www.rechtspraak.nl

² Tekst van artikel 58ra lid 10 Wpg: Het is verboden om voor deelname aan of toegang tot activiteiten of voorzieningen in openbare plaatsen of publieke plaatsen eisen te stellen met betrekking tot het beschikken over een resultaat, tenzij daarvoor regels als bedoeld in het eerste of derde lid zijn gesteld, te vinden op [Staatsblad 2021, 240](http://Staatsblad.2021.240) | Overheid.nl > [Officiële bekendmakingen \(officielebekendmakingen.nl\)](http://Officiële%20bekendmakingen%20(offici%C3%A9lebekendmakingen.nl))

Het verweer

- 2.7 De verzekeraar heeft verweer gevoerd tegen de stellingen van de consument. Voor zover relevant zal de commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

3. De beoordeling

- 3.1 De commissie moet de vraag beantwoorden of de verzekeraar is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen uit de verzekeringsovereenkomst en in dit kader of de verzekeraar de rechtsbijstand aan de consument mocht staken. De klacht van de consument is naar het oordeel van de commissie ongegrond. De commissie legt dit oordeel hierna uit.

Oordeel kans van slagen en geschillenregeling

- 3.2 Uit de voorwaarden blijkt dat de verzekeraar de verzekerde alleen rechtshulp verleent als de verzekeraar van oordeel is dat er een redelijke kans van slagen is. Dit betekent dat de verzekeraar geen rechtshulp (meer) hoeft te verlenen als er geen redelijke kans van slagen (meer) is.
- 3.3 De verzekeraar heeft per e-mail van 25 februari 2022 het standpunt ingenomen dat een redelijke kans van slagen ontbreekt. Het staat de 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 de consument beoogde resultaat met redelijke kans van slagen te behalen. Voor de situatie waarin de consument het met dat haalbaarheidsoordeel niet eens is, is de geschillenregeling bedoeld. Deze regeling staat in artikel 17 van de voorwaarden. In dit geval is de geschillenregeling toegepast en is het geschil voorgelegd aan een door de plaatselijke deken van de Orde van Advocaten aangewezen scheidsrechter (bindend adviseur). De bindend adviseur heeft in het bindend advies van 29 augustus 2022 geconcludeerd dat er geen sprake is van een redelijke kans op succes in een gerechtelijke procedure om de opzegging van de overeenkomst te bestrijden. De bindend adviseur deelt dus de mening van de verzekeraar.

Marginale toetsing oordeel geschillenregeling

- 3.4 De beslissing die voortvloeit uit de geschillenregeling heeft het karakter van een vaststellingsovereenkomst, zoals neergelegd in artikel 7:900 Burgerlijk Wetboek (BW), waarvan de tekst is opgenomen in de bijlage bij deze uitspraak. Het advies is bedoeld ter beëindiging van het geschil tussen de consument en de verzekeraar over de juridische haalbaarheid en/of aanpak van de zaak.³

³ Zie GC Kifid 2019-950 overweging 4.7 te vinden op www.kifid/uitspraken.nl

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. Dit staat in artikel 7:904 BW (zie bijlage).

- 3.5 Door de Hoge Raad is bepaald dat voor het oordeel dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat partijen aan de beslissing worden gebonden, is vereist dat sprake is van ernstige gebreken in deze beslissing.⁴ Deze toetsing heeft een marginaal karakter, dat wil zeggen dat de toetsing een beperkte reikwijdte heeft. De commissie beoordeelt alleen of de beslissing op de juiste wijze tot stand is gekomen en of de grenzen waarbinnen redelijk denkende mensen van mening kunnen verschillen, niet zijn overschreden. Het ligt daarbij op de weg van de consument om gemotiveerd te stellen en, bij voldoende betwisting, te bewijzen dat sprake is van een of meerdere ernstige gebreken in de inhoud of de wijze van totstandkoming van de herbeoordeling.
- 3.6 De consument klaagt erover dat de verzekeraar niet of onvoldoende in zijn oordeel heeft betrokken dat de zwemschool in strijd met de geldende regels om een coronatoegangsbewijs vroeg, als eerste van de gebeurtenissen en daarmee oorzaak van het conflict. Hij wijst erop dat de verzekeraar in zijn voorwaarden zelf aangeeft dat de eerste van de gebeurtenissen wordt gezien als de oorzaak van het conflict. De commissie stelt vast dat het bindend advies op de juiste wijze tot stand is gekomen. De consument heeft ruim de gelegenheid gekregen om zijn commentaar te geven op de vraagstelling aan de bindend adviseur en het conceptrapport voordat dit definitief werd. Uit het bindend advies leidt de commissie af dat de scheidsrechter het punt van het mogelijk onterecht vragen van een coronatoegangsbewijs wel in zijn beoordeling heeft meegenomen en daarbij tot het oordeel komt dat – zoals volgt uit de hiervoor onder 2.5 aangehaalde passage uit het bindend advies – ongeacht de vraag of om een coronatoegangsbewijs mocht worden verzocht, de woordenwisseling niet gevoerd had moeten worden in het bijzijn van kinderen. Dit aspect is daarmee onderdeel van het geschil dat met het bindend advies van de scheidsrechter is beëindigd.

Conclusie

- 3.7 Op basis van de informatie in het dossier is de commissie van oordeel dat geen sprake is van ernstige gebreken in het bindend advies. Nu de geschillenregeling op correcte wijze is uitgevoerd, komt de commissie, gezien het voorgaande, tot de conclusie dat gebondenheid aan het bindend advies naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is. De klacht van de consument is daarom ongegrond.

⁴ Hoge Raad 12 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2427, te vinden in de Nederlandse jurisprudentie (NJ), 1998, 382

4. De beslissing

De commissie wijst de vordering af.

Deze uitspraak is bindend. Of u tegen deze uitspraak beroep kunt instellen, kunt u nalezen in regel 7 van het Reglement Commissie van Beroep Kifid – vanaf 1 april 2022, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten. In regel 18.1 van dat reglement is bepaald dat beroep kan worden ingesteld tot 6 weken na de dag van deze uitspraak. Meer informatie over het instellen van beroep kunt u vinden op de website www.kifid.nl/in-beroep-gaan-bij-kifid.

Binnen 2 weken na verzending van de uitspraak kunt u schriftelijk verzoeken een overduidelijke vergissing in de uitspraak zoals een schrijffout, een verkeerde naam/datum of een rekenfout te herstellen. De beslissing in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Ook kunt u binnen 2 weken na verzending van de uitspraak schriftelijk verzoeken de uitspraak aan te vullen als u vindt dat niet op alle onderdelen van uw vordering is beslist. Dit ziet niet op de situatie waarin u meent dat de Geschillencommissie Kifid niet op al uw argumenten is ingegaan. Meer informatie hierover staat onder vraag 58 en 59 van het Reglement Geschillencommissie Kifid – vanaf 1 april 2022, 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 de wetgeving en de verzekeringsvoorwaarden

Burgerlijk Wetboek

Boek 7 Bijzondere overeenkomsten

Titel 15 Vaststellingsovereenkomst

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.
2. De vaststelling kan tot stand komen krachtens een beslissing van partijen gezamenlijk of krachtens een aan één van hen of aan een derde opgedragen beslissing.
(...)

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.
2. Indien de beslissing van een partij of een derde vernietigd wordt, nietig blijkt of niet binnen een aan die partij of derde daartoe te stellen redelijke termijn wordt verkregen, kan de rechter een beslissing geven, tenzij uit de overeenkomst of de aard van de beslissing voortvloeit dat zij op andere wijze moet worden vervangen.

ARAG ProRechtPolis Particulier 2020

Relevante bepaling uit de verzekeringsvoorwaarden

9. Aan welke eisen moet het conflict altijd voldoen voordat u juridische hulp krijgt?

U krijgt juridische hulp als u die nodig heeft bij een conflict. En als dat een conflict is waarvoor u bij ons verzekerd bent. We hebben een paar eisen voordat we u helpen:

- U wist niet dat u een conflict zou krijgen toen u de verzekering afsloot. En u kon toen ook niet weten dat u een conflict zou krijgen. Of u wist niet dat u een conflict zou krijgen toen u een extra onderdeel afsloot, en u kon dat toen ook niet weten.
- Er is altijd een moment waarop een conflict ontstaat. Maar daarvóór gebeuren er dingen die leiden tot een conflict. Dat zijn de gebeurtenissen. De eerste van die gebeurtenissen zien we als de oorzaak van het conflict. Onze eis is dat u deze verzekering of het extra onderdeel al had afgesloten en dat daarna pas die eerste gebeurtenis plaatsvond.
- De eerste gebeurtenis én het conflict moeten na het begin van de verzekering plaatsvinden. En vóór de einddatum. Alleen dan krijgt u juridische hulp.

17. Als u het niet met ons eens bent

Wij vinden het belangrijk om uw conflict goed te behandelen. Toch kan het gebeuren dat u het niet met ons eens bent over de juridische stappen die wij willen nemen. Of dat wij vinden dat het resultaat dat u wilt bereiken geen redelijke kans van slagen heeft. Kunnen u en wij het daarover niet met elkaar eens worden? Dan gebeurt het volgende.

- In overleg met u maken wij een brief. Daarin formuleren we precies uw standpunt en ons standpunt.
- Wij vragen de plaatselijke Dekan van de Orde van Advocaten om een scheidsrechter aan te wijzen. Dat is altijd een onafhankelijke advocaat.
- Wij sturen de brief met uw en ons standpunt naar de scheidsrechter. Ook krijgt hij van ons alle informatie die belangrijk is om ons meningsverschil te kunnen beoordelen.
- De scheidsrechter beslist met deze informatie wie er gelijk heeft, u of wij. Hij mag voor zijn beslissing geen nieuwe informatie gebruiken.
- Wat de scheidsrechter ook beslist, u en wij moeten ons aan zijn beslissing houden.

Wij betalen de scheidsrechter. Deze kosten tellen niet mee bij het maximale bedrag dat we vergoeden.

Is de scheidsrechter het met ons eens?

Als de scheidsrechter vooral ons gelijk geeft, zijn er twee mogelijkheden.

1. Wij behandelen uw conflict zoals wij eerder hadden voorgesteld.
2. U wilt het conflict behandelen zoals u denkt dat het goed is. U betaalt de kosten daarvan zelf. Maar bereikt u op deze manier het resultaat dat u wilde? En is dat resultaat definitief? Dan betalen we u alsnog de kosten waarvoor u bij ons verzekerd bent.

Is de scheidsrechter het met u eens?

Als de scheidsrechter vooral u gelijk geeft, behandelen wij uw conflict zoals de scheidsrechter heeft geadviseerd. Schakelen we voor de verdere behandeling een advocaat in? Dan mag u kiezen wie dat wordt. U mag alleen niet kiezen voor de scheidsrechter en ook niet voor iemand die voor zijn kantoor werkt. We betalen de kosten waarvoor u bij ons verzekerd bent.